



**Елена Александровна  
СОРОКИНА,**

научный сотрудник  
сектора прав человека  
Института государства и  
права РАН,  
кандидат юридических наук  
[sorokina\\_ea@mail.ru](mailto:sorokina_ea@mail.ru)  
119019, Россия, г. Москва,  
ул. Знаменка, д. 10

## Теория конституционных заимствований Г. Франкенберга в контексте прогностической функции сравнительного права

**Аннотация.** Использование органической метафоры *transplant* для описания феномена заимствования права не является новым и давно находит отражение в исследованиях по истории права и сравнительному правоведению.

Однако только с 70-х гг. прошлого столетия данный термин окончательно вошел в научный оборот, и его использование стало широко распространенным. Несмотря на то, что теория *legal transplants* является наиболее противоречивой и дискуссионной, она стала основной предпосылкой для признания необходимости развития и усовершенствования классических, традиционных подходов, а также для содержательного расширения уже существующих правовых категорий. Одним из современных концептуальных подходов в данной сфере является теория немецкого ученого Г. Франкенберга, посвященная процессу конституционных заимствований, который представляется как сложный и многоэтапный. При этом особое внимание уделяется влиянию и последствиям конституционных заимствований, а также условиям функционирования того или иного правового элемента в новом правовом порядке.

**Ключевые слова:** сравнительное право, правовые заимствования, современные концепции, теория конституционных заимствований.

DOI: 10.17803/2311-5998.2022.97.9.064-071

**E. A. SOROKINA,**

Research Fellow of the Human Rights Department  
of the Institute of State and Law  
of the Russian Academy of Sciences, Cand. Sci. (Law)  
[sorokina\\_ea@mail.ru](mailto:sorokina_ea@mail.ru)  
ul. Znamenka, 10, Moscow, Russia, 119019

### G. Frankenberg Theory of Constitutional Transfer in the Context of the Predictive Function of Comparative Law

**Abstract.** The use of the organic metaphor of *transplant* to describe the phenomenon of legal borrowing is not unique and has long been reflected in legal history and comparative law.

However, the use metaphor of legal *transplant* has become widespread only since the 1970s. Despite the fact that the theory of legal *transplants* is the most controversial and debatable, at the same time it has become the main

*prerequisite for recognizing the need to develop and improve classical, traditional approaches as well as meaningful expansion of already existing legal categories. One of the modern conceptual approaches in this field is the theory of constitutional transfer of the German scholar G. Frankenberg. In his theory the process of constitutional transfer presented as complex and multistage and also he focuses its impact and subsequent consequences.*

**Keywords:** *comparative law, legal borrowings, modern concepts, constitutional transfer.*

Для сравнительно-правовой науки по-прежнему актуальной и дискуссионной остается проблематика, связанная с правовыми заимствованиями, которая в конечном счете является основой для прогнозирования будущего правового развития.

В прошлом столетии в области сравнительного изучения права приобретает «новую жизнь» метафора — правовой трансплант (*legal transplant*), которая в исследовательском контексте ассоциируется с именем шотландского историка и компаративиста А. Ватсона<sup>1</sup>. В своей работе 1974 г. ученый с ее помощью характеризовал перемещение (пересадку) норм и других правовых элементов из одного национального правового порядка в другой. Он полагал, что большинство изменений в правовых системах происходят в результате заимствований, которые легко осуществимы, являются сложившейся и обычной практикой и наиболее плодотворным источником правового развития<sup>2</sup>.

Теория А. Ватсона встретила как сторонников, так и критиков. Так, например, Л. М. Фридман, один из ведущих американских специалистов в области истории и социологии права, отмечал, что А. Ватсон и другие сторонники *legal transplants* склонны полагать, что «право является своего рода технологией»<sup>3</sup>; по существу, согласно этому подходу «пересаженная почка или вяз останутся такими же, как и в исходном теле или в окружающей среде, т.е. из которого(ой) произошла пересадка, однако зачастую этого не происходит с правовыми идеями и институтами»<sup>4</sup>.

Несколько упрощая, можно сказать, что в целом сообщество в области компаративистики поделилось на два направления: одни утверждают, что правовые заимствования — широко распространенное явление; другие, особенно специалисты, придерживающиеся культурологического подхода, подчеркивают, что оно невозможно, так как существует взаимозависимость права и общества, а также права и культуры.

<sup>1</sup> Следует отметить, что термин «правовой трансплант» встречается уже в работе И. Бен-тама «О влиянии времени и места относительно законов» (1782 г.), где приводятся примеры и предлагаются общие принципы «пересадки» права.

<sup>2</sup> Подробнее см.: *Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Charlottesville, 1974.*

<sup>3</sup> *Friedman L. M. Law and Society: An Introduction. Englewood Cliffs, 1977. P. 46.*

<sup>4</sup> *Langer M. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure // Harvard International Law Journal. 2004. Vol. 45. No. 1. P. 30—31.*



Как отмечается, «позиция большинства ведущих приверженцев культурологического подхода состоит в том, что букву правовой нормы можно прочесть только в культурном контексте, который и дает ей смысл; в том случае, если она прочитана в отличающемся культурном контексте, то она просто будет другим правом»<sup>5</sup>, т.е. нормы и другие правовые элементы не могут быть «пересажены», поскольку не может перемещаться их смысл.

У. Твайнинг отмечал, что А. Ватсон сыграл выдающуюся роль «provocator», выдвигая смелые гипотезы, сосредотачиваясь на проблеме заимствования права. Он сфокусировался на нескольких примерах (правилах, институтах, концептах), которые действительно были «пересажены», но не уделял должного внимания процессу распространения права, путям, по которым оно шло, его влиянию и последствиям<sup>6</sup>.

Следует отметить, что цель подхода А. Ватсона заключалась не в том, чтобы предложить исчерпывающую концепцию, связанную с правовыми заимствованиями или «пересадкой» права, а, скорее, представить общие наблюдения практического характера. По меткому замечанию И. Марковиц, «право — опытный и целеустремленный путешественник»<sup>7</sup>, а правовые заимствования — важная часть правового развития и изменений, что находит подтверждение как в истории правового развития, так и в настоящее время. Об этом свидетельствуют так называемая рецепция римского права<sup>8</sup>; распространение европейского права метрополий на колонии; реформы США в рамках движения «Право и развитие» в Латинской Америке; правовые реформы, последствия которых сохранились по сей день в странах Центральной и Восточной Европы после 1989 г., а также усилия по унификации и гармонизации права на уровне Европейского Союза. Так или иначе, правовые заимствования присутствуют в повседневной практике законодателей, судей, юристов, ученых<sup>9</sup>.

Иностранный правовой материал довольно часто принимается в качестве основы для создания или изменения правопорядка, поэтому не вызывают удивления утверждения, что «количества инноваций в праве мало, а заимствование и подражание имеют решающее значение»<sup>10</sup>; законодатели являются «завзятыми

<sup>5</sup> Цит. по: Слыщенко В. А. Сравнительное право и культура: размышления о культурном измерении правопорядка // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 2. С. 40.

<sup>6</sup> Twining W. The Tilburg-Warwick Lectures, General Jurisprudence. Lecture IV : Generalizing about Law: The Case of Legal Transplants. Tilburg, 2000. P. 38—39.

<sup>7</sup> Markovits I. Exporting Law Reform — But Will It Travel // Cornell International Law Journal. 2004. Vol. 37. Is. 1. P. 95.

<sup>8</sup> Подробнее см., например: Томсинов В. А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // П. Г. Виноградов. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / под ред. У. Э. Бтлера, В. А. Томсинова. М., 2010. С. 262—279.

<sup>9</sup> Twining W. Diffusion of Law: a Global Perspective // The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law. 2004. Vol. 36. Is. 49. P. 1, 24.

<sup>10</sup> Öricü E. Law as Transposition // International and Comparative Law Quarterly. 2002. Vol. 51. No. 2. P. 205—206.

воришками”, и как только появляется благоприятная возможность, то они “украдут” идеи и нормы из чужих кодексов для своего законодательства»<sup>11</sup>.

В целом теория и аргументация А. Ватсона о правовых заимствованиях породили множество подходов, проливающих свет на данный феномен. В течение последних десятилетий неоднократно предпринимались попытки исследовать и описать процесс взаимодействия правовых систем, сопровождающийся соответствующими правовыми заимствованиями, и разработать оригинальные концепции, используя разнообразные метафоры для обозначения этого феномена.

В частности, привлекла внимание ученых и проблематика конституционных заимствований, как наиболее часто называют это явление, которая стала предметом многочисленных работ, и ученые пришли, по всей видимости, к консенсусу, что конституционные акты государств, начиная с процесса разработки и заканчивая их последующим толкованием и применением, не создаются изолированно<sup>12</sup>.

Сравнительно недавно немецким ученым Г. Франкенбергом была предложена теория, описывающая процесс конституционных заимствований, в основе которой лежит идея бизнес-модели шведского магазина IKEA<sup>13</sup>.

Согласно его теории, существует некий «глобальный резервуар» конституционных идей, концепций и моделей, из которого государства могут черпать «сборные» (универсальные) идеи, могут решить их «купить» (заимствовать) для своего национального правового порядка. Немецкий ученый выделяет определенные этапы данного процесса.

Так, на первом, необходимо найти точку отсчета (*a point of origin*), при этом Г. Франкенберг акцентирует внимание на тех проблемах, которые связаны с определением происхождения того или иного конституционного элемента<sup>14</sup>.

На втором этапе должна произойти деконтекстуализация (*decontextualization*), т.е. изоляция того или иного правового элемента от обстановки и обстоятельств, в которых он существовал. В данном случае конституционный элемент должен быть «подвергнут шоковой заморозке и упакован», для того чтобы перешагнуть время, пространство и контекст. Немецким ученым особо подчеркивается, что не существует адекватной методологии для анализа того, что происходит в этот момент при перемещении права, когда и где пересекаются национальные и над-национальные пути<sup>15</sup>.

После деконтекстуализации правовые элементы превращаются в товары и поступают в «глобальный резервуар» или «конституционный центр IKEA», в

<sup>11</sup> Damaska M. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments // American Journal of Comparative Law. 1997. Vol. 45. No. 4. P. 839, 852.

<sup>12</sup> Jackson V. C. Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors // Fordham Law Review. 2006. Vol. 75. No. 2. P. 927 ; McWhinney E. Constitution-Making: Principles, Process, Practice. Toronto, 1981. P. 6.

<sup>13</sup> Frankenberg G. Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited // International Journal of Constitutional Law. 2010. Vol. 8. No. 3. P. 563—579 ; *Idem*. Constitutions as Commodities. Notes on A Theory of Transfer // Comparative Law Review. 2013. Vol. 4. No. 1. P. 1—30.

<sup>14</sup> Frankenberg G. Constitutional Transfer... P. 570—571 ; *Idem*. Constitutions as Commodities... P. 11—12.

<sup>15</sup> Frankenberg G. Constitutions as Commodities... P. 12.



котором покупатель может приобрести уже готовый вариант, устраивающий его по всем параметрам, либо выбрать отдельные элементы (товары) и самостоятельно составить целый комплекс из них дома, либо найти определенные идеи для вдохновения.

Применительно к процессу конституционного заимствования Г. Франкенберг указывает, что в случае разработки, внесения изменений или пересмотра конституции в подобном центре ИКЕА представляется возможным приобрести полностью одну из разновидностей форм правления, например конституционную монархию, включая все ее государственно-правовые элементы, либо отдельные элементы, в частности двухпалатную систему парламента, определенную модель конституционного контроля, доктрину политического вопроса или принцип равного обращения, и т.д.<sup>16</sup>

С точки зрения ученого, важно то, что в подобный воображаемый резервуар, являющийся источником для национальных правопорядков, проникают только универсальные правовые концепты, которые прошли так называемый пороговый тест. Как следствие, смысл нормы права или правового элемента больше не имеет значения. Подчеркивается, что «на полках торгового зала ИКЕА размещаются описания институтов и тексты норм, лишённые контекста, которые тщательно были подобраны из конституционных документов»<sup>17</sup>. Более того, не содержится информации о контекстуальных предпосылках, в которых тот или иной правовой элемент существовал ранее.

Очевидно, что ключевым является вопрос, какие институты и концепции попадут в подобный конституционный центр. Предлагая определенный ответ, исследователи отмечают, что всякий раз, когда заимствуется лучшее и оптимальное иностранное решение, необходимо время от времени проверять не только то обстоятельство, оправдало ли оно себя на практике в своей стране, но и его приемлемость для правовой системы другой страны<sup>18</sup>.

Следует отметить, с одной стороны, существующие универсальные конституционные концепты, которые могут действовать в рамках нескольких конституционных систем; с другой стороны, те, которые возникли в условиях, специфичных для государства и его конституционной системы. Между этими двумя полюсами, безусловно, существует ряд пограничных случаев.

Так, в области конституционного права представляется возможным обнаружить ряд универсальных понятий, которые постепенно распространяются по всему миру — от общих идей (конституционализм, верховенство права, демократия, права человека, суверенитет и т.д.), до конкретных норм и институтов.

Вместе с тем существуют концепты, тесно связанные с историческими, социальными или географическими условиями определенного государства. Один из подобных примеров — Вторая поправка к Конституции США, закрепляющая «право народа хранить и носить оружие». Другим примером является ст. 9

<sup>16</sup> *Frankenberg G. Constitutional Transfer... P. 572 ; Idem. Constitutions as Commodities... P. 16—17.*

<sup>17</sup> *Frankenberg G. Constitutions as Commodities... P. 17.*

<sup>18</sup> *Цвайгерт К., Кётец Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М. : Международные отношения, 2000. Т. 1. С. 31.*

послевоенной Конституции Японии 1947 г., предусматривающая, что «японский народ на вечные времена отказывается от войны как суверенного права нации, а также от угрозы силой или применения вооруженных сил как средства разрешения международных споров».

По мнению Г. Франкенберга, подобные конституционные элементы, безусловно, имеют значение, однако они зависимы от национального контекста и по этой причине исключаются из «глобального резервуара», так как лишены универсальности и «не могут подняться выше местного уровня и остаются на краю транснационального дискурса конституционализма»<sup>19</sup>.

Кроме того, существует идеальный пример универсального конституционного концепта, а именно принцип пропорциональности, который обнаруживается практически во всех конституционных системах и, как отмечается, «является наиболее успешным правовым трансплантатом двадцатого века»<sup>20</sup>.

На четвертом этапе приобретенные/заимствованные правовые элементы должны быть реконтекстуализированы (*re-contextualized*), что предполагает, во-первых, «размораживание и распаковку» заимствованного правового элемента; во-вторых, ряд сложных, адаптирующих, модифицирующих действий, которые приводят к различным последствиям<sup>21</sup>.

Г. Франкенберг показывает, что простая сборка отдельных «деталей» обычно не приводит к желаемым результатам, т.е. заимствованный правовой концепт может не работать должным образом, а в целом может «потерпеть неудачу», поскольку «встречается с иным политико-культурным контекстом или просто не имеет смысла в новой среде»<sup>22</sup>. Существует вероятность, что правовой элемент необходимо будет «переработать» или «полностью обновить», а поиск недостающих элементов приведет к возврату в центр IKEA<sup>23</sup>.

По мнению Г. Франкенберга, трансформация и функционирование конституционного элемента в новом правовом порядке зависит, во-первых, от выбранного, а затем приобретенного/заимствованного концепта; во-вторых, от его адаптации. В данном случае особое значение имеет опыт тех, кому поручена реконтекстуализация, при этом определяющим являются временные рамки для работы с заимствованным элементом, политическое влияние и т.п.

В лучшем случае заимствованный правовой концепт, по мнению ученого, окажется модифицированной, а не подлинной копией того «товара», который приобретался первоначально<sup>24</sup>.

В течение длительного времени предпринимаются попытки разработать обновленную доктрину, способную описать процессы и явления, происходящие при взаимодействии правовых систем, характеризующиеся заимствованием правовых

<sup>19</sup> Frankenberg G. Constitutions as Commodities... P. 18—22.

<sup>20</sup> Kumm M. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice // International Journal of Constitutional Law. 2004. Vol. 2. No. 3. P. 595.

<sup>21</sup> Frankenberg G. Constitutional Transfer... P. 574—579; *Idem*. Constitutions as Commodities... P. 22—29.

<sup>22</sup> Frankenberg G. Constitutions as Commodities... P. 23.

<sup>23</sup> Frankenberg G. Constitutions as Commodities... P. 24.

<sup>24</sup> Frankenberg G. Constitutions as Commodities... P. 24—25.



идей, концептов, норм, институтов (в том числе конституционно-правовых). Именно поэтому особую актуальность приобретает проблема исследования заимствований в праве как общеправового, так и конституционно-правового феномена.

Основная цель предлагаемой теории ИКЕА — поиск ответов на определенные вопросы: каким образом происходит процесс заимствования права и каковы его последствия; каким образом правовые (конституционные) элементы де- и реконтекстуализируются; какие правовые концепты исключаются из данного процесса и каковы причины этого. В отличие от других подходов, здесь фокусируется внимание на том, что процесс заимствования права является не только сложным, многогранным, но и многоэтапным.

Кроме того, очевиден выход за рамки существования горизонтальных отношений между национальными правовыми порядками. В итоге дискуссия переносится с национального на глобальный уровень.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Слыщенко В. А.* Сравнительное право и культура: Размышления о культурном измерении правового порядка // Известия высших учебных заведений. — Правоведение. — 2014. — № 2. — С. 38—70.
2. *Томсинов В. А.* О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / под ред. У. Э. Батлера, В. А. Томсинова. — М., 2010. — С. 262—279.
3. *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — М., 2000. — Т. 1. — 480 с.
4. *Damaska M.* The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments // *American Journal of Comparative Law*. — 1997 — Vol. 45. — No. 4. — P. 839—852.
5. *Frankenberg G.* Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited // *International Journal of Constitutional Law*. — 2010. — Vol. 8. — No. 3. — P. 563—579.
6. *Frankenberg G.* Constitutions as Commodities. Notes on A Theory of Transfer // *Comparative Law Review*. — 2013. — Vol. 4. — No. 1. — P. 1—30.
7. *Friedman L. M.* *Law and Society: An Introduction*. — Englewood Cliffs, 1977. — 177 p.
8. *Jackson V. C.* Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors // *Fordham Law Review*. — 2006. — Vol. 75. — No. 2. — P. 921—960.
9. *Kumm M.* Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice // *International Journal of Constitutional Law*. — 2004. — Vol. 2. — No. 3. — P. 574—596.
10. *Langer M.* From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure // *Harvard International Law Journal*. — 2004. — Vol. 45. — No. 1. — P. 1—64.
11. *Markovits I.* Exporting Law Reform — But Will It Travel // *Cornell International Law Journal*. — 2004. — Vol. 37. — Is. 1. — P. 95—114.

12. *Mcwhinney E.* Constitution-Making: Principles, Process, Practice. — Toronto, 1981. — 231 p.
13. *Örücü E.* Law as Transposition // International and Comparative Law Quarterly. — 2002. — Vol. 51. — No. 2. — P. 205—223.
14. *Twining W.* Diffusion of Law: A Global Perspective // The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law. — 2004. — Vol. 36. — Is. 49. — P. 1—45.
15. *Twining W.* The Tilburg-Warwick Lectures, General Jurisprudence. Lecture IV : Generalizing about Law: The Case of Legal Transplants. — Tilburg, 2000. — P. 1—73.
16. *Watson A.* Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. — Charlottesville, 1974. — 106 p.

