

УДК 340

## К ВОПРОСУ ОБ ОБЪЕКТЕ ПРАВОВОГО ЗАИМСТВОВАНИЯ

*канд. юрид. наук А.Г. ЕГОРОВА**(Витебский государственный университет имени П.М. Машерова)*

*Анализируются основные формы национального нормотворчества при использовании субъектами нормотворчества иностранных правовых норм и правового опыта других государств. Рассмотрены две основные формы правового заимствования: рецепция иностранных правовых элементов; правовое заимствование иностранного правового опыта регулирования общественных отношений. В контексте правовой рецепции рассматривается феномен правовой рецепции, дано понятие объекта правового заимствования в виде иностранного правового элемента, который изучается и заимствуется из одной правовой системы в другую. Отдельно рассмотрены явления правовой интеграции как социального явления.*

Глобализация общественной жизни и унификация наиболее значимых ее сторон обусловили то, что воспроизводство национальных норм происходит с учетом факта существования других инородных по характеру регулятивных систем. В связи с этим часто суть национального нивелируется в иностранном, а последние, напротив, культивируют свои традиции на чужой национальной почве. Главное при этом – соблюдать меру разумного в регулировании общественных отношений своими или заимствованными правовыми средствами. И эту задачу должны выполнить в первую очередь субъекты правотворчества.

*Законодатель:*

- заимствует иностранные правовые элементы, то есть создает национальную норму, учитывая опыт других правовых систем в регулировании общественных отношений;

- создает национальную правовую норму (акт), но учитывает существование практики правового регулирования другого характера, имеющейся в иных странах, то есть исходит из факта признания и согласования разногласий в правовом регулировании общественных отношений разными системами.

Рассмотрим каждую из реализуемых субъектом правотворчества форм в отдельности.

**Основная часть.** Проблемы правовой рецепции в советской юридической науке исследовались лишь в исторической плоскости, в большей мере как рецепция римского права западными правовыми системами [1, с. 268–274; 2, с. 206–234]. Теоретический уровень данных проблем не сформирован и по сей день.

Зарубежная правовая наука также основное внимание уделяет историческим аспектам рецепции римского права. Отдельные зарубежные авторы в силу специфики своих исследований даже сузили проблему правовой рецепции до уровня заимствования отдельных правовых актов [3, с. 150–182].

Вопрос о правовой рецепции как форме реализации правотворческого результата необходимо рассматривать с точки зрения механизма правового заимствования иностранных компонентов. Впервые попытку сконструировать такой механизм предпринял белорусский автор А.В. Егоров. Согласно его концепции объективный характер взаимодействия правовых систем порождает практику взаимопроникновения элементов различных правовых культур и производит другую форму – субъективного заимствования иностранных правовых элементов. Последняя форма реализуется с помощью определенного механизма, который включает в себя субъекты, объекты и процедуры правовых заимствований. Этот механизм обладает потенциальными возможностями интегрирования своих звеньев с аналогичными звеньями других национальных механизмов правового заимствования. Автор приходит к выводу, что само создание механизма правового заимствования предполагает разработку и внедрение теоретических и нормативных компонентов, которые определяют доктринальную и нормативную основы существования этого механизма [4, с. 107–120].

Развивая модельные положения о механизме правового заимствования и учитывая правотворческую практику, выскажем несколько суждений относительно выработки понятия объекта правового заимствования, что имеет большое значение для правотворческой практики. Представляется, что под таким объектом мы должны понимать иностранный правовой элемент, заимствование которого обусловлено практической потребностью усовершенствования работы механизма национальной правовой системы. Но прагматическая черта не исчерпывающе определяет объект правового заимствования. Еще одной такой чертой является наличие уровней привнесения элементов из одной правовой среды в другую. К числу таковых можно отнести правовую семью. Заимствование иностранных элементов на уровне правовых семей – это заимствование более высокого, доктринального уровня. Здесь исключается непосредственная воля законодательствующих субъектов, хотя опосредованно она может присутствовать. Более того, на

уровне правовых семей о заимствовании в практическом смысле слова говорить нельзя. Более подходящим термином здесь будет «взаимопроникновение» отдельных элементов в правовых семьях. Эти элементы не относятся к объектам правового заимствования, но обладают своей определенностью.

Как представляется, на уровне правовых семей происходит взаимопроникновение следующих элементов: источников права, системы права и нормативной общности. Причем такое взаимопроникновение никак непосредственно не санкционируется. Данное явление представляет собой объективную потребность правовых систем во взаимообогащении. Так, некогда был осуществлен обмен источниками права между англосаксонской и романо-германской правовыми семьями. На сегодняшний день во Франции и Германии судебная практика играет заметную роль в системе источников права этих стран. С другой стороны, США располагает кодексами, типичными кодифицированными актами для континентальных правовых систем.

Взаимопроникновение элементов систем права разных правовых систем можно наблюдать на уровне романо-германской и религиозно-общинной правовых систем. Религиозная правовая общность практически восприняла европейскую континентальную модель деления права на частное и публичное, а затем на традиционные отрасли гражданского, уголовного, административного, процессуального права и т. д.

Что касается нормативной общности правовой семьи (то есть предрасположенности норм к обобщенности или к казуализации), то и здесь мы видим примеры взаимопроникновения. Так, в англо-американской правовой семье заметно усиливается влияние общих абстрактных норм, создаваемых парламентами, хотя они и не имеют того значения, как в романо-германской семье. Напротив, в последней очень сильной становится тенденция дифференцировать «вся и все», в результате чего нормы становятся все более казуальными. Особенно это характерно для правовых систем постсоветского пространства.

Наименьшей степенью взаимопроникновения между правовыми системами обладает правовой понятийный фонд. Языковая специфичность юридических терминов и понятий не дает возможности глубоко интегрироваться этим понятиям и терминам в инородные правовые системы. Например, такие понятия, как *trust*, *sole*, *corporation*, трудно даже перевести на язык континентальной страны.

Таким образом, на уровне правовых семей происходит не заимствование правовых элементов, а их объективное взаимопроникновение, что не является заимствованием. Следовательно, заимствование – это упорядоченная, волевая деятельность определенных субъектов на уровне правовых систем, что составляет содержательную черту объекта правового заимствования. Круг указанных субъектов может быть очень широким – от отдельных представителей правовой системы до парламентов государств.

Все субъекты могут быть объединены в две группы: группу официальных и группу неофициальных субъектов заимствования. Неофициальные субъекты могут лишь готовить почву для предстоящего заимствования: изучить объекты заимствования, сформировать мнение о таких объектах и т. п. Само же заимствование осуществляется официальными субъектами по определенной процедуре с соблюдением нормативных и доктринальных правил. Основная черта данного процесса – его целенаправленное, волевое изучение и привнесение в инородную правовую среду определенной группой субъектов.

Еще одной формой опосредования иностранного элемента в национальном правотворческом процессе является создание норм, регулирующих внутригосударственные отношения при обязательном учете факта существования и функционирования других правовых систем. Профессор А.А. Рубанов в качестве основы отражения национальной правовой системой факта существования других нормативных компонентов рассматривает объективность существования иностранного права, сравнивая данный факт объективно с существованием дня и ночи географических и климатических факторов [5, с. 15].

Представляется, что на сегодняшний день еще одним фактором, предложенным, в том числе и практикой взаимодействия национальных правовых систем, является *процесс глобализации* общественной жизни, определяющей интернациональные аспекты функционирующего национального права. В связи с этим необходимо отметить, что современное право является продуктом интеграции разнородных правовых основ.

Существующие концепции правопонимания условно представлены в виде двух основных классификационных направлений – естественно-правового и позитивистского – и не затрагивают внутреннюю интеграционную природу права. Между тем современное право и в его естественно-правовом, и позитивистском понимании есть продукт интеграции неких «правовых основ», «постоянных величин» различных правовых систем.

На наш взгляд, интеграция правовых систем и сближение правовых семей происходят как раз за счет принципов правового и социального характера, сложившихся на определенном пространстве, а также за счет ряда нормативных элементов, без которых не может функционировать ни одна правовая система. В связи с этим представляется, что формирование современного права происходило путем интеграции неких правовых элементов, которые мы определяем сегодня как разнородные правовые основы. В качестве таковых предлагаются: принципы права, правовые принципы, отрасли права и правовые институты, традиционные для всех правовых систем.

Анализ принципов как разносистемных правовых основ позволяет сделать некоторые *выводы*, имеющие большое значение для теории и практики правовой интеграции:

1) по характеру своих признаков право обладает большим интеграционным потенциалом: являясь основой правовых систем, оно выполняет свою интеграционную функцию на двух уровнях – внутри правовой системы и на уровне международного взаимодействия национальных правовых систем;

2) фактором, затрудняющим интеграцию правовых систем, является разница в нормативно-регулятивной специфике правовых принципов при их объективном внешнем сходстве (при общности объектов регулирования – личности, собственности, государства);

3) результативным способом унификации нормативного содержания правовых принципов является расширение нормативного закрепления в национальном законодательстве принципа приоритета норм международного права перед национальным правом. При этом необходим качественный (изменение содержания) и формальный (систематизация) подход к оценке существующих международно-правовых норм, регулирующих правовой статус личности, отношения собственности и положение государства;

4) межсистемным действенным способом интеграции может стать унификация принципов-основ, а не конкретных норм частного регулятивного значения, которые после заимствования в лучшем случае будут отторгнуты национальной практикой правоприменения, в худшем – разбалансируют отраслевую систему нормативного регулирования.

Интеграционную основу современного права составляет сущностное, единое для всех правовых систем содержание правовых институтов и отраслей права, что определяется объективными факторами окружающего мира, которые не может проигнорировать ни одна отрасль права. К числу таких факторов, в частности, А.А. Рубанов относит следующие: природные сферы (земная суша, водное и атмосферное пространство); географические условия существования общества (рельеф, почва, климат и т. д.); смена дня и ночи; существование на международной арене других правовых систем [5, с. 15]. Все названные факторы отражаются любой правовой системой независимо от семейной принадлежности. Но нельзя полагать, что названные факторы определяют идентичность отраслей и институтов по нормативному содержанию. Каждое национальное право по-своему регулирует сферу сложившихся общественных отношений. Интернациональность рассматриваемого элемента проявляется на уровне констатации факта использования того или иного фактора, который может либо являться объектом регулирования со стороны определенной совокупности норм, либо вообще определять наличие отрасли и института, либо одновременно исполнять две эти роли. Например, фактор «водное пространство», с одной стороны, является объектом регулирования экологических норм, с другой – он определяет наличие такого правового института, как институт перевозки водным транспортом, а во многих правовых системах даже определяет отрасль водного права.

Естественно, что число факторов, отражаемых правом в своих правовых институтах и отраслях, будет расширяться по мере того, как человечество будет осваивать новые сферы своего общежития и новые объекты воздействия. Например, на сегодняшний день такой объективный фактор, как космическое пространство, является первым претендентом для вхождения в круг указанных факторов. Правда, пока мы не можем придать ему этот статус, так как традиционное право религиозно-общинной семьи не отражает его в своих нормативных постулатах. Мы же говорим о факторах отражения каждой системой права.

Несмотря на разносистемные понятия отрасли права и правового института разными семьями, не исключено объективное существование однотипных групп общественных отношений, на которые и должен быть направлен регулятивный потенциал определенной совокупности норм. Следовательно, в общеправовом смысле отрасль права, как и правовой институт, можно определить как совокупность определенных правил, направленных на упорядочение специфической группы общественных отношений. Данная специфичность будет определяться объектом правового регулирования.

Такая интерпретация отрасли и института не будет отторгнута ни англосаксонской, ни романо-германской системами права, ни традиционным правом религиозно-общинной семьи. Интеграция институтов и отраслей осуществляется на уровне сближения способов упорядочивания однотипной группы общественных отношений. Так, если в романском праве группа имущественных отношений регулируется отраслью гражданского права, то в англо-американском праве эта существующая объективно группа будет регулироваться совокупностью норм, представленных в ряде правовых институтов – трастовом договоре, реальной собственности, залоге и т.д.

При таком, на первый взгляд, упрощенном подходе снижается проблема противопоставления романской совокупности норм и англо-американских норм по их формальным очертаниям. Что касается традиционного права религиозно-общинной семьи, то она за счет своей неправовой природы способна видоизменяться по отраслевому или институтивному признакам применительно к той отрасли права или институту, которые мы противопоставляем из инородной среды. Об этом говорит хотя бы факт безболезненной для традиционного права «вестернизации» правовых систем Дальнего Востока, мусульманских стран, стран индусского права и т.д.

Теперь остается только определиться в типичности групп общественных отношений, свойственных правовым системам. Представляется, что такими группами могут быть следующие:

1) регулятивные: имущественные отношения (включая земельные); финансовые (включая налоговые); государственные отношения.

2) охранительные (уголовные, уголовно-процессуальные и т.д.).

Подобная интеграционная основа не только констатирует, что современное право – это продукт интеграции традиционных отраслей права и правовых институтов, но и создает действенные предпосылки для процесса сближения конкретных нормативных положений, заключенных в отраслях права разных правовых систем.

Интеграция отраслей права и правовых институтов, относящихся к разным правовым системам, осуществляется прежде всего посредством интегрирования разносистемных норм права. Сам процесс интеграции является объективным. Но данная объективность действительно реализуется как объективность лишь в двух случаях:

- когда в обществе сложились определенные отношения, но отсутствует их нормативный регулятор (или такого регулятора недостаточно по правовому объему);

- когда сложилась необходимость изменения содержания характера нормативного воздействия на круг общественных отношений.

Описанные обстоятельства должны учитываться в первую очередь субъектами правотворчества при создании ими нормативных регуляторов национального характера, которые, как видим, обладают интернациональной природой.

**Заключение.** Все предложенные к рассмотрению черты объекта правового заимствования позволяют дать его определение в следующем виде: *Объект правового заимствования – это иностранный правовой элемент, который изучается и переносится из одной правовой системы в другую определенной группой субъектов с целью совершенствования функционирования национальной правовой системы.*

Данная теоретическая модель объекта правового заимствования позволяет определиться в вопросе о механизме правового заимствования как национальной юридической конструкции. Решение вопросов о понятии и определении звеньев этого механизма улучшит качество правотворческого процесса. Указанный механизм может использоваться не только субъектами законотворческого процесса, но и другими субъектами правообразования.

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Покровский, И.А. История римского права / И.А. Покровский. – СПб.: Издательско-торговый Дом «Летний сад», 1998. – 560 с.
2. Косарев А.И. Римское частное право: учебник для вузов / А.И. Косарев. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998.
3. Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц; пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 1998. – Том I: Основы. – 480 с.
4. Егоров, А.В. Правовое заимствование как инструмент правовой интеграции / А.В. Егоров // Право и демократия. – Минск: БГУ, 1999. – С. 107–120.
5. Рубанов, А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем / А.А. Рубанов. – М.: Наука, 1984. – 160 с.

Поступила 30.03.2015

#### TO A QUESTION ABOUT THE OBJECT OF THE LEGAL BORROWING

A. EGOROVA

*In the article the main forms of national standard-setting rulemaking entities using foreign law and the right experience of other countries were analyzed. Two basic forms of legal borrowing were considered: reception of foreign legal elements; legal adoption foreign legal experience from the regulation of public-relations. In the context of the legal reception is considered a phenomenon of legal reception, given the object of the legal concept of borrowing in the form of a foreign legal element that is studied and reception from one legal system to another. The phenomenon of legal integration as a social phenomenon separately was considered. The principles of legal integration were analyzed.*