

Исин Уруджу

ВОСПРИЯТИЕ РАСПРОСТРАНЕННОГО: ЧЕТЫРЕ КРУГА РАСПРОСТРАНЕННОГО, ВОСПРИНЯТОГО В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ ТУРЦИИ

Аннотация. Статья посвящена двум теориям распространения научных знаний: диффузии и инфузии. В ней рассматривается и анализируется интеграция указанных научных теорий в правовую систему Турции.

Ключевые слова: теория, практический опыт, концепции, анализ, теоретический подход, диффузия права, инфузия права.

1. Введение

Настоящая работа представляет собой как теоретический, так и практический опыт разработки концепций диффузии (распространения, рассеяния) и инфузии (восприятия, включения в национальную правовую систему) и демонстрации того, как обе концепции могут работать в отдельно взятой правовой системе. В статье прослеживается то, как «диффузия» (распространение) и «инфузия» (восприятие) стали частью «трансграничной мобильности права»¹. Существует несколько подходов к пониманию «транс-граничной мобильности права», составляющих основу для теоретического анализа такого рода явлений, составляющих дополнение классическим концепциям, таким как добровольная рецепция, понуждение, вынужденное заимствование (рецепция) и тому подобное. В этой статье, во-первых, рассматриваются возможные теоретические основания анализа и, во-вторых, затрагиваются вопросы, связанные с распространением (рассеянием), приобретающим волновой характер, в качестве теории, обосновывающей распространение, восприятие и перенесение права, его интернационализацию, которые получили распространение (*были подвергнуты диффузии*). Далее, в качестве примера распространения и восприятия (диффузии и инфузии соответственно), определяющих правовую систему как *единое эклектическое и синтетическое целое*, в отличие от культуры противостоящей инфузии (восприятия) «чужих» моделей, рассматривается правовая система Турции. Представлена не столько общая оценка, сколько готовый результат – синтетически сконструированная правовая система, имеющая иностранные законы, до сих пор применяемые в качестве «источников права» (*source-laws*): распространение швейцарского права, например, начавшееся в 1926 г. и продолжающееся до насто-

ящего времени, если иметь в виду новый Гражданский кодекс 2002 г., Обязательственный кодекс 2011 г. и, отчасти, Торговый кодекс 2011 г.

2. Возможные теоретические основания анализа

Пьер Джузеппе Монатери (Pierre Giuseppe Monateri) предложил использовать понятие «загрязнение» (*contamination*) для объяснения мира правовых систем, указывая при этом: «Современный правовой мир выглядит скорее как засоренный мир, нежели как мир, разделенный на несколько правовых семей»². Эта идея не является новой и не вязана с глобализацией, поскольку практически каждая система даже во времена античности выростала из «засоренности»³, практика заимствования была нормальным способом развития. По мнению Дж. Монатери, «масштабная перекрестная диффузия французских и германских конструкций в рамках системы гражданского права, широкое распространение американских моделей в настоящем формируют однообразный правовой пейзаж по всему миру, изобилующий локальными вариантами»⁴. Специалист в области сравнительного правоведения может выявить «перекрестное опыление», «взаимное удобрение» и «горизонтальные трансферты» между правовыми системами повсеместно и во все времена.

В дальнейшем Монатери указывает на то, что «слабые» правовые традиции в смысле того, что какая-либо система является открытой для иностранного «культурного вмешательства», формируются за счет заимствований и представляют собой процесс развития. Напротив, «сильные», находящиеся рядом, правовые системы в большей степени, чем находящиеся в отдалении, успешные модели по сравнению с «неудачны-

¹ Esin Örüçü, A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law // *Transfrontier Mobility of Law*, Rob Jagtenberg, Esin Örüçü, Annie de Roo (eds), The Hague, Kluwer International, 1995, p.5.

² Pierre Giuseppe Monateri The “Weak” Law: Contaminations and Legal Cultures // *Italian National Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law*, Bristol, 1998 Milano Giuffrè editore, p.107.

³ Там же.

⁴ Там же.

ми», дискредитировавшими себя «загрязняют» слабые правовые системы. И к этому следует относиться как к обыденному явлению.

«Загрязнение», безусловно, представляет собой полезный теоретический подход⁵. Это один из способов реализации трансграничной мобильности в праве. Например, согласно Оливеру Морето, «рецепция, миграция, циркуляция и тому подобное описывают видимые явления. Засорение (контаминация) относится к числу менее заметных», поскольку последствия этого явления могут произойти значительно позднее. Согласно его утверждению, «засорение» не относится к числу концепций, обычно используемых для описания влияния и взаимного влияния, однако, данная категория является полезной для «обозначения взаимопроникновения правовых систем и менее заметного влияния, которые они иногда могут оказывать друг на друга». Использование названной категории, с антропологической точки зрения, может оказаться весьма полезным⁶.

Образование, в смысле происхождения (derivation) имеет также огромное значение в аспекте исторического развития многих правовых систем⁷. В большей степени оно соответствует колониальному типу отношений и является одной из теорий, объясняющих направления развития в направлении сближения (конвергенции) правовых систем. В то время как многие правовые системы исторически оказываются взаимосвязанными и взаимно проникают друг в друга, развитие социально культурных отношений не находится в том же соответствии, что взаимодействие правовых систем, и не совпадает с социально-культурным аспектом. Они напоминают специфические отношения дитя и родителей, в основу которых положена вера в формальную «зависимость», действие которой достаточно ограничено. В основном эта вера евро-центрична и не учитывает взаимное обогащение, слияние или частичное пересечение правовых систем.

Идея «присвоения общих правил» (appropriation of common laws) была предложена Патриком Гленном (Patrick Glenn) в качестве объяснения правового развития⁸. Согласно П. Гленну, несмотря на то, что

английское общее право и *jus commune* подробно обсуждалось в европейских странах, игнорировался факт наличия большого числа правовых норм, находящихся в динамическом взаимодействии друг с другом. До XIX в. множество общих правил, французских, германских, испанских, голландских и английских, активно взаимодействовали друг с другом на территории Европы с учетом национальных местных особенностей. Эти общие правила распространялись внутри Европы и за ее пределами, встречаясь с местными законами, они поглощались такими законами. Это был постоянный контакт и перемешивание. Общие правила были основным инструментом «примирения» между законами во времена, когда право еще не рассматривалось исключительно в качестве продукта деятельности государства. Такая тенденция существовала и позднее в период трансграничной мобильности права.

В лингвистике существует теория «древесной модели» развития языка, отражающая эволюционный подход и обычно используемая для объяснения «ответвлений» (ramification)⁹. Такая модель (stammbaum) в лингвистике была предложена Августом Шлейхером (Augustus Schleicher) в 1862 г.¹⁰. Согласно предложенной модели похожесть объясняется общим происхождением (объясняемая категориями «отцовства»), подобно тому как предполагалось то, что схожие языки, некогда связанные, произошли путем ответвления и отдаления, за которым последовало следующее ответвление и отдаления и далее последовавшие ответвления и отдаления. Основу тому, как предполагалось, составляла миграция народов¹¹. Данная теория может быть легко применена в отношении ответвления правовых систем. Полагание исключительно на «древесную модель» (tree-model) развития способно объяснить только ответвления и различия. Поэтому была разработана «волновая теория» (wave theory), о которой пойдет речь ниже.

3. Диффузия и волновая теория; инфузия и перемещение

Есть две теории, которые было бы желательно рассмотреть, расширить и использовать в настоящей работе, которые отражают процесс диффузии (распространения

⁵ Oliver Moréteau “The Introduction to Contamination” // *Journal of Civil Law Studies*, 2010, v.3, pp. 9–15, at p.9; Следует сравнить эту позицию с отношением к «раздражителям» (“irritant”) в смысле непредвиденности последствий. См. подробнее Gunter Teubner “Legal Irritants: Good Faith in British Law” // *Modern Law Review (MLR)*, 1998, v.61, pp. 11–32.

⁶ Moréteau, там же С. 11.

⁷ Здесь представляется уместным вспомнить Алана Уотсона (Alan Watson) и его теорию «трансплантов» (transplant theory). См. Alan Watson “Legal Transplants: An Approach to Comparative Law”, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974.

⁸ Patrick Glenn “On Common Laws” Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁹ Объяснение и анализ этих теорий содержится в Colin Renfrew “Archeology and Language: the Puzzle of Indo-European Origins”, London, Jonathan Cape, 1987, pp.107, 244–248.

¹⁰ Augustus Schleicher “Die Darwinische Theorie und die Sprachwissenschaft, Weimar, 1963; французское издание *La Théorie de Darwin et la Science du Langage* в *Recueil de Travaux Originaux ou Traduits relatifs a L’Histoire Littéraire* 1, Paris, Franck, 1968.

¹¹ См. выше сноска 9, Renfrew p.101–102.

ния), а в комбинации с «волновой теорией», – объясняющие восприятие (поглощение или инфузию), что в совокупности с перемещением (передачей) объясняют интернационализацию распространяемого.

Слово «диффузия» происходит от латинского глагола «diffundere», означающего «распространять», а применительно к области научных знаний теорию, которая применительно к жидкостям описывает процесс, когда небольшая часть вещества вводится с тем, чтобы распространиться в жидкой среде и смешаться со всем объемом жидкости. Это понятие является синонимом таких понятий, как распространение, передача через среду (propagation), дисперсия (рассеяние). Грэхам Томсон (Graham Tomson), рассматривая диффузию газов, исследовал процесс проникновения раствора сквозь мембраны употребил понятие «осмос» (osmose), происходящее от «осмосис» (osmosis)¹². В Оксфордской энциклопедии приводится пример: «капля чернил изменит цвет воды в ведре, даже если воду в ведре не перемешивать»¹³. Этот пример соответствует пониманию автором процесса вливания (инфузии), который будет рассмотрен ниже.

Указанная теория, изначально использованная для описания процессов в физике, химии и биологии, была экстраполирована на социальные науки и применена в антропологии, социологии, экономике и финансах. Этой теории таким образом начали придавать более широкое значение¹⁴. Вильям Твайнинг (William Twining) например, полагал, что именно эта теория, а не теории трансплантов должна быть взята на вооружение компаративистами для объяснения феномена конвергенции правовых систем¹⁵. В.Твайнинг высказывается за использование источников социальных наук и называет упрощенными обозначения «определенные экспортеры и импортеры» (identifiable exporters and importers), «экспорт/импорт между странами» (export/import between countries), прямые односторонние заимствования (direct one way transfers), классические представления в отношении «объектов» и «агентов» рецепции,

¹² См Reference Encyclopedia, Oxford University Press: Oxford, 1998, p.591.

¹³ Там же С. 420.

¹⁴ Например, мы можем в широком смысле утверждать то, что в XX веке демократия стала распространяться (подвергаться диффузии) посредством взаимосвязанных между собой процессов принятия решений под воздействием более сильных государств и через распространение опыта таких государств.

¹⁵ См William Twining “Diffusion of Law: A Global Perspective” (2004) 49 Journal of Legal Pluralism 1–45 and in 2006 1:2 The Journal of Comparative Law, 237–260. А также William Twining “Social Science and Diffusion of Law” (2005) 32 Journal of Law and Society, 203–40. Твайнинг ссылается на исследования «диффузии права» выполненное Эверетом Роджерсом (см Everest M.Rogers, Diffusion of Innovations (Free Press, 1995 [1963])).

«родительские системы и зависимые»¹⁶. Вместо этого, отдельные изменения, каналы и способы распространения (диффузии) и принятия изменений, по его мнению, представляют собой процессы, которые требуют изучения. Хотя диффузионизм (diffusionism), похоже, уже вышел из моды в антропологии, это, тем не менее, не касается социологии. При таком подходе распространение идей разбивается о концепцию обновления. В.Твайнинг говорит о перекрестном распространении (cross-level diffusion), как о распространении, подразумевающим взаимодействие или перекрестном *правовлиянии* (inter-legality), являющемся следствием распространения в пространстве¹⁷.

Очевидно, существует диффузия изменений (a diffusion of innovation), но как только начитается «эффект подталкивания (пинка)» (knock-on-effect) очень мало остается от изначальной инновации, вероятно возможны последующие независимые изменения. Диффузия представляет собой неформальное распространение и в качестве общего абстрактного понятия включает в себя «заражение (contagination), мимикрию, социальное обучение, организованное распространение» и иные способы¹⁸. Теория диффузии, как я понимаю, по существу является приукрашенной теорией трансплантов (glorified transplant theory) или, точнее все еще то, что называется «трансграничной подвижностью права» (trans-frontier mobility of law), обличенной в терминологию, используемую в социальных науках для обозначения распространения идей – особой формы общения (special type of communication).

Видимо, как таковая теория страдает от «экспортного шума (помех)» (export bias), поскольку показывает только экспортируемую позицию инициатора изменений, распространителя (innovator-exporter (diffuser)), и поэтому может привести к виртуальной конвергенции. Эта позиция не отражает «инфузию», то есть позицию импортера и поэтому не может отражать действительное сближение (конвергенцию), которая связана с интернационализацией заимствуемого (involves internationalization of the received).

В соответствии с научной терминологией инфузия представляет собой процесс, связанный с экстракцией химического вещества или запаха из растений путем погружения в жидкость, например в воду, масло или алкоголь в течение определенного времени. Точнее – это процесс пропитывания какой-либо субстанции водой с целью обогащения воды веществами или свойствами субстанции. Насыщение растений влагой – это

¹⁶ См. Twining (2006), там же С. 238–239.

¹⁷ Там же С. 249.

¹⁸ Strang D. и Soule S. “Diffusion in Organisation and Social Movement” (1998) 24 Annual Review of Sociology, 265 at 266.

то, что приходит в голову в обычной жизни. Диффузия в праве будет означать распространение норм подобно волнам, и когда волна достигает «берегов» иной правовой системы, она обогащает правовую систему (или правовые системы), а тогда такая система (системы), становясь интернациональной, начинает отвечать требованиям новых условий.

Если диффузию уподобить расходящимся кругам или волнам, то тогда, по мнению автора, уместно рассмотреть «волновую теорию», демонстрирующую то, что изменения могут быть уподоблены волнам на большой территории. Она впервые была представлена в XIX в. немецким лингвистом Иоганном Шмидтом (Iohannes Schmidt) в 1872 г.¹⁹ Согласно его гипотезе, различные изменения в языках могут распространяться подобно волнам на определенных территориях, смешиваясь между собой. Последующая волна может распространяться на территории, еще не покрытой первой волной. И.Шмидт рисовал на карте линии (изоглоссы (isoglosses)), обозначавшие места, где наблюдались языковые различия – одна изоглосса обозначала территорию со своеобразной лингвистической формой. Последующие волны создавали сеть из изоглосс. В случае если «какой-либо диалект становился доминирующим вследствие политических или экономических причин по отношению к другим диалектам, те диалекты, которые находятся ближе, могут измениться, отказавшись от присущих им особенностей и со временем трансформироваться в доминирующий диалект»²⁰. Исследуя разнообразные местные различия, можно убедиться в том, что развитие групп в дальнейшем уподобляется волновой (а не «древесной») модели. Каждый из двух или более родственных языков может иметь много общего с ближайшими соседними языками, однако эти черты не будут иметь ничего общего между родственными языками. Такие отношения являются более сложными, чем «генеалогическое древо», поскольку волновая модель объясняет не только сходство (конвергенцию), но и различия (дивергенцию) в развитии чего-либо (например, языков).

Не следует забывать, однако, о том, что сходство не всегда возникает из генетического родства и не обязательно свидетельствует об общем происхождении. Существуют «горизонтальные обмены» (horizontal transfers) между территориально близкими системами. «Горизонтальные обмены» способны также объяснить, почему заимствованная концепция или институт не всегда сохраняет свое изначальное значение. Территории, находящиеся в непосредственной близости

от места изначального изменения, скорее воспримут это изменение, возможно даже в ущерб присущим им особенностям. Последующие изменения могут происходить по «волновой модели». Таким образом, черты сходства могут быть обнаружены между концепциями или системами, весьма отличающимися друг от друга.

«Эффект подталкивания (пинка)» (the knock-on effect), который можно уподобить волне, способен объяснить отдельные тенденции. Как отмечает Ренфрю: «Действительно, сходство между языками, на которых говорят на территориях, отдаленных друг от друга, может быть в большей степени объяснено волнообразной диффузией (распространением) обновлений (innovation), в результате которых оно возникло, в большей степени, чем терминологией генеалогического древа»²¹.

Это также справедливо и в случае, когда «языки на различных территориях, которые являются удаленными друг от друга, становятся индо-европеизированными через контакты»²². Контакт ведет к конвергенции, а конвергенция к единообразию. Таким образом, черты сходства могут со временем развиваться в процессе конвергенции в результате развития контактов. При этом, общность происхождения языков не дает объяснения в случаях, когда предшествующие языки могли иметь существенные различия, однако вследствие продолжительности контактов, взаимного влияния и заимствований приобрели значительное сходство, но не стали идентичными. В итоге, волны, вызывающие диффузию (взаимопроникновение) и дисперсию (рассеяние), возникают спонтанно, через контакты²³.

Если, применительно к рассмотренной теории вместо категории «язык» использовать категорию «право», можно заметить, что такой комбинированный подход способен также объяснить, каким образом правовые системы могут функционировать, изменяться и развиваться, приобретать черты сходства и различия.

Категории «посев», развитие и распространение представляют собой разные проявления «трансграничной подвижности права», которое свидетельствует о том, что правовые системы взаимодействуют друг с другом и взаимно зависят друг от друга. Системы, могут или иметь общие корни, или заимствовать многое

¹⁹ Iohannes Schmidt, *Die Verwandtschaftsverhältnisse der indogermanischen Sprachen* (Weimar, Böhlau, 1872)/

²⁰ Renfrew см сноски N9 на стр. 105.

²¹ Там же. С. 111.

²² Там же. С. 145.

²³ Вариант «волна продвижения модели» (wave of advance model), был предложен для объяснения, случайного, несистематического, медленного, постепенного и растянувшегося во времени сближения, отличного от колонизации, осуществляемой путем направленного и намеренного насаждения. См об этом Ammerman A.J. and Cavalli-Sforza L.L. *The wave of advance model for spread of agriculture in Europe*, в "Transformations, Mathematical Approaches to Cultural Change// Renfrew C. and Cooke K.L. (eds), New York Academic Press, 1979. P. 275–294.

друг от друга, или в силу какого-либо исторического события отклоняться от «родительской» системы. Тем не менее, когда законы или правовые нормы перемещаются и затем «транспозируются», то есть изменяются, «настраиваясь», чтобы «подойти» правовой системе²⁴. Вот почему было предложено использовать категорию «транспозиция»: «понятие «транспозиция» в большей степени подходит для случаев значительных изменений, связанных с конкуренцией моделей, когда изменяется и система, в рамках которой осуществляется заимствование. В музыкальной транспозиции каждая нота занимает место в музыкальной гамме нового ключа, аналогичное тому, которое она занимала в системе другого ключа; транспозиция осуществляется для того, чтобы обеспечить соответствие звучания отдельного инструмента или голоса. Подобным образом правовые нормы занимают соответствующие места в праве»²⁵.

В праве каждый правовой институт или правило, перемещаемое из одной правовой системы (системы распространителя) в другую (систему – реципиент), требует «транспозиции» с тем, чтобы обеспечить их соответствие особенностям социальной правовой культуры и потребностям реципиента. Терминология, используемая в правовой литературе, затрагивающей вопросы правовых перемещений, включала в себя такие категории, как «трансплант» (transplant), «наложение» (imposition) и «рецепция», сегодня дополняется колоритным словарем, включающим в себя понятия, отражающие нюансы отдельных случаев перемещения, такие как «прививка» (grafting), «имплантация», «пересадка», «перекрестное удобрение», «наложенная рецепция», «желаемое наложение» (solicited imposition), «зашифрованная рецепция» (crypto reception) и «окулировка» (inoculation)²⁶. Сейчас мы можем также говорить о «перекрестном опылении» (cross-pollination), «поглощении», «соперничестве», «инфильтрации», «диффузии», «инфузии», «переваривании», «салатной миске», «котелке» и «транспозиции»²⁷. Развиваются и распространяются новые явления, требующие анализа, такие как «коллективная колонизация», «засорение» (контаминация), «правовые раздражители», «правовые наслоения», «право, написанное через дефис» (hyphenated law) и «соревнование правовых систем». Такие образы, как «засорение» (контаминация), «окулировка», диффузия, инфузия, «просачивание», «миграция», «циркуляция» и «инфильтрация» стали в настоящее время приемлемыми для описания яв-

ний, связанных с рецепцией прав, наложенной рецепцией права и согласованным параллельным развитием нормотворчества.

Несмотря на то что понятие «правовой трансплант»²⁸ стало обычным, применяемым в отношении всей деятельности, связанной с «импортом» и «экспортом» правовых норм, более приемлемым является понятие «транспозиция», упомянутое выше, поскольку его использование подразумевает также настройку (тьюнинг), то есть встраивание правовых норм, представляющее собой самый важный элемент для развития правовой системы. Правовое развитие в настоящее время лучше всего рассматривать как этапы процесса транспозиции. Настройка (тьюнинг), имеющая место после транспозиции участниками процесса рецепции, является ключевым моментом для достижения успеха: распространяемое должно быть воспринято. На деле может быть осуществлено несколько транспозиций, с учетом того что ни одна из моделей не была заимствована единожды только одним единственным реципиентом. Старые модели правовых решений могут быть заброшены с «оптимистическим нормативизмом» ради поиска новых правовых решений²⁹. В таких случаях трансплантация правовой системы, не совместимой с культурой принимающего государства, без осуществления присущих транспозиции тьюнингу и настройки, оказывается виртуальной³⁰. В ответ на вопрос, каким образом правовые идеи, институты и структуры находят путь из одного места в другое, было сделано справедливое предположение о том, что у «правовых норм нет крыльев»³¹. Это показывает важность работы тех,

²⁸ Монатери заявляет, что понятие «правовой трансплант», изначально использовавшийся Ватсоном для учебных целей, сегодня перехвачен «целеустремленными молодыми практиками», вовлеченными в проекты, связанные с «экспортом» своей правовой системы». См Monateri (сноска 2) С. 83. Транспланты классифицируются на четыре типа: непосредственно (прямо) воспринимаемые; непосредственно (прямо) невоспринимаемые; косвенно (опосредованно) воспринимаемые; косвенно (опосредованно) невоспринимаемые; обозначающие то, что простой трансплант, заимствованный от другого трансплантата, являющийся непрямым, то есть косвенным, отличается от трансплантата, заимствованного от «оригинала».

²⁹ См Gianmaria Ajani “La circulation de Modèles Juridiques Dans le Droit Post-Socialiste”, (1994) R.I.D.C. – 4, 1087–1105.

³⁰ Jan M Smiths “Systems Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience, в Eward H Hondius (ed) Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law, (Intersentia Rechtswetenschappen, 1998) at 55.

³¹ F.Schauer, “The Politics and Incentives of Legal Transplantations”, Law and Development Paper, N2, CID Working Paper N44, April 2000, Center for International Development at Harvard University (2000), available at <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/044.htm>

²⁴ См Esin Örüçü, “Law as Transposition”, (2002) 51 International and Comparative Law Quarterly, 205

²⁵ Там же С. 207.

²⁶ См Watson выше сноска 7, сноска 53 на С. 30.

²⁷ См Örüçü выше сноска 24 С. 205–236.

кто способствует продвижению права, обеспечивая его распространение (диффузию) и восприятие (инфузию), интернационализацию, то есть тьюнинг. Страны, которые адаптируют трансплантируемое право, могут иметь более эффективное право, развивая в дальнейшем формальные источники и выстраивая правовые системы при надлежащей экономической поддержке. Такая рецепция может быть усовершенствована через адаптацию иностранного правопорядка, осуществляемого для того, чтобы обеспечить соответствие иностранных норм существующему (заданному) формальному и неформальному правопорядку. Кроме того, распространение инноваций обеспечит обновление регулирования через восприятие и «эффект подталкивания (пинка)» (knock-on-effect).

Исторически большая часть тьюнинга осуществлялась главным образом за счет тех, чьи нормы заимствовались, то есть «экспортеров права» или распространителей, диффузеров. Это не могло обеспечивать «тонкую настройку», поскольку не было связано с существенным воздействием на правотворчество в силу того, что «настройщик» не является активным «игроком на новом инструменте». В любом случае для успешной³² транспозиции и последующего восприятия настройка необходима на всех уровнях, включая правовое образование.

Далее мы проследим, каким образом турецкие суды справлялись с «настройкой» и реализовывали транспозицию воспринятых правовых систем, способствуя восприятию распространенного. Теория диффузии (распространение) ничего не касается результата, исследуя только сам процесс. Результат зависит от успеха восприятия (инфузии) распространяемого и транспозиции, которая свидетельствует о процессах «настройки» и «включения».

4. Четыре круга восприятия распространяемого (инфузии диффузированного) в турецкой правовой системе

Случай, который будет рассмотрен ниже, представляет собой лучший пример «кругов» диффузии, достигшей «берегов» правовой системы, воспринявшей ее, не только благодаря миграции людей, «переносивших» с собой законы из одной страны в другую, обеспечивая таким образом, осуществление диффузии. Описываемая диффузия не является примером колониального наложения или перенесения верховной власти между двумя колониальными державами, поскольку ни Османская Империя, ни ее наследница Турецкая Республика никогда не были колониями. Эта диффузия

³² При этом, что считать успехом не имеет удовлетворительного объяснения.

явилась результатом волевых усилий национальных новаторов Османской Империи, способствовавших принятию французского административного закона, и правящей элиты Турецкой Республики, благодаря усилиям которой были приняты поступившие в период между 1926–1930 гг. из Швейцарии, Германии и Италии, соответственно Гражданский Кодекс, Торговый Кодекс и Уголовный Кодекс, за которыми последовали иные заимствования, заместившие существовавшие ранее законы, включая нормы исламского права.

Формирование правовой системы целиком полагалось на рецепцию и перевод правовых источников. Можно увидеть четыре «круга» диффузии, исходившей из Франции, Швейцарии, Германии и Италии в основном в форме Кодексов, воспринятых турецкой правовой системой и обществом³³. «Круги» диффузии достигали Турции не постепенно, а буквально затопляли правовую систему подобно большим волнам в виде переводов иностранных законов и доктринальных источников, сделанных для того, чтобы обеспечить их восприятие (инфузию). Подобный подход рассматривался Аланом Ватсоном и другими компаративистами в качестве наиболее выраженного примера «правовых трансплантов»³⁴. В связи с тем, что опыт Турции представлял собой переход от одной правовой культуры к другой, и историки, и компаративисты считали этот опыт уникальным. В данном случае произошла перемена: Турция перешла в правовую систему, относящуюся к системам Римского права, и стала относиться к странам гражданского права, причисляемым к Романо-германской правовой семье³⁵.

³³ Следует заметить, что диффузия четырех систем уже достигла и продолжают достигать границ многих правовых систем в мире через насаждение, вынужденную рецепцию и добровольную рецепцию.

³⁴ См, например, Konrad Zweigert and Heinrich Kötz, 'An Introduction to Comparative Law' (3rd ed, trans. Tony Weir, Clarendon Press, 1998)). Совсем недавно, в 2000 г. Алан Ватсон приводил пример Турции в обоснование своей позиции. См Alan Watson 'Legal Transplant and European Private Law, Ius Commune Lectures on European Private Law: 2 (2000). Аналогичный пример приводит Вильям Твайнинг, см Twining сноска 15 (2005) на С. 223–228.

³⁵ Z.Derya Tarman 'Turkey' in Jan M.Smits (ed) Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2nd ed (Edward Elgar: Cheltenham, 2012), 940–946 at 940 Следует отметить, что автор рассматривает современную правовую систему как «скрыто смешанную» ('covert mixed'). См Esin Örcü, 'Turkey's Synthetic Legal System and Her Indigenous Socio-Culture(s) in a "Covert" Mix, in Esin Örcü (ed) Mixed Legal Systems at New Frontiers, (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2010), 150–203, а также в материалах Конференции WSMJJ, состоявшаяся на Мальте в 2012 г.: "Turkey's Synthetic Civilian Tradition in a 'Covert' Mix with Islam as tradition: A New Hybridity?" (в Vernon Palmer (ed) 'Mixed Legal Systems: East and West, Ashgate Publishers – готовится к изданию)

Турецкий опыт представляет собой великолепный пример диффузии с в аспекте анализа правовых моделей. С точки зрения внутреннего (национального) законодательства это является примером добровольной рецепции. В любом случае, Турецкий опыт представляет собой восприятие (инфузию) правовой системой и обществом четырех иностранных законов, сопровождаемых доктринальными источниками. Этот опыт может также рассматриваться как слияние или пересечение четырех «кругов» или «волн» диффузии в одном месте – Турции. Завершающийся к настоящему времени процесс восприятия (инфузии), то есть включения в национальную систему Турции, занял почти 90 лет, и только в настоящее время подошел к своему завершению.

Отоманская Империя в период с 1299 г. по 1839 г. была исламским государством; ее относили к числу смешанных систем права с заметным влиянием французского права, которое оказывалось в период с 1839 до падения Империи в 1920 г. Вслед за падением Империи и основанием республики в 1923 г. Турция прошла через период тотальной и глобальной модернизации, вестернизации, секуляризации, демократизации и конституционализации с единичными попытками реформирования системы, как по форме, так и по содержанию в процессе «импортирования права» из четырех главных юрисдикций континентального права.

В целях вступления в Европейский Союз (ЕС) и обеспечения соответствия требованиям *acquis communautaire* Европейского Союза в Турции реализуются быстрые правовые реформы, сопровождаемые «вторжением *acquis communautaire*» в правовую систему. Этот процесс следует воспринимать в качестве начала пятого круга диффузии. Современная рецепция Турцией права Европейского Союза представляет собой пример неявной (слабой) вынужденной рецепции; характеристики рецепции как «не явной (слабой)» были употреблены, поскольку элемент выбора все-таки еще присутствует в данном случае³⁶. Некоторые другие новые волны, являющиеся следствием глобализации, также должны быть упомянуты. Некоторые новые турецкие законы были разработаны с учетом международных соглашений, модельных законов ЮНСИТРАЛ или законодательства ЕС. К числу таких законов могут быть отнесены например, законы в области защиты интеллектуальной собственности, авторских прав, прав изобретателей, охраны товарных знаков, международного коммерческого арбитража, законы о защите конкуренции, прав потребителей, о доступе к информации и законы в области электронных коммуникаций.

С 1923 года Турецкая Республика представляет собой современную, «западную», светскую и граждан-

скую демократию. Даже в настоящее время право оценивается в технических категориях, то есть категориях инструментов. Когда в 1924 г. было принято идеологическое и техническое решение выйти за рамки традиционно сформировавшихся внутренних законов с тем, чтобы обеспечить модернизацию и интеграцию в существующие правовые системы путем использования рецепции в качестве инструмента и метода правовой реформы, была учреждена комиссия, состоящая из 26 членов, которой было поручено осуществить перевод французского оригинала текста Швейцарского гражданского кодекса. Впоследствии специальные комитеты перевели на турецкий язык наиболее значительные комментарии по различным отраслям законодательства. В 1926 г. турецкие эксперты в области права создали три совершенно новых кодекса и иные акты. Главной целью такого «целенаправленного использования права», являющегося примером «социальной инженерии посредством права», было разрушение «старой правовой системы» путем создания новых законов, регулирующих отношения людей в соответствии с представлениями общества о том, какими эти отношения должны были бы быть.

В Турции стала примером посредством изменения правовой системы была предпринята попытка осуществить изменения сложившихся к тому моменту социальной, политической, идеологической, религиозной и экономической систем. Главным побуждением правовой эволюции было стремление осуществить преобразование сложившихся отношений в отношении западного и современного типа. В результате, Турция стала европейской «по законам»³⁷, между тем как «на местах» произошло столкновение различных кругов диффузии. Через принятие, адаптацию, перемешивание законов из различных западных источников, имеющих различные исторические корни, и «расплавления» их в турецком правовом «котле» путем принудительной рецепции, добровольной рецепции, подражаний, адаптаций, усовершенствований была сформирована эклектическая, синтетическая и «через дефис именуемая» (*hyphenated*) правовая система³⁸. Произошло восприятие распространяемого или «инфузия диффузированного».

Кодексы как источники отбирались по принципу поиска «наилучшего» с учетом стечения обстоятельств. В одном случае выбор диктовался «престижностью» модели, в другом – критерием «эффективности», иногда речь шла о случайном выборе или объяснением

³⁷ Эта метафора заимствована из названия книги Хернфельда. См Hans Hernfeld 'European by Law' (Gütersloh, Bertelsmann Foundation, 1992).

³⁸ Для дальнейшего анализа см Esin Örüçü, 'A Synthetic and Hyphenated Legal Systems: The Turkish Experience' // (2006) 1:2 The Journal of Comparative Law, p. 27–47.

наличия исторических причин. Гражданское право, обязательственное право, гражданско-процессуальное право были заимствованы из Швейцарии, торговое право, морское право и уголовно-процессуальное право – из Германии, уголовное право – из Италии, административное право – из Франции; все источники были переведены, адаптированы и доработаны с тем, чтобы обеспечить решение социальных и правовых проблем Турции. Четыре круга диффузии таким образом были восприняты Турецкой правовой системой.

Кроме того, *Yargitay* (турецкий апелляционный суд, суд высшей инстанции) был уполномочен осуществлять адаптацию законодательства путем включения в Гражданский кодекс 1926 г. статей 1–4, которые буквально (*verbatim*) воспроизводят статьи 1–4 Гражданского кодекса Швейцарии. Эти правила касаются вопросов справедливости, судебного усмотрения, добрых нравов и злоупотребления правом. Для развития права и правовой системы Турции наиболее важными являются статьи 1–4, обеспечивающие судью необходимыми правовыми нормами, способствующими дальнейшему восприятию распространяемого (инфузии диффузируемого): «Закон должен применяться во всех случаях, соответствующих его букве и духу. Если в рамках правового акта невозможно найти положений, соответствующих ситуации, судья обязан принять решение в соответствии с обычаями, а при их отсутствии – в соответствии с нормой права, которую он бы принял, если бы был законодателем. Поступая так, он должен руководствоваться признанной правовой доктриной и судебной практикой» (статья 1).

«В тех случаях, когда закон предоставляет судье возможность усмотрения, он должен принимать решение, исходя из конкретных обстоятельств и их причин, он должен принимать решение, основываясь на справедливости» (статья 4).

Когда турецкие суды ищут новые способы разрешения чрезвычайных ситуаций и сложных проблем, затрагивающих принципиальные вопросы, турецкие ученые и судьи судов более высоких инстанций тщательно изучают «модели рецепции» и так называемые правовые источники (*source laws – kaynak kanunlar*). Таким образом, оказывается необходимым обращение к категории «правовые системы, именуемые через дефис» (*hyphenated legal systems*), например, к швейцарско-турецкому праву (*İsviçre-Türk Hukuku*). Хотя толкование имеет свойство придавать субъективные и культурные тональности, иностранное право всегда является источником вдохновения и стимулом для национальной правовой системы. Транспозиция продолжается.

Следует напомнить, что турецкие ученые, участвовавшие в транспозиции иностранных источников в турецкое право, обеспечивали «подгонку» и «настройку» моделей к турецкой ситуации, в большинстве

случаев обучались в странах, откуда происходило заимствование. Активно изучался язык и в больших объемах делались переводы. Кроме того, в первые годы Республики ученые из Швейцарии, Австрии и Германии, получившие убежище в Турции перед Второй Мировой войной, внесли значительный вклад в развитие правовой системы, оказав существенную помощь в том, чтобы импортируемая система «пустила корни», и распространяемое было воспринято, иными словами, чтобы инфузия диффузированного состоялась. Присутствие в Турции профессоров из Германии и Австрии способствовало распространению и восприятию правовых идей. Со временем многие из ассистировавших им турецких специалистов сами стали профессорами и содействовали инфузии диффузированного и интернационализации права. До настоящего времени при применении Гражданского Кодекса и в обоснование правовой позиции используются сочинения профессора Шварца (*Schwartz*), являвшегося одним из самых влиятельных иностранных профессоров, преподававших на юридических факультетах университетов Стамбула и Анкары. Он определенно оказал влияние на восприятие (инфузию) распространяемого права Швейцарии. Профессор Хирш (*Hirsch*), в свою очередь, оказал существенное влияние на восприятие (инфузию) германского торгового права.

Волны, расходящиеся от четырех «кругов» диффузии, до сих пор продолжают «шлифовать» берега турецкой правовой системы. Взаимодействие с «правовыми истоками» укрепляется, способствуя тем самым развитию правовой системы, «именуемой через дефис», несмотря на расхождения, которые могут встречаться в толковании различных источников в зависимости от контекста³⁹.

4.1. Первый «круг» диффузии: французское право

Французский «круг» диффузии должен рассматриваться в качестве первого «круга», поскольку «волны» от него начали распространяться внутри Османской Империи после Реформации 1839 г. (*Tanzimat*) до рождения Республики. К 1860-м годам по французскому образцу было заложено основание для всех главных современных административных институтов, таких как *Conseil d'Etat*, провинциальных, а также местных ад-

³⁹ Годами турецкий Гражданский кодекс, турецкий Торговый кодекс и турецкий Гражданско-процессуальный кодекс, равно как иные законы, развивались, медленно отдаляясь от «первоначальных источников», завершая тем самым процесс восприятия (инфузии). Складывается новая история. Однако и сегодня суды высших инстанций, принимая решение, хотя и не основываются на «первоначальных источниках», но рассматривают их как источник дальнейшей модернизации права.

министраций⁴⁰. По словам Бернарда Льюиса (Bernard Lewis): «В феврале 1867 г. французское правительство, поддерживаемое Великобританией и Австрией, представило ноту в поддержку политики более активного проведения реформ, содержащую изложение подробной программы действий. Султан, активно сопротивлявшийся идее реформирования, был вынужден отступить под давлением событий»⁴¹. 1868-й год считается годом учреждения *Conseil d'Etat* в Османской империи. В дополнение к *Conseil d'Etat* произошла адаптация иных французских институтов, которые в настоящее время отличаются от моделей, изначально перенесенных и воспринятых в виде Финансового суда и учреждаемых для разрешения споров Трибуналов в отдельных финансовых организациях, а также системы автономной провинциальной администрации. Эти институты до сих пор могут считаться примерами, образовавшимися в результате вынужденной (навязанной) рецепции.

Следует также заметить, что волны от этого «круга» диффузии были значительно шире и вышли далеко за пределы административного права. Между 1850 и 1881 гг. были приняты некоторые кодексы Османской империи, основанные на французских моделях: Торговый кодекс 1850 г. базируется на французском кодексе 1807 г., Уголовный закон 1856 г. испытал влияние французского кодекса, однако в рамках законов шариата, Морской кодекс 1864 г. основывается на французской модели 1808 г. (с дополнительным влиянием Бельгийской и Прусской моделей), Уголовно-процессуальный кодекс 1879 г. и Гражданско-процессуальный кодекс 1880 г. также основаны на французских кодексах. Таким образом, французские законы составили важнейший «круг» диффузии, превративший во второй половине XIX в. Османскую правовую систему в смешанную правовую систему, в которой оказались перемешанными нормы гражданского (светского) и исламского права.

Первая «волна» рецепции, последовавшая за вестернизацией Османской империи была, безусловно, результатом добровольных внутренних усилий, предпринимаемых в экономических и коммерческих целях с намерением гармонизировать национальные законы и законы западных держав. В то же время фактором, стимулирующим заимствования, стало в значительной мере и политическое давление, оказываемое супер-державами XIX в. в целях защиты интересов своих граждан, проживающих или осуществляющих торговлю с Османской империей. Таким образом,

диффузия первого «круга» была следствием действия иностранных направляющих сил, поддерживаемых внутренней (национальной) элитой.

В настоящее время французское административное право, решения французского *Conseil d'Etat* являются составными частями учебной дисциплины административного права и процесса обучения на турецких юридических факультетах. Считается, что молодые ученые специалисты должны знать французский язык, если они стремятся быть хорошими и креативными исследователями. Периодически турецкий *Danistay* (турецкий вариант *Conseil d'Etat*) в своих решениях делает ссылки на французскую правовую доктрину, а в редких случаях – на французскую практику, хотя подобные отсылки встречаются все реже и со временем, по мере укрепления местной (национальной) школы административного права, происходит завершение процесса восприятия (инфузии) распространенного (диффузированного) французского права турецкими правовыми институтами.

4.2. Второй «круг» диффузии: швейцарское право

В качестве модели регулирования частного права законодатель избрал право Швейцарии. Гражданский кодекс Швейцарии 1907 г. (вступивший в силу в 1912 г.) и Швейцарский обязательственный закон (вступивший в силу в 1912 г.) были переведены с французского языка с некоторыми изменениями и дополнениями⁴². В 1927 году Швейцарский «круг» диффузии распространился на Гражданский кодекс, Гражданско-процессуальный кодекс, а в 1929 г. – на Закон о банкротствах (Федеральный Закон Швейцарии о принудительном исполнении и банкротствах).

Инфузия диффузированного (распространяемого) Швейцарского закона оказала существенное влияние даже на семейное право. Таким образом, этот «круг» диффузии должен рассматриваться как исключительно важный с учетом своих далеко идущих последствий, хотя и не относящийся к числу первых «кругов» диффузии, достигших «берегов» правовой системы (как было указано выше). В первые годы, последовавшие за рецепцией, частное право Турции именовалось не иначе как «İsviçre-Türk Hukuku» (швейцарско-турецкое право). До сих пор, даже спустя 90 лет после первой «волны» диффузии, указание на швейцарско-турецкое право все еще свидетельствует о его принадлежности к категории правовых систем, «именуемых через дефис» (hyphenated legal systems). Вероятно, в наши дни

⁴⁰ См Esin Örüçü, 'Conseil d'Etat: The French Layer of Turkish Administrative Law' (2000) 49 International and Comparative Law Quarterly, 679–700.

⁴¹ Lewis B. The Emergence of Modern Turkey. 2nd ed, Oxford, 1968, P. 121.

⁴² Эти изменения были связаны в основном с различиями между формами государственного устройства, особенностями кантонального регулирования, вопросами семейного права и социального характера.

эти связи уже не такие прочные, но в периоды, требующие принятия принципиальных решений, меняющих общую политику, связанных с внесением существенных изменений путем принятия «унифицирующих прецедентов»⁴³ ('unification precedents'), судьи предпочитают делать такого рода отсылки для подтверждения правильности обоснования правовой позиции. Чаще всего, подобные отсылки встречаются в случаях применения статей 1, 2 и 4 Гражданского кодекса. Кроме того, отсылка к «право-источнику» (the source-law) часто делается в случае расхождения во мнениях для обоснования принимаемого решения. Отсылки всегда присутствуют в доктринальных источниках. Как правовая доктрина, так и судьи часто прибегают к работам таких ученых как von Tuhr, Merz, Andrew Schwartz, Karl Lorentz, Hedemann, Egger, Escher, а также законодательным источникам, публикуемых в Швейцарских официальных изданиях, таких как ZGB (Zivil Gesetz Blatt) и BGB (Bundes Gesetz Blatt).

Например, в процессе развития принципа «приведение договорных условий в соответствие («адаптация») с изменившимися условиями» применительно к частноправовым контрактам очень часто делаются отсылки к швейцарско-турецкому праву. Столкнувшись с огромной инфляцией и экономическими трудностями в 1990-е гг. Yargitay согласился с тем, что судьи должны быть наделены правом вмешиваться в договорные отношения сторон и применять *clausula rebus sic stantibus* в отношении частных контрактов или теории *imprévision*, обычно применяемой к административным контрактам.

Наиболее интересные случаи связаны с *force majeure*, вызванным «исчезновением предмета договора», необходимостью «вмешательства судьи в договорные отношения», «приведением условий договора в соответствие с изменившимися обстоятельствами» в случае «продажи недвижимого имущества в рассрочку» при условии платежей в иностранной валюте. В данном случае⁴⁴ Yargitay указал на то, что действие принципа *pacta sunt servanda* может быть ограничено применением других принципов частного права, имеющих большее значение в случаях нарушения баланса интересов сторон вследствие возникновения непредвиденных обстоятельств. Yargitay установил, что понуждение к исполнению условий договора может привести к нарушению статьи 2/2 Кодекса (недобросовестность), поэтому судья вправе в качестве исключительной меры применить полномочия, вытекающие из статьи 1/1 и позволяющие ему формулировать нормы,

направленные на восполнение образовавшегося пробела в регулировании. Yargitay сослался на решение Швейцарского федерального суда, указав на то, что такой принцип может применяться в отношении договоров, результаты исполнения обязательств по которым должны быть получены в будущем, а также договоров, имеющих отложенное исполнение. Обоснование тому было найдено в решении Федерального суда страны, чьем право рассматривалось в качестве «право-источника». В этом случае статьи 1, 2 и 4 Гражданского кодекса были применены в соответствии с принципом «адаптации» (т.е. приведения в соответствие с наступившими условиями)⁴⁵.

Применительно к арбитражным соглашениям в «унифицирующих прецедентах»⁴⁶ Yargitay впервые воспроизвел то, что было предусмотрено в законодательных актах Швейцарии, Германии, Австрии и Франции, установив: «статья 533 Гражданско-процессуального кодекса Турции отличается от статьи 488 «право-источника» -- Гражданско-процессуального кодекса кантона Невшатель. Так или иначе слова «если иное не предусмотрено договором» в статье 488/1 не были включены в статью 533. Перевод оставляет пробел. Равным образом в статье 533 не содержится каких-либо указаний, которые позволили бы это опровергнуть. Таким образом, мы полагаем, что статья 533 должна толковаться по-новому, поскольку сложившиеся толкования и практика не дают удовлетворительных результатов»⁴⁷.

Тогда Yargitay унифицировал различные решения, принимавшиеся его палатами, указав: «В ходе дискуссий некоторые судьи высказали предположение, относительно того, что мы не можем следовать «право-источнику». Большинство же, однако, пришло к общему мнению, согласившись с тем, что решение арбитража (третейского суда) может быть оспорено с учетом изменившихся обстоятельств»⁴⁸.

Еще один пример обращения Yargitay к Гражданско-процессуальному кодексу кантона Невшатель касается иска, связанного с обещанием продажи. После указания на то, что применимые положения статьи 2 Гражданско-процессуального кодекса Турции основаны на Кодексе кантона Невшатель, Yargitay указал: «Хотя мы смотрим на наши положения, наши толкования наших же законов мы не можем отказаться от того, чтобы рассматривать «право-источники»»⁴⁹. Этот

⁴³ Такие решения Yargitay являются обязательными для судов низшей инстанции.

⁴⁴ 95/145; 95/3339; 6.4.1995; 21 Yargitay Kararlari Dergisi 1995, 911. Автором осуществлен перевод турецких примеров

⁴⁵ Федеральный суд признал доктрину 'адаптации' 4.5.1952 стр.916.

⁴⁶ 93/4; 94/1; 28.1.1994; 20 Yargitay Kararlari Dergisi 1994, 519.

⁴⁷ Там же стр.526.

⁴⁸ Там же стр. 528.

⁴⁹ 2006/14-692; 2006/702; 8.11.2006, (2006) 32 Yargitay Kararlari Dergisi 1902-1907

принцип был уже установлен в «унифицирующем прецеденте» в 1945 г. По мнению Суда, хотя стороны и договорились о цене недвижимого имущества, суд вне зависимости от этого должен определить его стоимость и статья 2 должна пониматься таким образом, как это понимается в «право-источнике»».

В другом унифицирующем прецеденте, относящемся к установлению отцовства, в отношении ребенка, рожденного вне брака и, соответственно, признанием за таким ребенком прав на наследование имущества, *Yargitay* принял решение, являющееся унифицирующим прецедентом, объединившим решения различных палат, которое касалось установления отцовства на основании решения суда. В унифицирующем прецеденте признавалось то, что в подобных случаях ребенок, родившийся вне брака, может наследовать от отца в соответствии с измененной статьёй 443 Гражданского кодекса, действовавшего в тот период времени⁵⁰. *Yargitay* специально исследовал изменения, происходящие в швейцарском праве как «право-источнике», «юрисдикции, из которой мы заимствовали наш Гражданский кодекс»⁵¹, и указал на реформы, проводившиеся там (*имеется в виду Швейцария* – прим. пер.) в 1976 г., в соответствии с которыми были отменены существовавшие два типа иска, связанные с установлением отцовства, и, таким образом, были устранены различия между детьми, рожденными в браке и признаваемыми отцом и детьми, рожденными вне брака, т.е. детьми, отцовство в отношении которых было установлено на основании решения суда. *Yargitay* установил, что именно такой подход является путем, которому должно следовать турецкое право, чтобы соответствовать современным тенденциям и направлениям развития компаративистики.

Обращение к «право-источнику» происходит в случаях расхождения во мнениях и возникновения необходимости обосновать решение, то есть определить то, в какой степени непризнание отцовства оказывает влияние на права наследования⁵². В обоснование противоположных позиций делались отсылки к праву Швейцарии, причем само решение таких отсылок не содержало. Аналогичная ситуация возникла во время дискуссии относительно того, может ли владение привести к приобретению права собственности, причем споры развернулись вокруг установления 20-летнего срока такого владения⁵³.

Швейцарская и турецкая правовые доктрины, швейцарские и германские законы, решения швейцарского Федерального суда использовались в случаях расхождения во мнениях для обоснования позиции еще в одном споре⁵⁴, связанном с определением ренты и интереса. В обоснование своей позиции один из судей заявил: «Эта позиция соответствует BGB и ZGB, а также Швейцарско-турецкому праву»⁵⁵.

Турецкая правовая доктрина и правовая наука опираются на швейцарскую правовую доктрину и практику при толковании отдельных положений и, заполняя образовавшиеся пробелы, подобно тому, как в одном из унифицирующих прецедентов *Yargitay* установил: «В части толкования наших законов мы руководствуемся собственными текстами (*текстами законов*. – Прим. переводчика), однако мы не можем игнорировать источники их происхождения, равно как и взгляды, высказанные учеными при их толковании»⁵⁶.

В случае, связанном с расхождением во мнениях относительно взыскания процентов за задержку платежа, подлежащего уплате за экспроприируемое имущество, стороны согласились в том, что вопрос должен разрешаться в соответствии с «право-источником»⁵⁷. Была сделана ссылка на BGB, а также на принципы регулирования ответственности согласно германскому и швейцарскому праву, рассматриваемых в качестве основы для обоснования убытков, возникших в результате девальвации.

Концепция «семейного дома» является новеллой, появившейся в турецком праве с принятием в Турции Гражданского кодекса 2002 г. Для того, чтобы иметь возможность сослаться на добросовестность, третьи лица обязаны принимать во внимание права не владеющего супруга при продаже такого имущества, даже если права супруга, не владеющего недвижимым имуществом, не были указаны в земельном реестре (статья 169). *Yargitay*, ссылаясь на статью 169, указал на то, что нормы, содержащиеся в статье были заимствованы из статьи 193 Швейцарского гражданского кодекса, в котором было установлено исключение из общего принципа свободы собственника распоряжаться своим имуществом, в отношении права супруга распоряжаться его/её имуществом. Тем не менее общая концепция понимания «добросовестности» действий (*good faith*) является центральной при обеспечении защиты интересов третьих лиц. Учи-

⁵⁰ 96/1;97/1; 22.2.1997; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997, 853

⁵¹ ZGB, статьи 252, 261. Там же на стр. 856.

⁵² 96/2–888; 97/306; 9.4.1997; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997,1687.

⁵³ 2007/1; 2007/1; 19.1.2007, (2007) 33 *Yargitay Kararlari Dergisi*, 613–625.

⁵⁴ 94/2; 95/2;24.11.1995; 22 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1996, 165

⁵⁵ Там же на стр. 172.

⁵⁶ См Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş (Introduction to Civil Law)*, (5th ed. Istanbul 1986), 218.

⁵⁷ 96/5–144; 96/503; 19.6.1996; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997,168.

тывая это, при обсуждении различных точек зрения было заявлено то, что хотя турецкое право существенно отличается от швейцарского по данному вопросу, тем не менее, швейцарская правовая доктрина и законодательство, равно как и турецкая правовая доктрина, а также положения Турецкого гражданского кодекса требуют учитывать права супруга, не владеющего недвижимостью⁵⁸.

4.3. Третий «круг» диффузии: итальянское право

«Волны» диффузии итальянского уголовного права достигли берегов Турции и проникли в турецкую правовую систему в 1889 г., когда Итальянский уголовный кодекс был переведен на турецкий язык вместе с поправками, содержащимися в оригинальном источнике. В области уголовного права и уголовного процесса в настоящее время встречаются отсылки к «право-источнику», Итальянскому уголовному кодексу и Германскому уголовно-процессуальному кодексу, хотя, как этого и следует ожидать, отсылки к «право-источникам» встречаются значительно реже. В данном случае оправданием являются различия в культуре. Эти отсылки в большинстве случаев связаны с расхождением во мнениях, а не с принятием решений и направлены на то, чтобы исключить ошибки в толковании действовавших в то время Турецкого уголовного кодекса 1926 г. и Турецкого уголовно-процессуального кодекса 1929 г. В связи с рецепцией обнаруживались ошибки в переводах, и *Yargitay* призывает находить истинное значение в оригинальных источниках.

Так, например, при квалификации «убийства с целью облегчения совершения другого преступления» мнения разошлись в отношении трактовки понятия «преступление» в статьях 135, 150 и 163 Уголовно-процессуального кодекса, которое ошибочно было переведено как действие (*act*), в то время как согласно «право-источнику» правильным было использовать понятие «поведение» (“*action*”), употребленное в статье 257, что представляет собой более правильный перевод⁵⁹. Судей было указано: «Как видно, результатом употребления неточных переводов понятий и концепций стало отклонение турецкой практики от правовой системы и законов, ее вдохновивших»⁶⁰.

В другом случае, связанном с нанесением телесных повреждений и плохим обращением с членами семьи, судья, чье мнение отличалось от мнения большинства,

в очередной раз сослался на ошибки в переводе и толковании⁶¹. Он критиковал позицию *Yargitay*, рассматривавшего понятие «ряд лиц» (*a number of persons*) как «более чем три лица», а «несколько лиц» (*a few persons*) как три персоны. Согласно мнению судьи таких различий не существует в итальянском «право-источнике», где понятие *plu persone* употребляется для обозначения более чем двух лиц. Согласно мнению судьи: «Поскольку норма права требует толкования, следует обратиться к «право-источнику». Не следует забывать, что Турецкий уголовный кодекс является результатом рецепции и перевода. Таким образом, необходимо исправлять ошибки, допущенные при переводе посредством «корректирующего толкования». Единственно приемлемое отклонение от «право-источника» допускается тогда, когда законодатель обосновал такое отклонение в ходе дебатов в Парламенте. Таким образом, в случае необходимости надлежит использовать Итальянский кодекс и его толкования»⁶².

В 2005 г. в Турецкий уголовный кодекс были внесены изменения, и новый Кодекс испытал влияние Германского права. Это приводит нас к четвертому «кругу» диффузии.

4.4. Четвертый «круг» диффузии: германское право

Германское право внесло значительный вклад в турецкую правовую систему. Его распространение (диффузия) затронуло главным образом сферу торгового права. Не только Германское Торговое Уложение сформировало основу Турецкого Торгового кодекса 1926 г. но и новый Турецкий Торговый Кодекс 2011 г. многие свои изменения заимствовал из Германского Торгового Уложения⁶³. Как это было описано выше, диффузия германского права распространялась на нормы процессуального права: как гражданско-, так уголовно- процессуального права. Кроме того, при учреждении в 1963 г. в Турции Конституционного суда (*Anayasa Mahkemesi*) в качестве модели использовались как структура и организация судебного органа, так и в части оформления выносимых решений за образец принимались решения Конституционного Суда Германии. Новый Уголовный кодекс 2005 г. испытал на себе сильное влияние Германского Уголовного кодекса и правовой доктрины.

В качестве примера инфузии (восприятия) в торговом праве, можно сослаться на дело, связанное с применением разделов 3 и 21 Торгового кодекса. В ука-

⁵⁸ 2006/2–591; 2006/624; 4.10.2006 (2006) 32 *Yargitay Kararlari Dergisi*, 1889–1901.

⁵⁹ 97/1–76; 97/114; 13.5.1997; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997, 1608 на 1615.

⁶⁰ Там же на 1616.

⁶¹ 96/8022; 96/9095; 3.12.1996; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997, 617.

⁶² Там же: С. 620.

⁶³ Некоторые его положения происходят из швейцарского и даже английского права.

знанном случае *Yargitay* должен был определить, какое действие может считаться торговой сделкой, и может ли действие, повлекшее причинение вреда, рассматриваться в качестве торговой деятельности для целей страхования⁶⁴. Согласно позиции *Yargitay*, в турецком, германском и швейцарском праве действие, связанное с причинением вреда (деликт), должно подпадать под регулирование Торгового кодекса или рассматриваться в качестве деятельности, подпадающей под регулирование торгового права. Такой подход должен применяться как в отношении причинителя вреда, так и в отношении лица, которому вред был причинен, для целей определения размеров взыскания в качестве возмещения причиненного вреда⁶⁵. В этом случае имела место дискуссия по поводу расхождения с германским «право-источником» и правовой доктриной.

В другом случае⁶⁶, связанном с гарантийными письмами, коносаментом и условием «свободно на борт» (*free on board*), требовалось принять решение по вопросу об ответственности перевозчика в случае, если грузоотправитель включил ложную информацию в коносамент. Первоначально *Yargitay* указал на то, что рассматриваемый предмет широко обсуждался в международном праве, а затем – на то, что условие, указанное в гарантийных письмах как «свободно на борту», не содержало указания на пункт назначения. Разошедшиеся во мнении судьи ссылались на германскую, ита-

льянскую и французскую правовые доктрины и даже на английскую доктрину, касающуюся случаев введения в заблуждение. И тогда было предложено следующее: «Ввиду того, что применимые положения статьи 1064/11 турецкого Торгового кодекса не имеют аналогичных положений в германском «право-источнике» (HGB) и не содержались в проекте турецкого торгового кодекса тогда, когда он поступил в Парламент, следует считать, что Правовой комитет добавил их в спешке, и эти положения проходили Парламент без обсуждения. Если рассматривать ситуацию в таком свете, следует применять положения Гамбургской конвенции о морских перевозках, в соответствии с которыми должна применяться статья 1064/11.»⁶⁷

5. Заключительные положения

Нормы права европейского происхождения сами по себе являются результатом многовековых перекрестных рецепций (*inter-receptions*), диффузий, перемещений и транслокаций. Они оказывали воздействие на Турцию в течение всего прошлого века: не рябью, а волнами, создавшими цунами, как в правовых, так и в социальных отношениях. Четыре «круга» диффузии смешивались, когда достигали Турции, и эта смесь придала турецкому праву его гражданский светский характер, создав таким образом основу (фундамент, то есть дельту (D

Библиографический список:

1. 2006/14–692; 2006/702; 8.11.2006, (2006) 32 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1902–1907.
2. 2006/2–591; 2006/624; 4.10.2006 (2006) 32 *Yargitay Kararlari Dergisi*, 1889–1901.
3. 2007/1; 2007/1; 19.1.2007, (2007) 33 *Yargitay Kararlari Dergisi*, 613–625.
4. 93/4; 94/1; 28.1.1994; 20 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1994, 519.
5. 93/565;94/3295;21.4.1994; 20 *Yargitay Kararlari Dergis* 1994, 1782.
6. 94/2; 95/2;24.11.1995; 22 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1996, 165; 172.
7. 94/2242; 94/7490; 10.11.1994; 20 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1995, 425 428.
8. 95/145; 95/3339; 6.4.1995; 21 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1995, 911.
9. 96/1;97/1; 22.2.1997; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997, 853.
10. 96/2–888; 97/306; 9.4.1997; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997,1687.
11. 96/5–144; 96/503; 19.6.1996; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997,168.
12. 96/8022; 96/9095; 3.12.1996; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997, 617 620.
13. 97/1–76; 97/114; 13.5.1997; 23 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1997, 1608 1615 1616.
14. Alan Watson ‘Legal Transplant and European Private Law, *Ius Commune Lectures on European Private Law: 2* (2000).
15. Alan Watson “Legal Transplants: An Approach to Comparative Law”, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974.
16. Ammerman A.J. and Cavalli-Sforza L.L. The wave of advance model for spread of agriculture in Europe”, в “Transformations, Mathematical Approaches to Cultural Change// Renfrew C. and Cooke K.L. (eds), New York Academic Press, 1979. P. 275–294.

⁶⁴ 94/2242; 94/7490; 10.11.1994; 20 *Yargitay Kararlari Dergisi* 1995, 425.

⁶⁵ Там же: С. 428.

⁶⁶ 93/565;94/3295;21.4.1994; 20 *Yargitay Kararlari Dergis* 1994, 1782

⁶⁷ Там же: С. 1789.

17. Augustus Schleicher "Die Darwinische Theorie und die Sprachwissenschaft, Weimar, 1963; La Theorie de Darwin et la Science du Language в Recueil de Travaux Originaux ou Traduit relatifs a L'Histoire Littéraire 1, Paris, Franck, 1968.
18. Colin Renfrew "Archeology and Language: the Puzzle of Indo-European Origins", London, Jonathan Cape, 1987, pp.107, 244–248.
19. Ergun Özsunay, Medeni Hukuka Giris (Introduction to Civil Law), (5th ed. Istanbul 1986), 218.
20. Esin Örüçü 'Turkey Facing the European Union – Old and New Harmonies // (2000) 25 European Law Review 57.
21. Esin Örüçü, ' Turkey's Synthetic Legal System and Her Indigenous Socio-Culture(s) in a "Covert" Mix, in Esin Örüçü (ed) Mixed Legal Systems at New Frontiers, (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2010), 150–203.
22. Esin Örüçü, 'A Synthetic and Hyphenated Legal Systems: The Turkish Experience' // (2006) 1:2 The Journal of Comparative Law, p. 27–47.
23. Esin Örüçü, 'Conseil d'Etat: The French Layer of Turkish Administrative Law' (2000) 49 International and Comparative Law Quarterly, 679–700.
24. Esin Örüçü, "Law as Transposition", (2002) 51 International and Comparative Law Quarterly, 205.
25. Esin Örüçü, A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law // Transfrontier Mobility of Law, Rob Jagtenberg, Esin Örüçü, Annie de Roo (eds), The Hague, Kluwer International, 1995, p.5.
26. Everest M. Rogers, Diffusion of Innovations (Free Press, 1995 [1963]).
27. F. Schauer, 'The Politics and Incentives of Legal Transplantations', Law and Development Paper, N2, CID Working Paper N44, April 2000, Center for International Development at Harvard University (2000), available at <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/044.htm>.
28. Gianmaria Ajani "La circulation de Modèles Juridiques Dans le Droit Post-Socialiste", (1994) R.I.D.C. – 4, 1087–1105.
29. Gunter Teubner "Legal Irritants: Good Faith in British Law" // Modern Law Review (MLR), 1998, v.61, pp. 11–32.
30. Iohannes Schmidt, Die Verwandtschaftsverhältnisse der indogermanischen Sprachen (Weimar, Böhlau, 1872).
31. Jan M. Smits "Systems Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience, в Euward H. Hondius (ed) Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law, (Intersentia Rechtswetenschappen, 1998) at 55.
32. Konrad Zweigert and Heinrich Kötz, 'An Introduction to Comparative Law (3rd ed, trans. Tony Weir, Clarendon Press, 1998).
33. Oliver Moréteau "The Introduction to Contamination " // Journal of Civil Law Studies, 2010, v.3, pp. 9–15, at p.9.
34. Patrick Glenn "On Common Laws" Oxford, Oxford University Press, 2005.
35. Pierre Giuseppe Monateri The "Weak" Law: Contaminations and Legal Cultures // Italian National Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law, Bristol, 1998 Milano Giuffrè editore, p.107.
36. Reference Encyclopedia, Oxford University Press: Oxford, 1998, p.591.
37. Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law // 1991, 39 American Journal of Comparative Law, Pp. 343, at 400, and 394, 397.
38. Strang D. и Soule S. "Diffusion in Organisation and Social Movement" (1998) 24 Annual Review of Sociology, 265 at 266.
39. Vernon Palmer (ed) 'Mixed Legal Systems: East and West, Ashgate Publishers. 'Turkey's Synthetic Civilian Tradition in a 'Covert' Mix with Islam as tradition: A New Hybridity?'
40. William Twining "Diffusion of Law: A Global Perspective" (2004) 49 Journal of Legal Pluralism 1–45 and in 2006 1:2 The Journal of Comparative Law, 237–260; "Social Science and Diffusion of Law" (2005) 32 Journal of Law and Society, 203–40.
41. Z. Derya Tarman 'Turkey' in Jan M. Smits (ed) Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2nd ed (Edward Elgar: Cheltenham, 2012), 940–946 at 940.