

УДК 340.5

Даниелян Армен Сергеевич

кандидат юридических наук,

доцент кафедры

гражданского процесса и международного права,

Кубанский государственный университет

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0661-9010>

ПРАВОВЫЕ ЗАИМСТВОВАНИЯ: ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ, ПРЕДПОСЫЛКИ

Legal borrowings: concept, features, background

Аннотация: В данной статье рассматриваются некоторые проблемы, связанные с уяснением сущности правовых заимствований в контексте глобализационных процессов. Автором приводятся подходы, сформировавшиеся в отечественной и зарубежной науке по вопросу понимания сущности правовых заимствований, а также делается вывод о их потенциале в качестве инструмента правового развития в современный исторический период.

Ключевые слова: правовые заимствования, аккультурация, правовая аккультурация, глобализация, правовая конвергенция.

Abstract: This article discusses some of the problems associated with understanding the essence of legal borrowing in the context of globalization processes. The author presents the approaches that have been formed in domestic and foreign science on the issue of understanding the essence of legal borrowing, and also draws a conclusion about their potential as an instrument of legal development in the modern historical period.

Keywords: legal borrowing, acculturation, legal acculturation, globalization, legal convergence.

Глобализация как закономерное и неизбежное следствие мирового прогресса все дальше уводит общественное сознание от традиции «железного занавеса», замкнутости процессов общественного (в т.ч. правового) развития к переходу на рельсы интернационального, надгосударственного устройства и поливариатности моделей развития социальной реальности. Необходимость правовых заимствований обусловлена не только неизбежностью сосуществования современных цивилизаций, но и необходимостью правовой конвергенции, позволяющей унифицировать правовое регулирование в различных правовых системах¹. В качестве отправной точки в рамках данного исследования правовые заимствования будем рассматривать как «процесс правового взаимодействия обществ и государств, в ходе которого происходит усвоение и использование правовых ценностей, норм, институтов, процедур, решений, форм и видов деятельности других правовых культур, правовых систем, правовых семей»².

¹ Скоробогатов А.В. Правовые заимствования как ценностная основа развития законодательства / Правотворчество как индикатор правовых ценностей: внутригосударственное, наднациональное и международное измерения. СПб., 2018. С. 226.

² Там же.

Правовые заимствования как самостоятельный объект исследования впервые были рассмотрены в 70-х гг. XX века шотландским ученым Аланом Уотсоном, который определил трансграничный и межкультурный генезис существенной части национального законодательства³. А. Уотсон объяснял это, в первую очередь, практической эффективностью заимствований правовых концепций и утверждал, что заимствование («трансплантация») является наиболее плодотворным источником правового развития⁴. Объективности ради заметим, что теория правовых заимствований (в терминологии А. Уотсона «легальных трансплантаций») была категорически отвергнута видным французским правоведом П. Леграном, который выступил против того, что данная научная концепция упрощенно изолировала правовые нормы от их семантического и культурного контекста, и предположил, что правовая система может существовать вне и над культурным и социальным контекстом данного государства, «не обремененная историческим, эпистемологическим или культурным багажом». По сути, основная критика П. Леграна заключалась в том, что правовые заимствования не будут работать в современном мире из-за существования в мире двух разных, полярных по своей природе, правовых традиций: системы «civil law» и системы «common law». Он утверждал, что правовые нормы и идеи понимаются по-разному в каждой из вышеупомянутых правовых традиций и, следовательно, обе системы не смогут их одинаково адаптировать и воспринять в рамках собственной правовой среды⁵.

При этом стоит отметить, что в юридической литературе указывается на двойственный, субъективно-объективный характер правовых заимствований. Так, с одной стороны, использование правовых заимствований связано с необходимостью совершенствования национальной

³ Watson A. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh, 1974.

⁴ Legrand P. *Against a European Civil Code // Modern Law Review*. 1997. 60. P. 44.

⁵ Legrand P. *The Impossibility of 'Legal Transplants' // Maastricht Journal European & Comparative Law*. 1997. 4. P. 111.

правовой системы в соответствии с реальными потребностями общества и экономики. С другой – они представляют собой действия субъектов политической власти, проявляющих определенную политическую волю. Даже при насильственном методе осуществления правовых заимствований их успешность связана с действиями национальной политической элиты, от воли которой зависит отношение к новым нормам и ценностям в обществе. Политической элите проще использовать имеющиеся модели при конструировании правовых норм, поскольку при этом можно использовать не только нормативный и ценностный опыт, но и наблюдать результаты его реализации и факторы, влияющие на этот процесс⁶.

В качестве комплексного правового феномена правовые заимствования характеризуются рядом признаков⁷:

1) правовое взаимодействие общества-донора и общества-реципиента, носящее нормативно-ценностный характер;

2) правовое заимствование не ограничивается в пространстве, во времени и по кругу лиц; содержание, методы и результаты правового заимствования определяются как национальной правовой традицией, так и целеполаганием;

3) субъективно-объективный характер правовых заимствований, предполагающий, что их использование обусловлено необходимостью совершенствования национальной правовой системы в соответствии с общественными интересами; при этом правовые заимствования выступают в качестве действий политических субъектов, проявляющих свою волю;

4) цель правовых заимствований заключается не только в изменении национальной правовой системы, но и в ее совершенствовании,

⁶ Скоробогатов А. В. Правовые заимствования как средство совершенствования национальной правовой системы // Актуальные проблемы экономики и права. 2018. Т. 12, № 1. С. 80-83.

⁷ Скоробогатов А.В. Правовые заимствования как ценностная основа развития законодательства / Правотворчество как индикатор правовых ценностей: внутригосударственное, наднациональное и международное измерения. СПб., 2018. С. 226.

модернизации, повышении эффективности правового регулирования. Цель заимствований может носить как объективный (обусловленность социальными потребностями), так и субъективный характер (стремление политической элиты сконструировать новую систему).

Различные теоретические подходы были предложены для объяснения как существования, так и границ возможности правовых заимствований. Одним из таких подходов выступила концепция компромисса, выдвинутая правовыми реалистами, которая заключалась в том, что правовые заимствования существуют и распространены, но только в той степени, в которой культуры-доноры амбивалентны или безразличны к проблеме, подлежащей разрешению путем пересадки «инородной» нормы, иными словами, когда отсутствует единый и устоявшийся подход регуляции определенных отношений в контексте данной правовой традиции. Готовность принять, согласно этой точке зрения, прекращается, когда импортируемая норма противоречит важным, глубоко укоренившимся убеждениям и предпочтениям принимающей культуры⁸.

Итальянский правовед М. Грациадей полагает, что правовые заимствования могут протекать, главным образом, по трем причинам, а именно: 1) посредством насильственного навязывания чужеродных правовых норм; 2) на основе трансформаций, вызванных желанием следовать авторитетным правовым моделям; 3) путем проведения реформ для улучшения экономического положения в стране⁹. Одним из ярких примеров воздействия вышеуказанных факторов на формирование национальной правовой культуры на основе «пересадки» чужеродных правовых идей и институтов может служить правовая система Индии, которая развивается по

⁸ Grozev C. Dynamics in (Auto)-acculturation of Legal Transplants [Электронный ресурс] - URL: https://www.academia.edu/6661543/Dynamics_in_Auto_-_acculturation_of_Legal_Transplants (дата обращения: 29.04.2020).

⁹ Graziadei M. Comparative Law As The Study of Transplants and Receptions // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann and R. Zimmermann. Oxford, 2006. P. 456.

сию пору в рамках традиции общего права, навязанной во времена британского господства.

Однако, как отмечает Й. Федтке, правовые заимствования могут происходить из-за 1) решений, принятых законодателями, под видом судебной активности и даже через коммерческую практику в конкретной правовой системе, и это может быть оправдано тем фактом, что иностранная правовая система или идея дала бы наилучшее возможное решение проблемы либо 2) исходя из-за финансовой и (или) юридико-технической целесообразности¹⁰.

В свою очередь, рассматривая опыт правовых заимствований в контексте российской правовой культуры, следует обратить внимание на доклад Т.Я. Хабриевой на Международном конгрессе сравнительного права, посвященный вопросам заимствований в рамках отечественной правовой системы. В частности, делается ряд умозаключений¹¹:

Во-первых, в отечественной истории отсутствуют примеры крупных правовых заимствований. При этом, имеющие место заимствования правовых моделей были сделаны на уровне правовых идей, институтов и отдельных норм права.

Во-вторых, в последние годы заимствования, как правило, хорошо взвешивались и учитывались. Так, с одной стороны, они принимали в расчет возможности национальной экономики, а с другой – необходимость интеграции страны в мировую экономику. Примерами такого рассмотренного подхода могут быть ГК РФ¹², ТК РФ¹³, ГПК РФ¹⁴ и АПК

¹⁰ Fedtke J. Legal Transplants // Elgar Encyclopedia of Comparative Law / ed. by J. M. Smits. 2nd ed. Cheltenham, 2012. P. 550.

¹¹ Хабриева Т.Я. Legal culture and legal transplants. National report of the Russian Federation (Правовая культура и правовые трансплантаты. Национальный доклад Российской Федерации) / Избранные труды: в 10 т. Т. 6. М., 2018. С. 302-350.

¹² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019, с изм. от 12.05.2020) // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.

¹³ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 07.01.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

РФ¹⁵. В их рамках была проведена уникальная систематизация многих учреждений на устойчивой основе российского законодательства, в то же время с использованием отдельных конструкций законодательства других стран, адаптированных к российскому законодательству.

В-третьих, международное право стало одним из самых мощных источников заимствования (имплементации). Согласно Конституции РФ¹⁶, принципы и положения международного права являются составной частью правовой системы России (ч. 4 ст. 15).

В-четвертых, прием иностранных моделей происходит и на других уровнях, таких как правоприменительная практика, правосознание, деловая практика и юридическая наука, что обеспечивает взаимное обогащение и взаимодействие различных правовых культур.

В-пятых, возрастает роль отечественной юридической науки. Российская правовая доктрина не только творчески обрабатывает учения и идеи, полученные из зарубежных научных школ, но и укореняет их в законодательстве, участвуя в разработке нормативно-правовых актов.

Подытоживая, стоит отметить, что правовые заимствования («трансплантации») как прием юридического развития, видятся, по нашему мнению, одним из наиболее перспективных и многообещающих, что связано с возможностью использования сравнительно-правового подхода, позволяющего многогранно исследовать правовые явления для целей эффективного внедрения в отечественную правовую среду.

¹⁴ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 24.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 18.11.2002. № 46. Ст. 4532.

¹⁵ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 02.12.2019) // Собрание законодательства РФ. 29.07.2002. № 30. Ст. 3012.

¹⁶ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 04.08.2014. № 31. Ст. 4398.

Список цитируемой литературы

1. Fedtke J. Legal Transplants // Elgar Encyclopedia of Comparative Law / ed. by J. M. Smits. 2nd ed. Cheltenham, 2012;
2. Graziadei M. Comparative Law As The Study of Transplants and Receptions // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann and R. Zimmermann. Oxford, 2006;
3. Grozev C. Dynamics in (Auto)-acculturation of Legal Transplants [Электронный ресурс] - URL: https://www.academia.edu/6661543/Dynamics_in_Auto_acculturation_of_Legal_Transplants (дата обращения: 29.04.2020);
4. Legrand P. Against a European Civil Code // Modern Law Review. 1997. 60;
5. Legrand P. The Impossibility of 'Legal Transplants' // Maastricht Journal European & Comparative Law. 1997. 4;
6. Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Edinburgh, 1974;
7. Скоробогатов А. В. Правовые заимствования как средство совершенствования национальной правовой системы // Актуальные проблемы экономики и права. 2018. Т. 12. № 1;
8. Скоробогатов А.В. Правовые заимствования как ценностная основа развития законодательства / Правотворчество как индикатор правовых ценностей: внутригосударственное, наднациональное и международное измерения. СПб., 2018;
9. Хабриева Т.Я. Legal culture and legal transplants. National report of the Russian Federation (Правовая культура и правовые трансплантаты. Национальный доклад Российской Федерации) / Избранные труды: в 10 т. Т. 6.. М., 2018.