

Олександр Ковалишин,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри судочинства,
Юридичний інститут Прикарпатського
національного університету ім. В. Стефаника.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2300-1220>

ЩОДО ЧИННИКІВ ОБРАННЯ КРАЇНИ ЗАПОЗИЧЕННЯ

Запозичення в корпоративному праві відіграють вагомую роль, зважаючи на глобалізаційні процеси, які відбуваються в світі. Статтю присвячено виявленню тих факторів, які зумовлюють використання тієї чи іншої системи права для вибору правового запозичення.

Проаналізовано фактори, які обумовили провідну роль права США в сфері розповсюдження окремих їх інститутів чи правових норм, особливо у сфері корпоративного права. Автор систематизує чинники, які мають визначальний вплив при виборі певного правового запозичення.

Ключові слова: правове запозичення, правовий трансплантат, порівняльне право, право США, комерційне право.

Бібл.: 20.

Ковалишин О.

О факторах избрания страны заимствования

Заимствования в корпоративном праве играют важную роль, учитывая глобализационные процессы, которые происходят в мире. Статья посвящена выявлению тех факторов, которые обуславливают использование той или иной системы права при выборе правового заимствования.

Анализируются факторы, которые обусловили ведущую роль права США в сфере распространения отдельных их институтов или правовых норм, особенно в сфере корпоративного права. Автор систематизирует факторы, которые оказывают решающее влияние при выборе определенного правового заимствования.

Ключевые слова: правовое заимствование, правовой трансплантат, сравнительное право, право США, коммерческое право.

Kovalyshyn O.

On the factors of choosing the country of legal transplant's origin

Reform of the national and international financial architecture, along with economic and political (democratic) development, is the paramount target of emerging economies and developing countries worldwide. Moreover, it is an ongoing process in regional or inter-national economic integration arrangement.

Diffusion of law has been an important topic in comparative law at least since the publication of Alan Watson's seminal book on «Legal Transplants» in 1974. The very existence of legal families spanning the globe is due to the diffusion of legal models during colonial times.

The «legal transplant» metaphor has been successful in conveying a wide-spread perception of law as quasi-organic matter, as well as a general idea about the complex and sensitive nature of any attempt to make laws and legal institutions that have evolved in one particular legal and institutional environment, work outside their natural «habitat».

The author emphasizes that legal transplants play an important role in commercial law, especially taking into account the globalization processes that occur in the world. The article is devoted to the identification of those factors that determine the use of a particular legal system when choosing legal transplants.

Factors that determine the leading role of US law in the dissemination of their specific legal institutions or legal norms, especially in the field of commercial law, are analyzed. The author systematizes the factors that have a decisive influence when choosing a particular legal transplant.

Keywords: legal borrowing, legal transplant, comparative law, US law, commercial law.

Постановка проблеми. Сучасний етап розвитку права характеризується поступовим перетворенням з національного у світове, коли всі національні системи права робляться тотожними. Саме цим, на думку В.М. Корецького, пояснюється те, що «проблема уніформізму в праві розглядається звичайно як проблема світового права» [1, с. 215].

Процес творення будь-якої галузі права відбувається завдяки внутрішнім чинникам, таким як: соціально-економічний устрій, суспільна свідомість, рівень правової культури тощо, а також за рахунок впливів ззовні. Складно навести приклад держави, право якої розвивалось би абсолютно автономно, незалежно від правових систем інших держав. У кожній правовій системі постійно присутні певні зовнішні впливи, які в праві виявляються у правових запозиченнях, особливо в сфері корпоративного права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематику правових запозичень досліджували такі вчені, як: О. Р. Кібенко, Ю. М. Оборотов, А. Сапарова, О. В. Ткаченко та іншими. Водночас факторам, які обумовлюють вибір тієї чи іншої системи права, з якої запозичується певна правова норма, не приділено достатньо уваги в наукових дослідженнях.

З огляду на це **мета дослідження** полягає у тому, щоб з'ясувати чинники, що обумовлюють вибір тієї чи іншої системи права, з якої запозичується певне правове положення чи правовий інститут.

Виклад основного матеріалу дослідження. Важливо з'ясувати, які фактори впливають на обрання країни – «донора» правових запозичень. Безумовно основним обумовлюваним фактором щодо запозичень Україною права ЄС є процес гармонізації, зближення корпоративного права України до стандартів права ЄС на підставі Договору про Асоціацію та Угоди про партнерство і співробітництво. Чимало запозичень в корпоративному праві України взято також з інших систем права (переважно, США, окремих держав-членів ЄС).

На думку Аллана Ватсона, факторами, які обумовлюють обрання правопорядку для запозичення норми права є такі чинники, як *престижність* та *економічна ефективність*. Під запозиченнями за «престижністю» автори розуміють ті випадки, коли законодавець країни, що запозичує, для обґрунтування своїх дій щодо імплементації іноземної норми права, правового інституту звертається до репутації системи права країни запозичення.

За визначенням Дж. Аджані, більшість країн Центральної та Східної Європи обрали німецьку модель комерційного права під впливом фактора «престижності моделі» [2, с. 68].

До певної міри це стосується корпоративного права України, оскільки часто в пояснювальних записках законів зазначається, що «цей закон давно функціонує в законодавствах США, Німеччини, Великобританії чи Франції», але не уточнюється, чи був він ефективним в цій країні. За задумом авторів законопроекту, сам факт, що він впроваджений в державі з високим рівнем життя, повинен додати вагомості такому законопроекту, бо це «престижно».

За висловлюванням Н. Панкевич, використання правових запозичень дає змогу владі країни одночасно «бити двох зайців»: задоволення інтересів клубу економічно розвинутих країн та задоволення запитів народу на проведення реформ [3, с. 56]. Саме так можна охарактеризувати реформи, які проводилися в 2014–2019 рр. в Україні. З одного боку, були вагомими інтереси західних країн посилити свій економічний вплив в Україні, а з іншого – існувала нагальна необхідність задовольнити настрої та потреби українського суспільства щодо проведення реформ в законодавстві.

Критерій «престижності» небезпідставно піддається критиці з боку У. Матея, який наполягає, що престиж є похідним від економічної доцільності. На думку науковця, престиж не відіграє значної ролі в запозиченні правової норми, коли держави з менш розвинутою економікою звертають увагу на правову регламентацію певної сфери та обирають ту, яка, на їх погляд є найбільш економічно обґрунтована в їх умовах [4].

Інші автори зазначають, що варто брати до уваги також фактор «випадку, шансу», коли запозичення норми права відбувається не з мотивів «престижності», економічної потужності» країни-донора, а з огляду на те, що на момент виникнення необхідності змін саме право цієї країни (нехай і не популярної для запозичень) виявилось найбільш відповідним [5].

Е. Ляйн виокремлює такі фактори, які вплинули на процес правотворення у Східній Європі: 1) рамки права ЄС; 2) досоціалістичні правові традиції; 3) часові обмеження щодо реформ; 4) відносно невелика територія деяких держав Східної Європи; 5) недостатність правових знань у зв'язку з відсутністю наступності в праві; 6) прихильність деяких держав до сучасних правових порядків, зокрема правових інструментів уніфікації [6, с. 13].

Якщо здійснити ретроспективний аналіз процесу правових запозичень, то можна помітити одну особливість. Державою запозичення є, як правило, країна з потужною економікою, високим рівнем правової культури, давніми традиціями громадянського суспільства (Великобританія, США, Франція, Німеччина тощо) або ж держави, для яких традиційним є намагання відігравати роль серйозного гравця на міжнародній політичній арені регіону (Російська федерація, КНР тощо). Водночас економічна потужність

і політична сила держави не завжди є визначальним фактором, який визначає країну-донора правових запозичень. Як приклад, Дж. М. Смітс наводить визначальну роль датського цивільного кодексу (з-посеред інших країн романо-германської системи права) на формування ЦК РФ. Данія порівняно з ФРН, Францією, Нідерландами не належить до найбільш економічно сильних країн. Однак саме ЦК Данії вчинив значний вплив на формування ЦК РФ [7]. Іншим прикладом є Швейцарія, котра не ставить собі за мету чинити геополітичний вплив, однак її право є прикладом для наслідування в багатьох країнах. ЦК Швейцарії суттєво вплинув на становлення приватного права Туреччини, Північної Африки [8, с. 31] та Південної Америки (зокрема Перу), Греції та Китаю [9].

Відповідно правило «чим країна економічно сильніша та багатша, тим її здатність продукувати кращі зразки правових норм (інститутів) є вищою» не завжди діє.

З огляду на вищенаведене, хотілося б констатувати, що головним фактором має бути «ефективність» правового положення (інституту). Жодні інші чинники (геополітичні, зв'язаність умовами Договору про Асоціацію) не повинні переважати. Аналіз практики застосування правових запозичень показує, що країни успішно можуть поєднувати запозичення з різних правових систем відповідно до власних національних інтересів. Крім цього, члени ЄС часто використовують право не поширювати на себе норми законодавства ЄС.

Аналізуючи найбільш поширені правові запозичення в корпоративному праві, фактори, які їх обумовлюють, можна помітити, що на сучасному етапі провідне місце в поширенні правових інститутів, принципів, доктрин належить США.

У науковій літературі наявні точки зору, які підтримують факт американізації [10], і протилежні. Прихильники зазначають, щоб підтвердити вплив запозичень із США, достатньо згадати лише такі правові інститути як «*Convertible Bonds*» та «*Shares of no Par Value*» [11, с. 179].

Серед тих, хто заперечує «американізацію» корпоративного права, варто відзначити Матіаса Сімса, який доводить, що підстави для констатації такого явища відсутні. На нашу думку, слід віддати належне ґрунтовному дослідженню науковця, проте ми не погоджуємося з його точкою зору [12, с. 35]. Не ставимо під сумнів висновки автора, але все залежить від того, які саме критерії були обрані для аналізу. Власне Матіас Сімз обрав такі критерії, які найменше піддалися впливу правових запозичень.

Провідна роль США у впливі на системи права інших країн розпочалася з поч. ХХ ст. До того часу держава не належала до економічно розвинутих країн світу таких, як: Німеччина, Франція, Великобританія. Крім того, історії відомі приклади, коли право США запозичувало положення права держав континентальної Європи, зокрема Німеччини [13, с. 95].

Вплив права США в світовому масштабі поступово наростав за рахунок невеликих держав, які не мали значного економічного значення. Домінування США в поширенні правових запозичень (трансплантів) розпочалося після 1945 р., коли США вийшла серед країн-переможниць Другої світової війни і суттєво вплинули на становлення економіки таких країн, як: Японія, Південна Корея, ФРН та інших країн Західної Європи, а також за рахунок провідної ролі як інвестора в основних міжнародних організаціях, зокрема в Світовій організації торгівлі, Міжнародному валютному фонді, Організації економічного співробітництва та розвитку тощо [14, с. 313–315].

За станом на сьогодні корпоративне право та й загалом комерційне право США часто стає взірцем при конструюванні правової бази, що регулює питання корпоративного управління, злиття та поглинання, ліквідації підприємств, ринку цінних паперів, (зокрема регулювання засад ворожого поглинання Законом про фондову біржу (*Securities Exchange Act*, 1933)). Вплив американського права також відчутний у сфері господарського процесу, арбітражу, в рамках яких реалізується захист корпоративних прав. Такі механізми судового захисту як інститут непрямого позову (*indirect action*) чи інститут групового позову (*class action*) вперше виникли саме в США.

Факторів, які зумовлюють переважання правових запозичень саме з права США, є декілька. Серед них варто виокремити такі:

1) чинник, який впливає на «прихильність» урядів та законотворців держав до права США, криється в самій природі англо-американської правової системи, основною характеристикою якої є значна роль прецедентної практики, її гнучкість. Американські корпорації, замість того, щоб йти складним шляхом лобювання через парламент, обирають шлях досягнення результату через рішення суду [15, с. 29]. В результаті американське право збагатилось десятками рішень щодо доктрини *Corporate opportunities*, сотнями рішень щодо *business judgment rule*, тисячами щодо *veil piercing* [15, с. 29];

2) важливу думку висловив видатний американський вчений, суддя Річард Познер, автор відомого вчення «Економічний аналіз права», який доводить, що американська судова система під час творення прецедентного права і тлумачення уніфікованого права керується, перш за все, мотивами економічної доцільності та ефективності [16, с. 15–18]. Американська модель корпоративного права є акціонероцентричною, зорієнтованою на забезпечення максимального прибутку інвесторів і зростання вартості акцій (частки), пріоритетами європейського континентального права є соціальна рівність, права людини як основної суспільної цінності.

Революція Мартіна Лютера в християнстві та обґрунтування, що багатство не є гріх, зумовило в подальшому акумулювання капіталу та розвитку країн північної Європи, де поширився протестантизм (Нідерланди, Бельгія, північ сучасної Німеччини), порівняно з тими регіонами, які й надалі притримувалися строгих консервативних канонів католицизму (Португалія, Іспанія). Проводячи паралелі, сьогодні англо-американська прецедентна практика, що ґрунтується на цінностях економічної ефективності та доцільності, порівняно з цінностями соціальної рівності європейського континентального права, видається більш конкурентоздатною в «експортних» змаганнях систем права. Візьмемо, наприклад, запозичення модельних статутів з Англії. Ідея, кінцева мета якої – знизити собівартість реєстрації малих та середніх підприємств, була позитивно сприйнята значною кількістю держав континентальної Європи.

На думку Матіаса Сімса, не слід також недооцінювати вплив США як однієї із провідних політичних сил світу, що безумовно відображається на сфері приватного права, зокрема корпоративного [17, с. 226–227].

Поширення американської моделі відбувається за рахунок двосторонніх угод про вільну торгівлю. Так, зокрема сталося в сфері інвестиційного права, коли держави з метою отримання доступу до американського ринку погоджувалися на сприйняття американської моделі системи захисту інвесторів [18, с. 115]. З метою отримання прямих інвестицій в економіку держави уряди країн погоджуються на зближення національного корпоративного права до права США. Економічний чинник відіграє суттєву роль опосередковано через домінуюче становище американських інвесторів у провідних міжнародних структурах, таких як: МВФ, СБ, ОЕРС тощо, що надають кредити та інші форми інвестування як урядам, так і прями інвестиції конкретним суб'єктам господарювання. Зважаючи на те, що інвестиційні банки США відіграють провідну роль у міжнародних злиттях та поглинаннях, американське право буде й надалі експортуватися за рахунок таких угод [19, с. 295].

Значна частина потужних неамериканських транснаціональних корпорацій розміщуються саме на фондових біржах США. Виходячи на фондову біржу США, вони, зазвичай, повинні дотримуватися стандартів американського корпоративного права (*corporate governance, corporate compliance* тощо).

Як вважає німецький вчений Хольгер Фляйшер, певне значення має також рівень юридичної освіти в США, що зумовлено: 1) жорсткою конкуренцією навчальних закладів та складністю навчання; 2) престижністю юридичної освіти серед іноземних студентів; 3) міждисциплінарним характером навчання та досліджень у сфері корпоративного права, що дає змогу домінуючому становищу корпоративного права США і надалі утримувати першу позицію. Вчений наводить паралелі: як лорди середньовічної Англії, що створювали *ius commune*^{*}, вважали за престижне і необхідне навчатися на юридичних факультетах Італії та Франції, так само сьогодні студенти ВНЗ континентальної Європи, які продовжують традиції, вважають престижним навчатися в юридичних школах США [20, с. 1136].

Артур фон Мерен звзначає, що певне сприяння просуванню американського права надає провідна роль англійської мови як мови міжнародного ділового спілкування. Доступ до текстів судових рішень та уніфікованого корпоративного права мовою оригіналу полегшує порівняння та сприйняття ефективних правових рішень. Цей фактор у жодному разі не варто ігнорувати чи недооцінювати [19, с. 295]. Слід погодитися з автором, особливо, коли йде мова про аналіз і сприйняття таких понять і концепцій, як *duty of care, duty of loyalty, good faith*, стовідсотково вдалі відповідники яких іноді не завжди вдається віднайти при перекладі на інші мови, що зумовлено як особливостями мовного інструментарію так і відмінностями відповідної системи права.

Висновки. 1. До чинників, що зумовлюють вибір правових запозичень з певної системи права, варто віднести економічну доцільність, визнаність, близькість до системи права, що запозичує.

2. Домінуюча роль американського права в сфері запозичень у корпоративному праві продиктована такими чинниками: 1) гнучкість прецедентного права США порівняно з кодифікованим континентальним

^{*} *ius commune* – термін для позначення прецедентного права Англії, перекладений у порівняльному правознавстві на латинську, з метою зазначити, що у його творенні важливе значення відігравало континентальне право.

тальним правом; 2) доміантна роль американського капіталу (як у прямих інвестиціях США в економіці конкретних країн, так і опосередковано через такі інституції, як МВФ, СБ, ОЕРС тощо); 3) значний політичний вплив США; 4) наявність партнерських стосунків з державами, які запозичують норму права; 5) важливість для неамериканських ТНК присутності на фондовому ринку США; 6) високий рівень юридичної освіти США; 7) статус англійської мови як мови міжнародного ділового спілкування.

Список використаних джерел

1. Корецький В. М. Международное хозяйственное право и мировое право. 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.
2. Ajani G. «The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications», in: *Italian National Reports*, op. cit., p. 65, at pp. 68-69 and 80.
3. Pankevich Natalia, Phenomena of Legal Transplants Related to the Social Model o the Post-Soviet Countries, Transformation durch Rezeption? *Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Vol. 102, P. 39–64.
4. Mattei Ugo, Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics, 14 *Int'l Rev. L. & Econ.* 3, 8, 1994.
5. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974).
6. Eva Lein, Ideals and realities: Reflections on Law Reception in Eastern European Private Law, in Eva Lein, Josef Skala, Lukas Heckendorn Urscheler, *Business Law in Transition, A comparative Perspective on Eastern Europe*, 2010, P. 13–26.
7. Smits J.M. *Systems Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models – The Dutch Experience*.
8. Eugen Bucher, *Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild*, NZZ Nr. 132 (2006) 31.
9. Rainer J. Michael: *Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung*, Bd. 12, Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht (Frankfurt 2002).
10. Edward Greene & Pierre-Marie Boury, Post-Sarbanes-Oxley corporate governance in Europe and the USA: Americanisation or convergence?
11. Fryde Mieczyslaw, Certain Aspects of Modern Corporations, P. 177–222 in *Studies in Polish and Comparative Law*, 1945, 274 p.
12. Mathias M. Siems, *Shareholder Protection Around The World («Leximetric II»)*, Working Paper No. 359, Cambridge, 2007, 35 p.
13. Riesenfeld S., The Impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United Statesю In the Reception of Continental Ideas in the Common Law World (Reimann M., ed., 1993), 1820–1920, 89, 95–96.
14. Koller Heinrich: *Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung*, ZSR 119 II, 2000, P. 313–360.
15. Weisser, *Corporate Opportunities*, 1991, S. 19, 29.
16. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Ninth edition, Walters Kluwer, 2014, 1026 p.
17. Mathias M. Siems, *Convergence in Shareholder Law* , 2008, P. 226–27.
18. Jean Frederick Morin, Gilbert Gagne, What can Best Explain the Prevalence of Bilateralism in the Investment Regime, *International journal of Political Economy*, Vol. 36 (1), 2007.
19. Arthur T. von Mehren, Peter L. Murray, *Law in the United States*. Second Edition, Cambridge University Press, 2007, 325 p.
20. Holger Fleischer, *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht*, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2004, S. 1129–1137.

References

1. Koretskyi, V. M. (2008). *Mezhdunarodnoe khoziaistvennoe pravo y myrovoe pravo [International business law and world law]* / Porivnialne pravoznavstvo: Antolohiia ukrainskoi komparatyvistyky XIX-XX stolit' / za red. O. V. Kresina. Kyiv: Instytut derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy, Vydavnytstvo «Lohos», 214–225 [in Russian].
2. Ajani, G. «The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications», in: *Italian National Reports*, op. cit., 65, at pp. 68-69 and 80 [in English].
3. Pankevich N. Phenomena of Legal Transplants Related to the Social Model o the Post-Soviet Countries, Transformation durch Rezeption? *Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, 102, 39–64 [in English].

4. Mattei, U. (1994). *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 Int'l Rev. L. & Econ. 3, 8 [in English].
5. Watson, (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press [in English].
6. Lein, E. (2010). *Ideals and realities: Reflections on Law Reception in Eastern European Private Law*, in Eva Lein, Josef Skala, Lukas Heckendorn Urscheler, *Business Law in Transition, A comparative Perspective on Eastern Europe*, 13–26. [in English].
7. Smits, J.M. *Systems Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models – The Dutch Experience* [in English].
8. Bucher, E. (2006). *Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild*, NZZ, 132, 31 [in German].
9. Rainer, J. Michael (2002). *Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung*, Bd. 12, Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht. Frankfurt [in German].
10. Greene, E., Boury, P.-M. *Post-Sarbanes-Oxley corporate governance in Europe and the USA: Americanisation or convergence?* [in English].
11. Fryde, M. (1945). Certain Aspects of Modern Corporations, 177-222 in *Studies in Polish and Comparative Law* [in English].
12. Mathias, M. (2007). *Siems, Shareholder Protection Around The World («Leximetric II»)*, Working Paper No. 359. Cambridge, 2007 [in English].
13. Riesenfeld, S. (1993). *The Impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United States*. In the Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820–1920, 89, 95–96 [in English].
14. Heinrich, K. (2000). Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, ZSR 119 II, 313-360 [in German].
15. Weisser (1991). *Corporate Opportunities*, S. 19, 29 [in English].
16. Richard, A. (2014). *Posner, Economic Analysis of Law*, Ninth edition, Walters Kluwer [in English].
17. Mathias, M. (2008). *Siems, Convergence in Shareholder Law*, 226–27 [in English].
18. Morin, J. F., Gagne, G. (2007). What can Best Explain the Prevalence of Bilateralism in the Investment Regime. *International journal of Political Economy*, 36 (1) [in English].
19. von Mehren, A. T., Murray, P. L. (2007). *Law in the United States*. Second Edition, Cambridge University Press, 2007 [in English].
20. Fleischer, H. (2004). Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 1129–1137 [in English].

Стаття надійшла до редакції 03.12.2019.