

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО: ЛОГІКА ПРАВОВИХ ТРАНСПЛАНТАНТІВ¹



У. ЕВАЛЬД
*доктор юридичних наук,
професор права і філософії
(Пенсильванський університет,
м. Філадельфія, США)*

I

Серед безлічі книг та статей з історії західного права А. Ватсон запропонував теорію правових змін: теорію, грубо кажучи, щодо того, що розвиток права обумовлюється насамперед трансплантацією правових норм².

Ця теорія, якщо вона є вірною, має неабияке значення не лише для історії права, але також для порівняльного права (майже автоматично надає йому як предметну сферу, так і метод) і філософії права (надає йому оригінальне та суперечливе бачення відношення між правом і суспільством). Теорія А. Ватсона кидає виклик деяким виплеканим упередженням сучасної правової думки. З часів Ш.-Л. Монтеск'є часто припускалося, інколи відкрито, інколи — приглушено, що право змінюється у відповідь на *зовнішні* для нього чинники — воно відображає владні відносини у суспільстві, функціонування ринку, ідеологію приватновласницького індивідуалізму, спонуки суддівської підсвідомос-

¹ Це друга з серії моїх статей, присвяченої переосмисленню засад порівняльного права. Я хочу подякувати С. Бурбанку за його зауваження до першої версії цієї статті та за звернення моєї уваги на значення праць А. Ватсона для теорії права. Перша публікація цієї статті: Ewald W. Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants // American Journal of Comparative Law. — 1995. — Vol. 43. — P. 489–510 [2]. Переклад з англійської О. Кресіна.

² На час написання цієї праці опубліковано близько двадцяти книг і ста статей А. Ватсона. Вони охоплюють більшу частину історії західного права, але найбільше їх присвячено римському праву та його впливу на подальший розвиток континентальної Європи. Серед його найважливіших праць такі: «Договір доручення у римському праві» (1961), «Зобов'язальне право у пізній Римській республіці» (1965), «Персональне право у пізній Римській республіці» (1967), «Право власності у пізній Римській республіці» (1968), «Право давніх римлян» (1970), «Спадкове право у пізній Римській республіці» (1971), «Римське право за двісті років до нашої ери» (1971), «Правотворчість у пізній Римській республіці» (1974), «Правові транспланти: підхід до порівняльного права» (1974; друге видання — 1993), «Рим у часи XII таблиць: особи і власність» (1975), «Природа права» (1977), «Суспільство і правові зміни» (1977), «Формування цивільного права» (1981), «Джерела права, правові зміни та двозначності» (1984), «Еволюція права» (1985), «Римське рабовласницьке право» (1987), «Крах правової уяви» (1988), «Рабовласницьке право в Америці» (1989), «Студії з римського приватного права» (1991), «Генеza права і зміни в ньому» (1991), «Римське право і порівняльне право» (1991), «Держава, право та релігія: язичницький Рим» (1992), «Джозеф Сторі та чемні помилки» (1992), «Міжнародне право в архаїчному Римі: війна і релігія» (1993).

ті, особливості національного духу, власні інтереси пануючого класу, політичну ідеологію епохи; так як право не має автономного існування, вчені-юристи мають занурюватися також у інші дисципліни, такі як соціологія, антропологія, філософія, економіка, літературна критика, критична теорія.

Історичні праці А. Ватсона зосереджені на римському праві й присвячені докладному вивченню поступового поширення норм римського права в континентальній Європі шляхом трансплантації. Знову і знову він вказує на факт, що є відомим, але його значення для філософії права практично не помічалося — на надзвичайну збереженість аж донині норм, які було встановлено ледачим класом італійських аристократів-рабовласників — людьми, які займалися правом заради задоволення й померли дві тисячі років тому.

Легко зрозуміти чому теорія А. Ватсона має радикальні наслідки. Якщо правові норми можна просто транспортувати від одного суспільства до іншого, якщо одні й ті самі норми договору можуть діяти у світі Юлія Цезаря і середньовічних Римських Пап, Людовіка XIV, Бісмарка і соціальної держави ХХ ст., якщо право змінюється у відповідь не на зовнішній тиск, а внутрішні вимоги самої правової системи, то ідея Великої Зовнішньої Теорії Права — ідея зведення права до соціології, економіки чи класової політики — є міражем, нездійсненою мрією вчених, яких причарували високотеоретичні ідеї й вони не дослідили відповідним чином як насправді розвивається право.

Внесок А. Ватсона в історію права, так само як і до порівняльного права широко визнаний. Але значення його праць для філософії права практично не було помічене. Значною мірою, на мою думку, це сталося через те, що теорія А. Ватсона достатньо складна і (у тому як він її подає) тісно пов'язана з обговоренням заплутаних історичних деталей так, що легко помилитися щодо її сили й відношення до історичних фактів. Звичайно, і сам А. Ватсон подає свою теорію в дещо розпливчастому й інтуїтивному стилі; в різний час і у різних контекстах він змінював свої формулювання, проголошуючи інколи одне, а потім — інше. Результатом було часте нерозуміння його теорії.

У цій статті я пропоную пояснити, у абстрактних термінах і, наскільки можливо, не обтяжуючи історичними екскурсами, в чому полягає теорія А. Ватсона і чому вона видається мені важливою. Я також спробую пояснити, чому її так часто неправильно тлумачили. Зокрема, я доведу, що нерозуміння теорії А. Ватсона походить від того, що не було приділено достатньої уваги логічній структурі його аргументів і думок, проти яких він виступив.

Але я маю ширшу ціль у цьому дослідженні, ніж просто зрозуміти теорію А. Ватсона. Я доводив у першій статті з цієї серії [2], що порівняльне право потребує докорінної ревізії, а мої аргументи близько пов'язані з інтерпретацією теорії А. Ватсона. Грубо і дещо полемічно те, що я хочу сказати про А. Ватсона, полягає у наступному. Дві душі живуть у цих грудях; я можу назвати їх, з причин, які будуть описані нижче, Поміркованим Ватсоном і Категоричним Ватсоном. Обидва Ватсони виступають проти того, що я називатиму теорією відображення у праві, тобто теорії про те, що право є відображенням певного набору чинників (соціального, політичного, економічного та ін.), зовнішніх щодо самого права. Поміркований Ватсон опонує цій теорії помірковано і обережно, а Категоричний Ватсон виступає проти неї категорично і, як на мене, безоглядно. Відмінність між двома Ватсонами полягає саме у логіці, про яку я згадав.

Ця відмінність має принципове значення. Поміркований аргумент А. Ватсона, як нам видається, підходить для розгрому традиційних теорій відображення, принаймні в їх грубих (і тому впливовіших) формах. Це є значним теоретичним успіхом, і якщо це правильно (ми в це віримо), то відкриває двері до нового стилю порівняльного права, який я назвав «порівняльним правознавством». Я намагався сказати у моїй попередній статті, який пейзаж може чекати на нас за цими дверима.

Категоричний Ватсон натомість є загрозою для себе та інших. На перший погляд він виглядає найбільш радикальним з двох Ватсонів, але при ближчому знайомстві виявляється безнадійно застарілим. Якщо ми слідуватимемо його порадам, то ніколи не побачимо новий пейзаж за дверима і навіть самих дверей. Насправді ми опинимося в місці, де А. Ватсон, великий дослідник римського права, не мав перебувати: у традиційному стилі порівняльно-правових досліджень, які зневажають ідеї та милують своє око писаними нормами приватного права. Цей стиль науки, наполягаю я, збанкрутів, і у згаданій моїй попередній статті я навів низку прикладів, у чому Категоричний Ватсон сам себе зрадив. Моєю ціллю в цій статті є відокремити поміркованішого близнюка від категоричного: винагородити першого і покарати другого.

II

Буде краще якщо я почну з аналізу групи теорій, проти яких виступає А. Ватсон. Я пропоную називати їх «теоріями відображення у праві» й хочу зробити три зауваження щодо них.

Основний елемент теорії відображення визначається у наступній цитаті видатного американського історика права Л. Фрідмана, який уявляє право: «не як царство в собі, не як набір норм та концептів, не як сферу лише для юристів, а як дзеркало суспільства. У ньому немає нічого історично випадкового, нічого автономного, все пов'язане і сформоване економікою і суспільством. Це є темою кожної глави і вірша» [4, с. 12]¹.

Перше зауваження щодо теорій відображення полягає в тому, що вони не конституують *єдиної* теорії, а скоріше є видом теорій. Цей факт є вирішальним для визначення логічної структури аргументів, які може бути висунуто проти них, і, зокрема, для визначення логічної структури аргументів А. Ватсона. Так, наприклад, погляд, який я щойно процитував, є лише одним з виду споріднених теорій, які мають наступну форму: *ніщо у праві не є автономним; право є відображенням X; X формує кожний аспект права*.

Іншими словами, цей вид теорій варіюється відповідно до вибору X. Залежно від конкретної теорії, X можуть бути призначені різні (неправові!) цінності: географія, релігія, національний дух, ринкова економіка, владні відносини, інтереси пануючого класу чи щось інше.

Такі теорії відображення мають довгий і вишуканий родовід. Історично, як видається, вони виникли у XVIII ст. [8] і найбільш впливовими стали у працях Ш.-Л. Монтеск'є, який проголосив: «[Політичне і цивільне право кожного

¹ У книзі Л. Фрідмана є ще одна характерна цитата: «Скільки житиме країна, стільки й її система права, що зливається з суспільством, відображає його бажання і потреби, у всій їх ірраціональності, суперечливості та непослідовності. Вона буде слідувати за кожним вигиним і поворотом розвитку суспільства. Право є дзеркалом, що відображає життя» [4, с. 595].

народу] так тісно пов'язане з народом, для якого воно створене, що лише випадково право одного народу може задовольнити потреби іншого... Воно повинне відповідати географії країни; її клімату — холодному, тропічному або поміркованому; якості землі, її розташуванню та величині; виду діяльності людей — чи вони є хліборобами, мисливцями або пастухами; воно має відповідати ступеню свободи, який можливий в їх устрої; релігії мешканців, їх схильностям, багатству, кількості, торгівлі, звичаям, нравам» («Про дух законів», 1748). Подібні твердження наявні у працях Ф. К. Савіньї, Г. Гегеля, К. Маркса, Р. Ієринга, Р. Паунда та багатьох менш відомих мислителів [14, с. 3–4].

Друге зауваження щодо теорій відображення полягає в тому, що вони, окрім вибору *X*, також різняться своєю *категоричністю*. Зокрема, щодо певного *X* категорична теорія відображення приймає форму: *право є нічим іншим як X, чи право повністю пояснюється в рамках X, чи знаючи X, можна визначити норми права, яких буде дотримуватися певне суспільство*.

Поміркована теорія відображення натомість стверджує лише, що *право та X тісно пов'язані чи знання X є потрібним (але, можливо, недостатнім) для розуміння норм права, яких дотримуються у певному суспільстві*.

Звісно, це цілий спектр, і теорія відображення може бути категоричнішою або поміркованішою залежно від того, *наскільки близьким* вона проголошує відношення між *X* та суспільством.

Є цікаві паралелі та незбіг між двома вимірами, які я виокремив. Вимір категоричності є спектром, який залежить від того, *наскільки тісним* бачиться відношення між правом та *X*; натомість, вибір *X* є вибором більш-менш окремої предметної сфери: економіки, географії чи чогось іще. Але слід зазначити, що, як у наведеній вище цитаті Ш.-Л. Монтеск'є, *X* не повинен бути *єдиним* предметом: отже, теорія відображення мала б враховувати, що право є відображенням не лише економіки, але економіки та політики та клімату. Це ускладнює аналіз і дає нам друге, похідне значення того, яким чином теорія відображення може бути категоричною або поміркованою. Щоби відокремити це розуміння від першого, я буду говорити про теорію як (відносно) *щільну* або *вільну*. Щільна теорія відображення визначає *X* як єдиний, вузько визначений неправовий предмет, у той час як вільна теорія визначає *X* як ряд неправових предметів. Отже, кажучи чіткіше, щільна теорія дотримується того, що право є *ніщо інше, як економіка*, в той час як вільніша теорія може передбачати, що *право є ніщо інше як економіка, політика, владні відносини та ідеологічна свідомість епохи*.

Зрозуміло, що поміркованішу або вільнішу теорію відображення простіше визначити, вона залишає менше місця для суперечностей. Але через те, що предмети, взяті як *X*, є зовнішніми щодо права (такими вони є, наприклад, у наведеній цитаті з Ш.-Л. Монтеск'є), вимір вільності є менш теоретично важливим, ніж вимір категоричності. Головним питанням, на яке намагається відповісти А. Ватсон, є таке: якою мірою право може бути пояснене у рамках неправових чинників? А це є насамперед питанням щодо *категоричності* будь-якої теорії відображення. Зважаючи на це, надалі я ігноруватиму вимір вільності цих теорій.

Важливо відзначити, що багато із згаданих вище мислителів відстоювали теорію відображення у категоричній формі, й що саме вона мала значний

вплив на практику. Можливо, найбільш помітним є приклад теорії національного духу Ф. К. Савінії, тобто теорії про те, що право повинно відображати цей дух [6]. Але є й багато свіжіших прикладів. Зокрема, теорія порівняльного законодавства О. Кан-Фройнда — ревізія теорії Ш.-Л. Монтеск'є — є докладно розробленою і передбачає, що правові інститути можуть бути більш або менш глибоко вкоріненими у житті нації й тому вони більшою або меншою мірою готові для трансплантації з однієї правової системи до іншої. Тим не менш, на одному з двох кінців спектру право настільки вкорінене, що трансплантація стає неможливою [5]¹. Загалом кажучи, сприйняття правовими мислителями теорії відображення, й зокрема її категоричної версії, може спричинити потужний вплив на наукове вивчення права, визначаючи, зокрема, оцінку праць К. Маркса, М. Фуко або авторів теорії ігор адекватними для розуміння доктрини трудового права або того, чи повинні історики права концентрувати свій погляд лише на розвитку правових норм або замість цього досліджувати ширший соціальний, економічний чи політичний контекст.

А. Ватсон обговорює категоричні версії теорій відображення, і з цим пов'язане третє зауваження. *Категоричніша* версія теорії відображення має форму логічно універсальної пропозиції: вона є судженням щодо кожної норми права, стверджуючи, що всі норми «визначаються економікою та суспільством». І принципово важливим логічним моментом є те, що *заперечення* універсальної пропозиції є не універсальним, а конкретним. Тобто, щоби відкинути універсальну пропозицію, треба лише вказати на окремий контр-приклад, наприклад, на конкретну норму, яка не сформована економікою або суспільством; непотрібно їх комбінувати і стверджувати, що жодна норма ніколи не визначалася економікою та суспільством.

Знов-таки, те, що теорія відображення може бути більш або менш категоричною, ускладнює аналіз. Деякі з впливових теорій відображення набувають дуже категоричної форми, а більшість — форми окремих кваліфікацій. Якщо теорія стверджує, що не *всі* норми визначаються економікою, а тільки *більшість*, то окремого контрприкладу недостатньо. Потрібна низка контрприкладів, і вони мають бути характеристичними і важливими, щоби вважатися достатніми для сумніву в теорії відображення. Але і в цьому випадку також немає потреби створювати позитивну теорію щодо відношення між правом і суспільством.

Отже, теорії відображення логічно достатньо складні й варіюються у низці вимірів: вони утворюють окремий вид теорій (залежно від того, які варіації Х розглядає окрема теорія як визначальні чинники права) і відрізняються за своєю категоричністю.

Давайте спробуємо уявити, як протистояти такому складному і заплутаному виду теорій. Якщо А. Ватсон захоче показати неспроможність найбільш

¹ О. Кан-Фройнд розміщує правові норми та інститути у спектрі, який простягається від «механічних», які відносно легко трансплантувати, до «органічних», з якими це зробити складно. Він підсумовує свою тезу так: «Ступінь, у якому норма... чи інститут... можуть бути трансплантовані, її дистанція від органічного та від механічного кінців спектру все ще залежить від географічного та соціологічного чинників, згаданих Ш.-Л. Монтеск'є, але значно меншою мірою в розвиненому та індустріалізованому світі. Питання у багатьох випадках вже не в тому, наскільки глибоко воно [право] вкорінене..., але в тому, хто посадив саджанці й хто доглядає за садом. Чи, без метафор: як тісно воно зв'язане із зарубіжною владною структурою...» [5, с. 12–13]. Відповідь А. Ватсона О. Кан-Фройнду див. у йогої статті: [12]. Продовження дискусії див. у статті Е. Штейна: [9].

впливових з цих теорій, він має продемонструвати щодо кожного з відомих варіантів *X*, що (відносно категоричні) теорії відображення, пов'язані з *X*, невідповідні для пояснення природи правової системи, тобто що право насправді в будь-якому разі не є відображенням *X*. Вірогідно, найбільш прямим шляхом зробити це (саме ним скористався А. Ватсон) є осмислити історичну еволюцію окремої правової системи. Тобто, якщо конкретна теорія відображення стверджує, що правові норми (чи принаймні їх абсолютна більшість) є відображенням *X*, то він намагатиметься показати щодо *важливих* кластерів правових норм, що вони залишалися незмінними протягом *тривалих* періодів історії, у той час як принципово важливі факти *X* зазнали суттєвої зміни. При цьому чим важливіші норми, довший відрізок часу і *суттєвіша* варіація *X*, тим сильнішим є контрприклад для опонування теорії відображення. У будь-якому разі, це є генеральною стратегією, а деталі, як ми побачимо, є складнішими.

III

Як я відзначав на початку статті, праці А. Ватсона є об'ємними, а їх принциповим завданням є заглиблення в історію романо-германських правових систем; його основні теоретичні твердження, отже, мають бути вижаті з різних історичних дискусій, в які вони вплетені. Хоча ремарки А. Ватсона щодо теорії права широко розкидані та часом вільно сформульовані, мені видається, що принципові аспекти його теорії можна викласти в п'яти тезах. Я пропоную ці тези щодо його теорії як те, що філософи називають «раціональною реконструкцією»; вони так у його працях не проголошуються.

1. Теза щодо порівняльного права. Порівняльне право має опікуватися не лише простим дослідженням зарубіжного права, але вивчати відносини між правом і суспільством¹. Ця теза, як вона подається А. Ватсоном, поділяється на дві частини:

А) *Теза щодо справжніх взаємовідносин.* Порівняльне право є дослідженням впливів між однією системою правових норм та іншою, *які насправді мали місце*².

Б) *Теза щодо історії права.* Зважаючи на те, що реальні впливи мали місце протягом тривалих періодів часу, порівняльне право, як наслідок, міститиме значний історичний компонент³.

Я не пропоную обговорювати ці твердження, та й вони не відіграватимуть особливої ролі у подальшому викладі. Хоча А. Ватсон часто наполягає на тезі

¹ Тому в післямові до другого видання «Правових трансплантантів» А. Ватсон зазначає «Я переконаний, що дослідження розвитку права в низці країн могло б, через виявлення моделей і розходжень, найкраще розкривати соціальні проблеми та правові відповіді» [12, с. 107]. Див. також: [12, с. 1–21; 13, с. 97].

² Він стверджує: «порівняльне право як наукова дисципліна сама по собі є іншим боком монети, дослідженням правових трансплантантів, які мали місце: як, коли, чому і з яких систем вони з'явилися; обставини, в яких вони були успішними або невдалими; вплив на них їх нового середовища». Цит. за: [7, с. 309–310].

³ «Порівняльне право, отже, якщо воно є інтелектуальною дисципліною як такою, є дещо інше ніж вивчення однієї зарубіжної системи (з поглядом з боку своєї власної) і загальний погляд на [правові] системи світу чи порівняння окремих норм чи галузей права між двома чи більше правовими системами, а, на мою думку, є дослідженням відносин однієї правової системи та її норм з іншою. Природа кожних таких відносин, причини подібностей та відмінностей можуть бути відкриті лише через вивчення історії систем чи норм; таким чином, порівняльне право є насамперед історією права, яка займається відносинами між системами» [11, с. 6].

щодо справжніх взаємовідносин (А), ця теза, як на мене, не впливає з його більш загальної тези (1) щодо порівняльного права; насправді вона передбачає непотрібне обмеження предмета. Однією з принад порівняльного права має бути визначення шляхів, якими різні непов'язані суспільства намагалися вирішити подібні правові проблеми; але теза (А) А. Ватсона буде заважати порівнянню праву власності феодальних Англії та Японії — порівнянню, яке, принаймні на перший погляд, могло би пролити світло на відносини між правом і суспільством.

Оскільки теза (А) видається непотрібною для проекту А. Ватсона, я просто унікатиму її, як непотрібної. Його теза (Б) натомість видається мені значущою, хоча й не з тих причин, на які він вказує. На його думку, теза (Б) заснована на тезі (А). Але (Б) насправді впливає безпосередньо з (1). При вивченні відношення у певному суспільстві між правом і якимось зовнішнім феноменом Х слід дозволити Х варіюватися і спостерігати, як право змінюється у відповідь, а це можна зробити лише через історичне осмислення того, як право розвивалося в часі.

Наступні три тези є ядром теорії А. Ватсона і його аргументу проти категоричних теорій відображення. Ось вони:

2. Теза римського права. Вона має дві форми:

А) *Категорична теза щодо римського права.* Римське право є єдиним феноменом, який ми маємо осмислити для пояснення сучасних романо-германських систем: *Від моменту* рецепції Кодексу Юстиніана «все інше слідує [за цим]»¹.

Б) *Поміркована теза щодо римського права.* Римське право є найважливішим феноменом, який ми маємо осмислити для пояснення відмінностей між загальним і романо-германським правом².

Ці тези засновані на історичних дослідженнях А. Ватсона щодо впливу Кодексу Юстиніана на розвиток цивільного права в Європі. В його працях досліджується не лише вплив, який справила рецепція матеріальних норм Дигест, але також більш тонкий вплив Інституцій на такі питання, як юридична освіта та спосіб, у який романо-германські системи впорядковують різні юридичні дисципліни.

Ці тези щодо римського права є емпіричним ядром аргументу А. Ватсона проти теорій відображення. Вони також є основою наступної тези.

3. **Теза щодо трансплантантів.** Спостережені факти свідчать, що правові запозичення є «найбільш плідним» джерелом правових змін у західному світі³. Норми римського права були трансплантовані в комплексі у більшості країн континентальної Європи, і сформували там основу правових систем; крім того, в межах правових систем зміни часто відбуваються як результат *внутрішнього* запозичення, коли нова норма створюється за аналогією з старою нормою, але щодо іншого предмета.

¹ А. Ватсон пише: «Від моменту рецепції [Кодексу Юстиніана] все інше слідує, в тому числі домінуюча роль університетів у формуванні правової думки. У цьому одного разу розпочатому процесі, зрозуміло, не потрібно посилається на соціальні чинники, включаючи загальну політичну структуру чи організацію практикуючих юристів» [16, с. 32–33].

² «Історична залежність від римського права є насправді загальною рисою романо-германських систем...» [16, с. 3].

³ «Трансплантування є насправді найбільш плідним джерелом розвитку. Більшість змін у більшості систем є результатом запозичення» [11, с. 95]. Див. також коментар А. Ватсона у: [7, с. 309].

Тут, знов-таки, А. Ватсон стверджує наслідки його спостережень у двох формах, так, що інколи видається, що порівняльне право є *еквівалентом* вивчення правових трансплантантів¹, а інколи пропонує поміркованіше твердження: порівняльне право насамперед (але не тільки) має вивчати правові трансплантанти².

Дві речі слід відзначити щодо тези про трансплантанти. По-перше, А. Ватсон на основі його історичних досліджень римського права почав схилитися до висновків щодо методології порівняльного права *загалом*. Це може виглядати недоречним поширенням. Утім, праці А. Ватсона імпліцитно містять складну базову аргументацію, що це виправдовує. Аргументація включає численні історичні роздуми, в які я не можу заглибитися в цій статті. Якщо коротко, то А. Ватсон доводить, що «трансплантаційний ухил» західних правових систем укорінений в природі юридичної професії. Юристи (законодавці, судді, вчені) є елітою правотворчої групи в суспільстві; їм було довірене завдання тлумачити, зберігати та розвивати право. На основі історичного спостереження ми можемо зробити певні загальні коментарі щодо того, як вони це робили. Як група, юристи демонструють певні спільні характеристики. Вони є створінням звички; вони прагнуть розглядати правові норми як такі, що існують самі для себе; при зміні права вони намагаються або зменшити масштаб змін, або запозичити норму з якоїсь зарубіжної правової системи, що є престижною та впливовою. «Право розглядається [юридичною елітою] як таке, що існує саме по собі; воно відповідає нормативності, яка робить право правом. Тому, по-перше, способи створення права, джерел права розглядаються як дані, майже як щось сакральне... По-друге, право має пояснюватися у власних рамках; звідси, авторитет має шукатися і бути знайденим. Цей авторитет (у якійсь формі, яку можна перевернути) повинен вже існувати; звідси право зазвичай звернене в минуле. Ці дві риси роблять право іманентно консервативним» [15, с. 119].

Принципово важливо відзначити: якщо цей аргумент щодо юридичної еліти вірний, то правові трансплантанти становлять головний механізм правових змін права загалом, а не лише історії римського права.

По-друге, слід зазначити, що цей саме аргумент щодо юридичної еліти є вирішальним для опонування А. Ватсоном теорій відображення. Нагадаємо логічну структуру цих теорій: вони формують окремий їх вид, варіюючись відносно вибору X і щодо своєї категоричності. Якщо б А. Ватсон хотів показати щодо різного вибору X, що категоричні теорії відображення не враховують історичні факти, він би лише поверхово і (як це й було) негативно описав провал таких теорій. Тобто, він би розказав нам, що певні теорії не працюють, але він би не пояснив на більш глибинному рівні, чому вони неуспішні, й не запро-

¹ А. Ватсон подає такий короткий опис свого підходу до порівняльного права: «Порівняльне право є дослідженням зв'язків між системами, які мають певні відносини. Як практичний предмет, порівняльне право є вивченням правових запозичень чи трансплантантів, які можуть і мають здійснюватися; порівняльне право як окрема академічна дисципліна є іншим боком монети, дослідженням правових трансплантантів, які вже відбулися: як, коли, чому і з яких систем вони з'явилися; обставини, за яких вони були успішними або невдалими; вплив на них їх нового середовища» [7, с. 309].

² «Основний тип відносин між системами виникає через запозичення однієї системи з іншої або через те, що обидві вони запозичують щось у третьої системи. Так як запозичення — часто з модифікаціями — є основним шляхом розвитку кожної західної системи, у центрі досліджень порівняльного права мають бути правові трансплантанти» [14, с. 141].

понував би точної причини вірити, що загалом жодна теорія відображення не може бути успішною там, де існуючі теорії зазнали провалу.

Але оповідь А. Ватсона про культуру юридичної еліти заповнює цю прогалину. Адже якщо юристи обмежені правовою традицією, потребою в авторитеті, необхідністю рухатися у відповідності з прецедентом, як свідчить він; якщо у пошуку правових пояснень вони зважають насамперед на саму правову традицію і, як правило, ні на що інше поза цією традицією, то категоричні теорії відображення як окремих вид навряд чи можуть відповідно пояснити еволюцію права.

Тут важливо пам'ятати логічну структуру аргументу А. Ватсона. Йому не потрібно, щоби спростувати категоричну теорію відображення, демонструвати, що юристи ніколи не зверталися до чогось поза правовою традицією; йому потрібно лише показати, що *часто* вони цього не роблять. Сила фактів, які він наводить щодо юридичної еліти, в тому (якщо це вірно), що вони ведуть до висновку навіть категоричнішого, ніж потрібний: що не лише *часто*, але й *зазвичай* юристи звертаються до правової традиції, а не до економіки, соціології чи політики.

Ці тези та аргументи, які за ними стоять, приводять до важливого висновку:

4. Теза щодо відособленості. Розвиток цивільного права є результатом «чистої історії права» і може бути пояснений без звернення до соціальних, політичних чи економічних чинників¹.

Знов-таки, ця теза А. Ватсона представлена у двох версіях. Інколи він безкомпромісний і проголошує свою тезу як *категоричну тезу щодо відособленості*, стверджуючи, що: «Справжнім уроком історії є те, що щодо більшої частини сфери права, і особливо приватного права, за більшості політичних та економічних обставин, політичні лідери не повинні мати жодного інтересу у визначенні, якими є або мають бути норми права (якщо вони, звичайно, забезпечують надходження коштів та підтримання миру в суспільстві). Правителі та їх безпосередні підлеглі можуть бути і часто є байдужими до природи чинних правових норм. На цей простий факт часто не зважають, а зазвичай також заперечують. Але неприйняття цього є найбільшою причиною нерозуміння природи права, відносин права і суспільства та напряду правового розвитку» [13, с. 97–98]. Зауважимо, що написане стосується права загалом, а не лише римського чи західного.

А інколи А. Ватсон більш обережний і приймає те, що можна назвати поміркованою тезою щодо відособленості: «Жодна розумна людина не стане заперечувати, що людське право є своєрідним, воно не відбиває сподівань та потреб людей... Скоріше можна погодитися з тим, що правова норма часто є результатом соціальної інженерії, особливо якщо ми розглядаємо суто судове право або закони. Хто заперечуватиме, що значна частина права відбиває інтереси правлячої еліти?» [14, с. 4]². Справжня позиція А. Ватсона, на мою думку, ближче

¹ Наприклад, А. Ватсон пише: «[згідно з О. Кан-Фройндом,] «Жодний обсяг запланованої чи незапланованої гармонізації не може стерти сліди політичної чи соціальної історії як відособлених від чистої історії права». На противагу цій думці основні відмінності між системами загального та романо-германського права, які можна знайти у підходах до права та юридичних структур, є насамперед результатом чистої історії права» [16, с. 38].

² І ще: «Загальною ідеєю цієї книги було *не те, що приватне право не здатне відобразити потреби і сподівання суспільства чи його правлячої еліти*, а те, що дуже значною мірою воно йде іншим шляхом. Це розходження, вважаємо ми, настільки значне, що всі теорії розвитку права і суспіль-

до поміркованої, але часом він більш категоричний. Це важливо, і я вважаю, що ці ухили впливають на його історичні дослідження. Але я не буду тут це обговорювати докладніше, адже моєю ціллю є виключно зрозуміти засади його аргументів проти теорій відображення в праві.

Слід також зазначити, що А. Ватсон використовує два види аргументів проти теорій відображення. Першим є *загальний* аргумент, який я вже виклав — що, зважаючи на культурні особливості юридичної еліти, право має тенденцію розвиватися через трансплантацію, а не через творення з нуля, і здебільшого схильне відображати правову традицію, а не щось зовнішнє щодо себе. Другими, проте, А. Ватсон розвиває численні аргументи *деталей* — специфічні контрприкладні до тверджень теорій відображення. Щоби ці контрприкладні були переконливими, А. Ватсон має показати, що вони не випадково плямують теорії відображення, а стосуються суті питання. Відповідно, він описує численні приклади¹, які відповідають наступним умовам:

1. Правові норми є *неефективними* в тому розумінні, що:

А) норми, як на нашу думку, так і на думку членів суспільства, нікому в суспільстві не дають користі;

Б) норми, як на нашу думку, так і на думку суспільства, шкодять або суспільству в цілому, або значній та впливовій соціальній групі;

2. Ця неефективність *відома* правовій еліті, яка також знає способи зміни норм і має владні повноваження для їх зміни;

3. Нормам з їх неефективністю тим не менш дозволяють *зберігатися* протягом століть.

А. Ватсон на основі цих контрприкладів доходить такого висновку: «Правові норми живуть власним життям з часу свого створення. Вони часто віддаляються від досвіду та розуміння неюристів, їх існування підтримується такими чинниками, як відсутність ефективного механізму для радикальних змін, байдужість, захоплення юристів технікою та їх власні інтереси [14, с. 8].

IV

З викладеного має бути очевидне, що як аргументи А. Ватсона, так і теорії відображення, яким він опонує, мають складну та заплутану структуру, а також те, що його аргументи мають далекосяжні наслідки для юридичної науки.

Внаслідок такої логічної складності аргументи А. Ватсона легко неправильно зрозуміти, і тому важливо проаналізувати спосіб, у який він пов'язує історичні факти з його теоретичними висновками. Особливо важливо зазначити, що теза стосовно відособленості є *наслідком* попередніх тез, а не їх основою. Іншими словами, аргумент не:

«Право є відособленим від соціальних змін, а тому еволюція права повинна відбуватися через трансплантацію правових норм»,
а скоріше:

ства є неприйнятними, навіть незважаючи на те, що кожна з них, чи принаймні деякі, можуть містити правильні спостереження» [14, с. 130]. Підкреслення моє.

¹ Приклади включають: англійську систему землекористування, римське договірне право, римську сім'ю, середньовічну доктрину «переваги духовенства». Див.: [14, с. 12–22, 47–59, 23–30, 92–96].

«Історія демонструє, що через природу юридичної професії, правові зміни в європейському приватному праві відбуваються здебільшого через трансплантацію правових норм; отже, право є, принаймні інколи, відособленим від соціальних та економічних змін».

Це важливо, тому що історичний аргумент надає специфічний та перевірюваний доказ для більш загальної тези щодо відособленості; якщо деякі критики усувають аргумент на другий план і починають з більш загальної тези, то А. Ватсон насамперед проголошує неймовірну і нічим не підкріплену доктрину щодо природи права загалом, результатом чого є те, що весь аргумент зависає в повітрі.

А. Ватсон часто схиляється до категоричних версій цих тез, і тому ми маємо спробувати зрозуміти і як він це робить, і рамки, в яких його аргумент можна стверджувати.

По-перше, слід зазначити, що, строго кажучи, його висновки щодо методу порівняльного права не впливають з пропозиції щодо «плідності» правових трансплантантів. Навіть якщо більшість існуючих правових норм у більшості західних правових систем розвивалися через запозичення та трансплантацію, все рівно порівняльне право має вивчати особливі моменти перехідного стану, коли правова система створювала щось зовсім нове — як, наприклад, при дослідженні права США концентруються не на звичайних судових справах, які кількісно складають переважну масу справ у правовій системі, а скоріше на виняткових справах, які заново визначають право. (Це спостереження, хоча і є важливим для методології порівняльного права, не є основним для дискусії щодо теорій відображення, тому я не буду розкривати його докладніше).

По-друге, як породження логіки, теза А. Ватсона щодо відособлення обмежена рамками його даних. Його теорії побудовані переважно на власних дослідженнях римського права, і зокрема римського *приватного* права. Тому він не має підстав стверджувати, що право в інших, незахідних культурах відповідає тезі щодо відособлення: це може бути й так, але такий висновок потребував би докладної аргументації. Так само, звісно, він не може стверджувати, що європейське *публічне* право відособлене від політичних, економічних та соціальних чинників. Цей висновок скоріше за все був би невірним¹, і, спираючись на власні дослідження, А. Ватсон може озвучувати свої висновки як такі, що стосуються лише приватного права [13, с. 271–272; 14].

На нашу думку, є три причини тенденції А. Ватсона схилитися до неприйнятно категоричного висловлення його позиції. Першою, як ми побачили, є те, що аргументи, які він розвиває, настільки складні, що простіше пожертвувати різними характеристиками, які слід було б додати, особливо коли представлення теорії зміщується з аналізом історичних деталей; так стає просто стверджувати більше, ніж насправді встановлено. Друга причина полягає в тому, що теорії, яким він опонує, мають настільки складну структуру, що він вимушений перебільшувати свої твердження; адже прихильники теорій відображення можуть примиритися з більшістю контрприкладів, просто послабивши теорію, але відмовляючись відкинути її. Тому є спокуса упередити цей маневр за допомогою занадто категоричних тверджень, як, наприклад: «полі-

¹ Я обґрунтував це у своїй статті: [3].

тичні лідери *не* повинні цікавитися визначенням того, якими є чи мають бути правові норми».

По-третє, важливо відзначити, що А. Ватсон не ставиться вороже до теорій стосовно відносин між правом і суспільством¹, і тому не проти конструювання загальних теорій. Звісно, таку ворожість було б важко примирити з його баченням порівняльного права. І саме з цієї причини категорична версія тези щодо відособлення є, зрештою, менш цікавою та менш відповідною його загальному підходу, ніж багатоаспектна поміркована версія. Адже до теорії, що стверджує, що *немає* суттєвих відносин між правом і політикою (суспільством, економікою, релігією, чимось ще), немає чого додати. Водночас, поміркованіша версія акцентує на *складності* феномену, вказуючи, що відносини між правом і суспільством існують, але не є простим відображенням, а тонкими і заплутаними взаємовідносинами, які в кожному випадку мають вивчатися окремо.

V

Давайте коротко оцінимо результати наших роздумів. Критика А. Ватсоном теорій відображення, як ми побачили, значно складніша, ніж видається на перший погляд. Вона провокує численні тонкі омани щодо своєї простоти і, зокрема, щодо конфлікту двох різних тверджень — негативного і позитивного: з одного боку — заперечення того, що право є відображенням суспільства, а з другого — ствердження того, що право повністю відособлене від суспільства.

Є підстави вважати, що саме складність аргументів А. Ватсона привела до поширеного нерозуміння його теорії. Ця точка зору може бути проілюстрована осмисленням його критицизму, здійсненим соціологом права Р. Абелем. Він є одним з небагатьох учених, які спробували докладно розглянути аргументи А. Ватсона та оцінити їх значення для соціологічної теорії права. Але мені видається, що він став жертвою логічного нерозуміння, про яке я згадав, і що це нерозуміння є джерелом низки додаткових нерозумінь².

Полеміка Р. Абеля обертається навколо питань логічної структури. Він починає свій аналіз з прямого зізнання у некомпетентності, зазначаючи, що «Я не є фахівцем у самих історичних подіях» [1, с. 785], і що замість обговорення фактів він «прояснить» теорію А. Ватсона й «критикуватиме її з позицій сучасної науки права та суспільних наук»; він пропонує відкрити її «концептуальну структуру» та «політичну ідеологію» [1, с. 785].

Р. Абель висуває низку звинувачень проти ідей А. Ватсона. Концепція права А. Ватсона, пише він, така «туманна» [1, с. 785], що «її неминучим результатом є суперечність» [1, с. 786]. Мислення А. Ватсона є «спрощуючим», «імпліцитно антитеоретичним» та «містифікаторським» [1, с. 788, 794]. На додачу Р. Абель висуває такі специфічні тези:

1. Монолітна структура суспільства. А. Ватсон розглядає суспільство «як недиференційоване, персоніфіковане ціле» та ігнорує відмінності між «групами інтересів, стратами, класами» [1, с. 787].

¹ Так, одна з його книг починається з анонсу: «У цій книзі я намагаюся представити загальне і зрозуміле бачення природи правових змін, що не залежить від конкретного часу та місця» [15, с. IX].

² А. Ватсон відповів на відому атаку Р. Абеля у статті: [10]. Моя критика Р. Абеля має іншу ціль і фокусується на логічних аспектах, але, як А. Ватсон демонструє із задоволенням і радістю, є дещо, що можна сказати також про знання Р. Абелем історії.

2. Нав'язування цінностей. А. Ватсон нав'язує свої власні ціннісні судження суспільствам, які він вивчає, і визначає відповідність «кожного права одному стандарту — чи воно сприяє ефективній соціальній інженерії» [1, с. 791–793].

3. Антиісторизм. Більше того, А. Ватсон має «схильність бути одночасно етноцентричним та антиісторичним» [1, с. 792]. Антиісторизм А. Ватсона пов'язаний з нав'язуванням його власних цінностей суспільствам, які він вивчає: «Він визначає «відповідність» кожного права з єдиним стандартом — залежно від того, чи воно сприяє ефективній соціальній інженерії — незважаючи на те, що право розглядалося як засіб маніпуляції для досягнення свідомо обраних цілей лише протягом останніх кількох сотень років і насамперед у західних націях» [1, с. 793].

4. Нікчемність права. А. Ватсон вважає, що «більша частина права нікчемна», «не служить жодній цілі», «не має значення» та є «як безідейною, так і соціально шкідливою» [1, с. 791, 797–799].

5. Політичний консерватизм. А. Ватсон має консервативний у своїй основі світогляд, він «не є насправді прихильником ліберальної демократії» [1, с. 806], намагається «тривіалізувати політичне» [1, с. 803]; як і у К. Поппера та Р. Нісбета, його аполітичне дослідження спрямоване на «протистояння радикалам, особливо К. Марксу та пізнішим марксистам, які стверджували, що історичні тенденції існують та мають бути використані для сприяння прогресивному розвитку»¹.

6. Це не є теорією. У підсумку Р. Абель стверджує, що, «можливо, найсерйознішою проблемою теорії А. Ватсона є те, що це взагалі не теорія» [1, с. 793].

Звинування Р. Абеля, як на мене, загалом засновані на нерозумінні логічної структури аргументу А. Ватсона. Р. Абель вважає А. Ватсона прибічником тези щодо відособлення у її найбільш категоричній формі: «Насправді у реакції проти домінуючої теорії А. Ватсон її не уникнув, а просто перевернув. Він стверджує, що право *ніколи* не відповідне суспільству, *не* використовується у соціальній інженерії, *не* виражає класове панування» [1, с. 790] (підкреслення наше).

Але тут Р. Абель впадає в ту логічну пастку, яку я ідентифікував раніше, а саме, у конфлікт між «інколи ні» та «ніколи». І саме з цієї помилки, на нашу думку, випливає все його нерозуміння аргументів А. Ватсона.

По-перше, що стосується «найбільшої проблеми» теорії А. Ватсона — що «вона взагалі не є теорією». Якщо під *теорією* розуміти позитивну теорію відносин між правом та суспільством, це спостереження є вірним, але нешкідли-

¹ Повна цитата така: «Це, можливо, несвідоме уявлення відповідає його засадничо консервативному світогляду. Так само не є випадковим зв'язок між консерватизмом та аполітичним тлумаченням. Ті, хто заперечував існування моделей розвитку в історії — такі вчені як К. Поппер та Р. Нісбет — були політичними консерваторами, які намагалися протистояти радикалам, особливо К. Марксу та пізнішим марксистам, які стверджували, що історичні тенденції існують та мають бути використані для сприяння прогресивному розвитку» [1, с. 803].

Я хочу відзначити, що Р. Абель тут помиляється в своїх думках. Теорії історизму підтримуються як радикалами (як К. Маркс), так і соціальними консерваторами (як Ф. К. Савінні): немає обов'язкового зв'язку між поглядами на право чи історію та політичним радикалізмом. (Наприклад, послідовники Г. Гегеля виразно поділені на два ворожі політичні табори — радикальні «ліві гегельянці» та консервативні «праві гегельянці». Обидва табори підтверджують існування паттернів у історії»).

вим. Адже ціль А. Ватсона — довести, що теорії відображення не відповідають історичним фактам. І, як ми побачили, для цього йому достатньо лише навести низку контрприкладів; йому не потрібна позитивна теорія права і суспільства.

Осмислимо тепер звинувачення в тому, що він розглядає суспільство як моноліт. Теорії відображення стверджують, що правові норми відображають інтереси суспільства чи якоїсь групи в суспільстві. У відповідь А. Ватсон має навести приклади правових норм, які *не* відображають інтереси жодної суспільної групи¹. Але сам по собі факт, що він здатний навести *деякі* такі контрприкладі, не означає, що він схиляється до погляду, що інтереси *всіх* груп *завжди* збігаються.

Дещо складніша ситуація із звинуваченнями 2 і 3 — що його теорія антиісторична і він вимірює всі цінності одним мірилом. Теорії відображення суттєво відрізняються. Деякі автори теорій відображення, як К. Маркс, розглядають право як відображення економічних відносин і оцінюють право за допомогою стандарту економічної ефективності, який вважають незмінним для всіх культур. Інші, як Ф. К. Савіні, припускають більший ступінь культурного релятивізму й те, що цінності можуть варіюватися від одного до іншого національного духу. А. Ватсон обирає контрприкладі, які підходять під *кожне* мірило: наше власне, тієї культури, яку ми досліджуємо, кожної значної суспільної групи в межах останньої. Але те, що і ми, і зарубіжна культура охоплюємося цими контрприкладіми, не означає, що він проголошує, нібито всі культури можуть чи повинні оцінюватися за допомогою західних стандартів ХХ ст.

Щодо звинувачення у тому, що «*більша частина* права є нікчемною»: А. Ватсон стверджує лише, що правові норми в його контрприкладіх є «дисфункціональними». Але цей висновок нічого не говорить про право взагалі.

Звинувачення у консерватизмі зрозуміти нелегко. Воно, як видається, виникло в такий спосіб. Спочатку Р. Абель вважав, що А. Ватсон розвиває теорію про *відсутність* зв'язку між правом і суспільством. Після цього він дійшов висновку, що А. Ватсон повинен активно підтримувати ідею інерції права; а з цього — що він є політичним консерватором. Зокрема, Р. Абель зазначає: «У поглядах [А. Ватсона], зокрема, бракує уявлення про те, що право має керувати суспільством, має бути інструментом радикальних змін, з чого я роблю висновок, що він проти таких змін» [1, с. 802].

Але описувати феномен не означає однозначно йому аплодувати; можна також описувати з жалем, й тому інтерпретація А. Ватсона Р. Абелем не витримує навіть легкої критики. А. Ватсон багато пише про «дисфункціональні» правові норми, називаючи їх «абсурдними», «непридатними», «неадекватними», «невідповідними розвитку суспільства»² — словами, які навряд чи позначають їх тепле сприйняття. Його позиція щодо правової реформи скоріше в тому, що теорії відображення можуть приховувати складність змін, припуска-

¹ Вибір таких прикладів, зумовлений логічними моментами, які я обговорював, зрозумілий з такої цитати: «Іншими словами, я буду шукати приклади, де право активно не сприяє жодній групі чи класу в суспільстві (окрім хіба що юристів, для яких вигідні колізії) і є загалом незручним чи шкідливим або для суспільства в цілому, або для значних і впливових груп у ньому... Однією з переваг такого розгляду є те, що нам не потрібно розглядати визначення таких соціологічних концептів, як стратифікація, клас, влада» [14, с. 9].

² Зокрема, у: [14, с. 84, 130, 132 і далі]; слід також відзначити, що він є автором статті з назвою «Рішення Палати Лордів та інші абсурдні оповідання» та таких книг, як «Крах правової уяви» (1988) і «Джозеф Сторі та чемні помилки» (1992).

ючи, що існує наперед встановлена єдність права і суспільства¹. У зв'язку з цим він запропонував зміни до нормотворчого процесу з метою подолати інерцію існуючої системи [17].

Дивне твердження професора Р. Абеля щодо того, що А. Ватсон є «етноцен-тричним» та «антиісторичним», на мою думку, ми сміливо можемо залишити на обговорення колегам — історикам та лінгвістам. Моя справа — просто вказати, що решта звинувачень Р. Абеля випливає з нездатності сприйняти логічну різницю між «ніколи» та «інколи ні».

VI

Якщо згадані аргументи є правильними, то, якщо ми хочемо правильно інтерпретувати теорію А. Ватсона, важливо мати на увазі логічну відмінність між відкиненням теорій відображення та пропонуванням позитивної теорії відносин права і суспільства. Тоді ми зможемо оцінити досягнення А. Ватсона, які є як деструктивними, так і конструктивними.

З деструктивного боку, мені видається, що навіть помірковані версії тез А. Ватсона є достатніми для того, щоби розбити традиційні теорії відображення, які домінували в правовій думці епохи Модерну. Теоретики права більше не зобов'язані проголошувати навечно встановлену гармонію між правом та суспільством: що право «відображає» суспільство чи що воно «точно відповідає суспільству, як рукавичка руці». Адже А. Ватсон показав, що з цих апріорних правил є забагато виключень, а тому вони не можуть бути надійною основою теорії права.

Як ми бачили, є спокуса перейти від цього важливого негативного висновку до чогось на кшталт категоричної тези щодо відособлення, тобто до загальної тези про те, що право радикально відособлене від економіки, соціології та політики. Але я наполягаю на тому, що ми маємо опиратися цій спокусі принаймні з двох причин. По-перше, хоча прикладів А. Ватсона достатньо для того, щоби спростувати теорії відображення, вони ще не забезпечують достатньої основи для повномасштабної теорії права та суспільства. Увагу А. Ватсона було прикуто практично виключно до норм приватного права Західної Європи й у нього немає підстав на цьому недостатньо доказовому базисі доходити висновків щодо права загалом.

Друга причина є водночас більш тонкою і більш фундаментальною. І саме тут відмінність між поміркованою та категоричною версіями аргументів А. Ватсона стає принциповою. Обидві версії спрямовані на підриг теорій відображення. Але категорична теза щодо відособлення веде до висновку, що між правом та суспільством *не існує* жодного важливого зв'язку. Результатом є такий само категоричний та одновимірний погляд на право і суспільство, як і у теоріях відображення, яким протистоїть А. Ватсон.

Поміркована версія натомість відкриває шлях більш тонкому та складному погляду на право, ніж у будь-якій теорії, яка раніше домінувала. А. Ватсон показав, що право не може бути *зведено* до економіки (чи політики, філософії,

¹ Так, він пише: «якщо за правові норми треба боротися і результатом цього є вдосконалення права, то боротьба за зміни є загалом недостатньо енергійною». І далі: «Якщо ми хочемо мати правову норму, яка задовольняє наші потреби, ми маємо у багатьох випадках очистити її від її історії, взяти її поза нашою традицією» [14, с. 133].

суспільства), але, як ми побачили, він не проголошує, що право зовсім *не пов'язане* з цими предметами. І це означає, що йому не потрібно спростовувати погляди всіх великих мислителів минулого. Частина ідей К. Маркса і Ф. К. Савіні, Ш.-Л. Монтеск'є та Р. Ієринга може бути збережена. Але їх ідеї мають коригуватися у зв'язку зі складністю відносин між правом і суспільством і перевірятися за допомогою ретельного дослідження історії права.

Зокрема, праці А. Ватсона містять дві ідеї для будь-якої майбутньої соціологічної теорії права. По-перше, зміст такої теорії має бути значно складнішим, ніж у старих теоріях. Вона має враховувати, поміж іншим, правові дисфункції, інерцію, провали раціональності — не лише випадкові, а й у великому масштабі. Вона має відкрити, від одного до іншого випадку, різні причини правових змін, і пояснити їх відношення до сили інерції. Якими б не виявилися ці відносини, навряд чи вони прямі; натомість можна очікувати, що причинні зв'язки між правом і суспільством виявляться взаємними, інтерактивними та багатшаровими. Якщо це виявиться так, то слід бути готовими до можливості, що (як трапилося у певних частинах фізики та логіки) не може бути запропоновано жодної задовільної теорії: феномен може виявитися занадто складним для точного опису, навіть у принципі.

По-друге, праці А. Ватсона встановлюють нові методологічні стандарти для соціологічної спекуляції щодо природи права. Вона має бути очищена від тривалої дискусії — теорія права має вирости з докладного дослідження реальних фактів, а не нав'язуватися цим фактам априорі. Й праці А. Ватсона чітко вказують, якими мають бути ці дослідження. Вони не можуть обмежуватися окремою сучасною правовою системою, але також мають передбачати суттєві історичний і порівняльний компоненти. Намагаючись визначити зв'язок між правом і суспільством, слід осмислити, як право виникає, розвивається і як відрізняється у різних суспільствах. І цього можна досягти лише через докладні порівняльні дослідження. Більше того, такі дослідження мають враховувати взаємні впливи різних правових систем та поширення правових ідей від однієї культури до іншої. На практиці це означає, що спекулятивна соціологія права має або самостійно видобувати порівняльний та історичний матеріал — що вимагає знання мов, архівних джерел, історії ідей — або покладатися на роботу інших учених, які це можуть для неї зробити. Але хтось має зробити це, або подальші спекуляції будуть (як часто було в минулому) не більше, ніж просто байками.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Abel R.* Law as Lag : Inertia as a Social Theory of Law // *Michigan Law Review*. — 1982. — Vol. 80.
2. *Ewald W.* Comparative Jurisprudence I : What Was it Like to Try a Rat? // *Pennsylvania Law Review*. — 1995. — Vol. 143.
3. *Ewald W.* The American Revolution and the Evolution of Law // *American Journal of Comparative Law*. — 1994. — Vol. 42.
4. *Friedman L.* A History of American Law. — 2d ed. — New York : Simon & Schuster, 1985.
5. *Kahn-Freund O.* On Uses and Misuses of Comparative Law // *Modern Law Review*. — 1972. — Vol. 37.
6. *von Savigny F. C.* Vom beruf unserer zeit für gesetzgebung und rechtswissenschaft. — Heidelberg : Mohr, 1814.
7. *Schlesinger R.B., Baade H., Damaška, Herzog P.* Comparative Law : Cases-Text-Materials. — 5th ed. — New York : The Foundation Press, 1988.
8. *Schröder J.* Zum Vorgeschichte er Volksgeistlehre. Gesetzgebungs- und Rechtsquellentheorie im 17 und 18 Jahrhundert // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanische Abteilung)*. — 1992. — Band 109.

9. *Stein E.* On Uses, Misuses — and Nonuses of Comparative Law // North-Western University Law Revue. — 1977. — Vol. 72.
10. *Watson A.* Legal Change : Sources of Law and Legal Culture // University of Pennsylvania Law Review. — 1983. — Vol. 131.
11. *Watson A.* Legal Transplants : An Approach to Comparative Law. — Edinburgh : Scottish Academic Press, 1974. (2d ed. — Athens, Georgia : The University of Georgia Press, 1993).
12. *Watson A.* Legal Transplants and Law Reform // Law Quarterly Review. — 1976. — Vol. 92.
13. *Watson A.* Roman Law and Comparative Law. — Athens, Georgia: The University of Georgia Press, 1991.
14. *Watson A.* Society and Legal Change. — Edinburgh : Scottish Academic Press, 1977.
15. *Watson A.* The Evolution of Law. — Baltimore, Maryland : The Johns Hopkins University Press, 1985.
16. *Watson A.* The Making of the Civil Law. — Cambridge, Mass : Harvard University Press, 1981.
17. *Watson A.* Two Tier Law — a New Approach to Law Making // International and Comparative Law Quarterly. — 1978. — Vol. 27.

Евальд У. Порівняльне правознавство: логіка правових трансплантантів

Анотація. Автор, використовуючи метод раціональної реконструкції, систематизує основні тези А. Ватсона щодо взаємовідносин права і суспільства, джерел та механізму правових змін. Центральними питаннями, які розглядаються у статті, є теза щодо «правових трансплантантів» у теорії А. Ватсона та його критика «теорій відображення», які проголошують, що право повністю детермінується соціальним та іншими неправовими чинниками. Автор доводить більш складний характер відносин права та суспільства без прямого детермінізму і проголошує необхідність порівняльного та історичного аналізу права, систематизує тезу А. Ватсона щодо взаємовпливу правових систем як нової предметної сфери порівняльного права і компонента нової форми останнього — як порівняльного правознавства.

Ключові слова: правовий трансплантант, теорії відображення, соціальний детермінізм, правові зміни, інерція в праві, раціональна реконструкція.

Эвальд У. Сравнительное правоведение: логика правовых трансплантантов

Аннотация. Автор, используя метод рациональной реконструкции, систематизирует основные тезисы А. Ватсона относительно взаимоотношений права и общества, источников и механизма правовых изменений. Центральными вопросами, которые рассматриваются в статье, являются тезис относительно «правовых трансплантантов» в теории А. Ватсона и его критика «теории отражения», которые провозглашают, что право полностью детерминируется социальным и другими неправовыми факторами. Автор доказывает более сложный характер отношений права и общества без прямого детерминизма и провозглашает необходимость сравнительного и исторического анализа права, систематизирует тезис А. Ватсона относительно взаимовлияния правовых систем как новой предметной сферы сравнительного права и компонента новой формы последнего — как сравнительного правоведения.

Ключевые слова: правовой трансплантант, теории отражения, социальный детерминизм, правовые изменения, инерция в праве, рациональная реконструкция.

Ewald W. Comparative Jurisprudence: The Logic of Legal Transplants

Summary. The author using the method of rational reconstruction systemizes the main theses of Alan Watson on the interrelations of law and society, the sources and the mechanism of legal change. The core issues of the article is the «legal transplant» thesis of Watson's theory and his critics of «mirror theories» claiming that law is completely determined by social and other non-legal forces. The author argues the more complex relations of law and society without strict determinism and claims the necessity of comparative and historical analysis of law, systemizes the Watson's thesis on the mutual influences of legal systems as a new subject-matter of comparative law and the component of the new form of the latter — as comparative jurisprudence.

Key words: legal transplant, mirror theories, social determinism, comparative jurisprudence, legal change, inertia of law, rational reconstruction.