

Коллектив авторов:

Аверин Михаил Борисович — кандидат юридических наук, доцент (глава 2, § 2);

Бабенко Василий Николаевич — доктор исторических наук, профессор (предисловие, глава 2, § 1);

Горбунов Михаил Александрович — кандидат юридических наук, доцент (глава 1, § 4);

Демидова И. С. — кандидат юридических наук, доцент (глава 1, § 1);

Милованова Д. Б. — кандидат филологических наук (глава 2, § 3);

Нагих С. И. — кандидат юридических наук, доцент (глава 1, § 3);

Никитин П. В. — кандидат юридических наук (глава 2, § 4);

Федорченко А. А. — кандидат юридических наук, доцент (глава 1, § 2);

Федорченко Е. В. — старший преподаватель (глава 1, § 5);

Шершнева-Циткульская И. А. — кандидат юридических наук, доцент (глава 2, § 5);

Баклакова А. В. — редактор-составитель.

Оглавление

Предисловие	5
Глава 1 Актуальные проблемы теоретико-правовой науки	9
§1. Взаимодействие национальных правовых систем и правовые заимствования: дискуссионные вопросы сравнительного правоведения	9
§2. Проблемы правового пространства во взглядах отечественных и зарубежных юристов	22
§3. Вопросы происхождения государства и права в контексте марксистской теории	37
§4. Идеи Древней Стои как философские основания древнеримского possessio.....	46
§5. Проблемы совершенствования юридической техники	64
Глава 2 Вопросы истории государства и права в общественно-научном дискурсе	76
§ 1. Дискуссионные проблемы истории государства и права России и их отражение в учебной и научной литературе	76
§ 2. Правовой статус Великого княжества Финляндского в составе Российской империи в работах отечественных и зарубежных исследователей	87
§3. Международные договоры России XVIII века: к вопросу об их стилистических и языковых особенностях..	99
§4. Проблемы организации правового просвещения в избах-читальнях и домах крестьянина в РСФСР в период НЭПа	107
§5. Правовые аспекты церковного раскола в современной Украине.....	119

Предисловие

Проблемам теории и истории государства и права посвящено значительное число учебников и научных публикаций¹. В данной монографии затрагивается лишь небольшая часть дискуссионных вопросов, которые, несомненно, требуют более глубокого изучения. Так, например, проблемы взаимодействия национальных правовых систем и правовых заимствований в условиях современной глобализации соприкасаются непосредственно с необходимостью совершенствования национальных правовых систем под влиянием зарубежных правовых институтов, а также углубленного рассмотрения вопросов интернационализации и унификации права в контексте сравнительного правоведения. «В силу сказанного оправданным и крайне необходимым представляется, — как отмечает М. Н. Марченко, — и углубленное рассмотрение проблем национального права, включая его понятие, формы, источники, механизм взаимосвязи и взаимодействия норм права с другими социальными нормами и т. д. не только самих по себе, но и в контексте аналогичных проблем, присущих другим правовым семьям и системам права»².

Неоднозначная оценка понятия и признаков правового пространства в исследованиях отечественных и зарубежных юристов дает основание сделать вывод, что концепция правового пространства сохраняет свою актуальность и в настоящее время.

¹ См.: Бабенко В. Н. Актуальные проблемы истории отечественного государства и права // Вестник Российской правовой академии. 2012. № 1. С. 3–7; Климов И. П. Проблемы истории отечественного государства и права: учеб. пособие. Тюмень, 2010; Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права: учебник. М., 2013; Правовая политика и ценности права. История и современность / Рыбаков О. Ю., Бабенко В. Н., Протасов В. Н., Аверин М. Б., Горбунов М. А., Нагих С. И., Чернякин В. Г., Григорьев Д. А., Марюшкин М. Г., Демидова И. С., Никитин П. В., Федорченко А. А., Федорченко Е. В. Монография / Москва, Саратов, 2016 и др.

² Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права: учебник. М., 2013. С. 4.

Проблемы происхождения государства и права в контексте марксистской теории продолжают вызывать интерес у современных исследователей прежде всего в связи с тем, что различие точек зрения авторов марксистского направления нередко приводит к противоречивости их выводов и не всегда соответствует фундаментальным положениям марксистского учения.

Вопросы совершенствования юридической техники связаны с необходимостью более четкого определения ее структуры, включающей терминологию и юридические конструкции как технические средства и систему отсылок как способ изложения норм, а также с введением нового понятия «юридическая технология». Думается, что дискуссии по этим вопросам не могут выходить за рамки теоретических умозаключений и в то же время они должны способствовать совершенствованию юридической техники в правотворчестве и реализации правоприменительных актов.

Дискуссионные проблемы истории государства и права России имеют теоретико-методологический характер и непосредственно связаны с государственно-правовым развитием страны. Тот факт, что многие проблемы некоторыми авторами учебников и научных публикаций трактуются по-разному, свидетельствует о необходимости соблюдать в познании государственно-правовых явлений принцип плюрализма, учитывающий различные воззрения исследователей. Однако встречаются и грубые искажения истории государственно-правового развития России, особенно в работах зарубежных авторов. Они, как правило, избирательно используют отдельные источники и публикации, которые способствуют обоснованию их субъективного, предвзятого отношения к конкретной проблеме истории государства и права России и прибегают к откровенной ее фальсификации.

В связи с этим особое значение приобретает проблема церковного раскола в современной Украине, нашедшая отражение в данной монографии. Анализ историко-правовых аспектов этого раскола начиная с конца XVI века показывает, что во время переломных этапов совместной с Россией истории у отдель-

ных украинских церковных иерархов возникало желание создать автокефальную церковь. Это в значительной мере удалось сделать лишь в 2018 г. администрации П. Порошенко, который довел степень вмешательства государства в церковные дела до крайности, максимально политизировав данный процесс, нарушая при этом права верующих, всех граждан Украины. А это непосредственно сказалось на резком ущемлении роли личности в правовой системе государства. «Личность как носитель прав и обязанностей представляет собой, — указывает В. В. Оксамытный, — обобщающую юридическую категорию и способна объединить в себе терминологические образы лица, пребывающего в определенных взаимосвязях с государством и подпадающего под правовое воздействие, а именно как субъекта права, субъекта правоотношений, обладателя прав, свобод и ответственности, правового статуса, носителя правосознания и правовой культуры, правомерного поведения в целом»³.

Проблемы фальсификации государственно-правовой истории России требуют более глубокого анализа ее источников. В связи с этим возникает вопрос о том, что в современных исследованиях следует уделять больше внимания проблемам юридического источниковедения. В некоторых юридических вузах этим вопросом занимаются на высоком научно-теоретическом и учебно-методическом уровне. Так, например, в Уральском государственном юридическом университете для аспирантов читается специальный курс «Юридическое источниковедение». Профессор С. В. Кодан издал ряд работ, посвященных проблемам источниковедения в юридических науках⁴.

³ Оксамытный В. В. Личность в правовой системе государства: избранные труды. М., 2016. С. 11–12.

⁴ См.: Кодан С. В. Историко-юридическое источниковедение в структуре современного российского правоведения // Российский юридический журнал. 2018. № 4. С. 31–36; Он же. Методология историко-юридического источниковедения: целевые установки, функциональная направленность, уровни организации познавательных средств // Genesis: исторические исследования. 2018. № 12. С. 67–80; Он же. Учебный курс «Юридическое источниковедение» в реализации государственных образовательных

На наш взгляд, было бы целесообразно ввести в ведущих правовых журналах раздел «Юридическое источниковедение», что во многом могло бы помочь молодым исследователям эффективно работать с разнообразными источниками права.

Таким образом, различный уровень проблем, затронутых в монографии, которые касаются отдельных дискуссионных вопросов в области теории и истории государства и права, можно рассматривать как один из сигналов для активизации общественно-научного дискурса в данной сфере знания.

Глава 1

Актуальные проблемы теоретико-правовой науки

§1. Взаимодействие национальных правовых систем и правовые заимствования: дискуссионные вопросы сравнительного правоведения

Применение системного подхода к характеристике национальной правовой системы конкретного государства позволяет рассмотреть такие ее свойства, интегрально присущие сложным организованным системам высшего органического типа, как динамичность развития, открытость к взаимодействию с другими правовыми системами и способность к саморегуляции, т. е. содержать в себе встроенный механизм для органического изменения в пространстве и во времени⁵. Поскольку национальная правовая система является «отражением права в конкретный исторический период»⁶, особое значение имеют временные и пространственно-географические факторы ее существования и развития, которые, в свою очередь, являются объективными условиями взаимодействия с правовыми системами других государств в рамках одной правовой семьи либо на международном (глобальном или региональном) уровне.

Взаимодействие представляет собой универсальную объективную форму существования правовых систем и характеризуется как «общая форма связи тел или явлений, которая осуществляется в их взаимном изменении»⁷. Соответствующие изменения интегрируются в систему внутренних свойств, связей и отношений национальной правовой системы.

Механизм такого взаимодействия может быть раскрыт через характеристику его способов и форм. Способы взаимодействия национальных правовых систем в большинстве научных

⁵ Цит. по: Овсепян Б. А. Идея саморазвивающейся правовой системы // Журнал российского права. 2004. № 4. С. 74.

⁶ Гленн П. Национальная правовая традиция // Реферативный журнал. Серия 4: Государство и право. 2004. № 3. С. 16.

⁷ См.: Скакун О. Ф. Сравнительные аспекты взаимодействия правовых систем во времени и пространстве // Евразийский юридический журнал. 2013. № 10 (65). С. 133–141.

исследований рассматриваются с учетом добровольности, принудительности или вынужденности правовых изменений. При добровольном взаимодействии общество-реципиент по своей инициативе принимает новые правовые институты. Подобные процессы раскрываются в содержании концепций правовых заимствований и рецепции права. Принудительный способ получил название «юридической экспансии», которая определяется как навязывание одним обществом своей правовой системы другому обществу. При этом существенными признаками юридической экспансии являются осуществление взаимодействия по инициативе донора (субъекта юридической экспансии), а также применение не только прямого, но и косвенного принуждения в качестве доминирующего способа взаимодействия⁸. Вынужденное взаимодействие правовых систем вызывается экономическим или политическим господством доминирующей правовой культуры над подчиненной, что приводит к необходимому признанию последней ряда правовых институтов доминанты⁹. Вынужденное взаимодействие правовых систем особенно ярко проявляется в сфере международного общения, когда нормы, принятые наднациональными организациями, имплементируются в свою национальную систему права государствами-участниками этих организаций.

По вопросу о формах и результатах взаимодействия национальных правовых систем в научных исследованиях отсутствует единообразное понимание способов внешнего выражения процессов взаимодействия и следующей за ним трансформации права различных государств. Так, Е. В. Скурко выделяет три формы: конвергенцию, ассимиляцию и интеграцию. Конвергенцию правовых систем автор понимает как феномен и процесс возникновения сходных и одинаковых явлений в правовых системах различных государств, взаимоподобление отдельных элементов правовых систем и правовых

⁸ См.: Тверякова Е. А. Юридическая экспансия: теоретико-историческое исследование: автореф. дисс. ... к. ю. н. Н. Новгород, 2002.

⁹ См.: Сокольская Л. В. Виды правовой аккультурации // *Lex russica* (научные труды МГЮА). 2009. № 6. С. 1290.

систем в целом¹⁰. Ассимиляция представляет собой слияние правовых систем с утратой одной из них своих характерных признаков и элементов и зачастую сопровождается утратой традиционных институтов и традиционного правосознания¹¹. При интеграции сохраняются наиболее эффективные и ценные элементы, которые становятся общими и переходят на наднациональный уровень сотрудничества правовых систем.

А. Е. Абрамов называет открытые и латентные формы взаимодействия правовых систем и подчеркивает, что открытые формы охватывают, прежде всего, сферу публичного права, в то время как скрытые формы характеризуют правовую ассимиляцию (полную или практически полную утрату исконной правовой культуры обществом-реципиентом и столь же полное усвоение новой) и юридическую интерференцию (предполагающую изменение каждой из вступивших в контакт правовых систем)¹². В свою очередь, Л. В. Сокольская к формам кросскультурного взаимодействия правовых систем относит экспансию, рецепцию, ассимиляцию и интерференцию (в последнем случае каждая из взаимодействующих систем выступает в качестве донора и реципиента одновременно). Результатами же рассматриваемого процесса, по мнению автора, могут быть: адаптация (утрата реципиентом своей исконной культуры и усвоение новой культуры донора), трансформация (частичное изменение права реципиента при сохранении своих базовых черт), интерференция (изменение каждого из контактирующих социумов), интеграция (взаимное приспособление и появление новых культурно-правовых систем), аннигиляция (взаимоуничтожение культур контактируемых социумов)¹³.

¹⁰ См.: Скурко Е. В. Некоторые аспекты проблемы взаимодействия правовых систем в условиях глобализации // Государство и право. 2008. № 8. С. 69.

¹¹ Там же.

¹² См.: Абрамов А. Е. Правовая аккультурация (на примере Испании в период Римской Республики): автореф. дисс. ... к. ю. н. 12.00.01. Владимир, 2005. С. 10.

¹³ См.: Сокольская Л. В. Указ. соч. С. 1291–1292.

Очевидно, что достижение единообразия в терминологии проводимых исследований остается еще нерешенной задачей, несмотря на попытки ученых объяснить соотношение вводимых ими в научный оборот понятий с уже имеющимися, объем которых, в свою очередь, также по-разному трактуется в науке.

С содержательно-юридической стороны все многообразие форм взаимодействия национальных правовых систем сводится к трем основным типам¹⁴:

а) в национальном праве появляются правовые нормы и институты, созданные по образцу норм иностранного права, полностью заимствованные или адаптированные к имеющимся социальным условиям;

б) в нескольких правовых системах появляются новые или изменяются существующие правовые нормы вследствие имплементации положений заключенного между ними международного соглашения;

в) в рамках национального права придается юридическое значение иностранным юридическим нормам, которые воспринимаются как непосредственный регулятор общественных отношений, чаще всего, осложненных иностранным элементом (субъектом либо объектом правоотношения). В последнем случае изменений в структуре национального права не происходит, однако в правовой системе появляются юридические акты правоприменительного характера, основанные на иностранном праве, но требующие надлежащего исполнения и порождающие определенные юридические последствия.

Правовые заимствования в контексте рассмотренных вопросов являются необходимым элементом любого взаимодействия правовых систем, при условии, что существенные типологические признаки правовой системы остаются неизменными. Иными словами, не происходит правовой аккумуляции и правовой конвергенции: в первом случае результатом является «изменение первоначальной правовой культуры (или ее отдельных элементов) одного или обоих вступивших в кон-

¹⁴ См.: Рубанов А. Л. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.

такт обществ»¹⁵, а во втором — сближение правовых систем, утрата их национальной уникальности, повышение «правовой когерентности» на основе принципов глобальности, парадигмальности и комплементарности¹⁶. Таким образом, правовые заимствования представляют собой появление в системе объективного права новых правовых институтов, сформировавшихся или созданных по образу и подобию институтов, присущих другой правовой системе. Однако их прямое восприятие или модификация не вызывают существенных изменений в правовом регулировании и правоприменении.

Рассматривая любую правовую норму, правовой институт, необходимо учитывать ее действие во времени, пространстве и по кругу лиц, соответственно, и оценка взаимодействия правовых систем невозможна без учета временного, пространственно-географического и персонального факторов¹⁷.

Темпоральные особенности связи правовых явлений находят выражение в процессах преемственности в праве. Историческая преемственность как универсальная закономерная связь между ступенями развития национального права как социального явления¹⁸ является важным условием сохранения ценностей права, национальной самобытности правовой системы, правовой традиции в ее развитии. Однако развитие правовой системы не замыкается лишь на сохранении опыта прошлого: правовые системы открыты, динамичны и приспособляемы. Соответственно, потребность в новациях неизбежна даже в рамках традиционных и религиозных правовых систем, как невозможно их изолированное существование на правовой карте мира, равно как и абсолютная стагнация общества и его культуры. Таким образом, взаимодействие сосуществующих правовых систем также является универсальной объективной закономерностью их существования и развития, однако способы и формы, в которых оно осуществляется, могут иметь множество

¹⁵ Абрамов А. Е. Указ. соч. С. 17.

¹⁶ См.: Третьякова О. Д. Понятие правовой конвергенции // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2008. № 3. С. 42.

¹⁷ См.: Скакун О. Ф. Указ. соч. С. 133–141.

¹⁸ Там же. С. 135.

особенностей, что оказывает значительное влияние на результативность такого взаимодействия и эффективность развития правовой системы в целом. Такие пространственные связи правовых систем проявляются через различного рода заимствования, которые могут осуществляться разными способами и посредством использования разнообразных форм. Кроме того, возможно историко-пространственное взаимодействие правовых систем, при котором происходит сочетание временного и пространственно-географического факторов, т. е. перенесение институтов иностранного права, существовавшего в прошлом, даже относящегося к другому историческому типу, как это произошло в процессе рецепции римского права в континентальных европейских системах.

Рассматривая подробно временной и пространственно-географический факторы взаимодействия правовых систем, нельзя оставить без внимания и особенности действия правовых норм по кругу лиц, которые в условиях глобальных процессов миграции (как политической, так и экономической), могут повлечь за собой формирование в правовой системе особых правовых режимов для отдельных категорий субъектов, а также возможность прямого применения инородного права. Примерами персонального фактора в развитии правовой системы могут быть: понятие «особого правового статуса» для представителей определенных диаспор, предполагающая возможность пользоваться национальным языком, некоторыми социальными правами и т. п., либо введение социально-публичных институтов (к примеру, шариатские и раввинские суды во многих европейских странах действуют как суды третейские), возможность применять нормы шариата в государственных судах, если это не противоречит местным законам¹⁹. Подобные вопросы усложнения структуры национальной правовой системы требуют отдельного исследования, поскольку затрагивают довольно сложные в научном и прикладном значении вопросы правового

¹⁹ См.: Шафигулина С. Р., Магомедов И. Б. о. Векторы в развитии правовой системы: современные вызовы // Гуманитарные исследования. 2014. № 1 (49). С. 169.

плюрализма, коллизии юрисдикций и находятся в сфере научного интереса не только теоретических исследований, но и науки международного права.

Концепция правовых заимствований в сравнительном правоведении не представляет собой целостную системно, понятийно и методологически разработанную научную теорию. Предметом научной дискуссии являются множество актуальных для развития правовой системы вопросов: механизм и объекты правового заимствования, условия, формы и содержание переноса иностранного элемента в правовую систему, юридические последствия, наступление которых зависит, в свою очередь от множества конкретных исторических условий и культурно-правового контекста²⁰. Кроме того, сама терминология, которая используется для семантического обозначения всех указанных особенностей процесса правовых заимствований, обнаруживает также множество не решенных проблем, связанных не только с научными исследованиями, но и с вполне практической деятельностью в различных сферах правотворчества и развития отраслевого законодательства.

В научной литературе предлагаются различные варианты соотношения понятия правовых заимствований с уже разработанными понятиями рецепции права, преемственности или относительно новыми «правовой аккультурацией», «правовым трансфером», «правовой экспансией», «правовым диалогом» и т. д. Наиболее значимо в этом контексте разграничение понятий рецепции и правовых заимствований. Несмотря на то, что во многих источниках заимствование либо определяется как рецепция²¹, либо является по отношению к рецепции родовым

²⁰ Некоторые вопросы влияния прав. традиций на процесс развития правовых систем в условиях восприятия иностр. элемента рассмотрены в монографии: Правовая политика и ценности права. История и современность / Рыбаков О. Ю., Бабенко В. Н., Протасов В. Н., Аверин М. Б., Горбунов М. А., Нагих С. И., Чернякин В. Г., Григорьев Д. А., Марюшкин М. Г., Демидова И. С., Никитин П. В., Федорченко А. А., Федорченко Е. В. Монография. — Москва, Саратов. 2016.

²¹ См.: Егоров А. В. Нормативные основания правовой рецепции // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. 2016. № 1 (30). С. 14.

понятием²², в дальнейшем в настоящей статье указанные понятия будут разграничиваться на основе традиционного для научной литературы понимания рецепции права как заимствования и приспособления к национальным условиям одной правовой системы норм и институтов, выработанных другой правовой системой в иную историческую эпоху. Соответственно, и правовые заимствования будут рассматриваться исключительно в специальном значении и определяться как восприятие одной правовой системой норм и институтов, действующих в другой правовой системе.

Механизм правового заимствования предполагает упорядоченную волевою деятельность определенных субъектов на уровне правовых систем, как официально действующих (субъектов правотворчества), так и неофициальных, которые «готовят почву» для предстоящего заимствования, изучают объекты, формируют научное или политическое мнение и т. п.²³ Все, что происходит стихийно, под влиянием естественных процессов взаимовлияния правовых культур, интернационализации права и глобализации, можно назвать скорее взаимопроникновением правовых институтов, источников права, юридической практики. Но в любом случае иностранный правовой элемент получает правовую институционализацию посредством официального закрепления в системе национального права. В таком случае, механизм правового заимствования будет иметь вид оформляющего (констатирующего) или санкционирующего правообразования, когда законодатель лишь юридически закрепляет сложившуюся социальную практику.

Правовое заимствование с точки зрения формы и способа переноса иностранного элемента в национальную правовую систему может представлять собой простое механическое вос-

²² См.: Скоробогатов А. В. Правовые заимствования как средство совершенствования национальной правовой системы // Актуальные проблемы экономики и права. 2018. Т. 1–2. № 1. С. 80.

²³ См.: Егорова А. Г. К вопросу об объекте правового заимствования // Вестник Полоцкого государственного университета. Серия Д. Экономические и юридические науки. Международное право и сравнительное правоведение. 2015. № 5. С. 1–75.

приятие нового правового института либо его модификацию с учетом особенностей национальной правовой культуры. Для характеристики первого способа правового заимствования в научной литературе предложено понятие правового импорта, правового трансплантата.

Концепция правовых трансплантатов (*legal transplant*) особое развитие получила в западной компаративистике начиная с 70-х гг. XX в.²⁴ и до сих пор остается объектом научного диспута как в западной, так и в отечественной юридической науке. Основные положения данной теории заключаются в том, что заимствование правовых норм является наиболее известным и эффективным источником правового развития, легко осуществимо и допустимо даже в том случае, когда воспринимаемые нормы совершенно непонятны, а общество-реципиент находится на более низкой ступени правового и культурного развития²⁵. В отечественной юридической науке отношение к так называемому «правовому импорту» скорее негативное, поскольку оценивается как механическое копирование чужеродной правовой нормы или института без учета социально-правового контекста, своеобразное нарушение «правового суверенитета»²⁶. Изначальная идея одного из основоположников данной концепции А. Ватсона об изначальной простоте, своего рода эпизодичности указанного процесса заимствования для национальной правовой системы предполагает, что импортируемая норма практически никогда не вторгается в столь глубокие слои

²⁴ См.: Spataru-Negura L.-C. Exporting law or The use of Legal transplants // Challenges of the Knowledge Society. Legal sciences. 2012. Vol. 2. P. 8128–19; Watson A. Legal Transplants. Scottish Academic Press. Edinburgh, 1974; Graziadei M. Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge // Theoretical Inquiries in Law. Vol. 10:693. 2009. P. 693–713; Spamann H. Contemporary Legal Transplants — Legal Families and The Diffusion of (Corporate) Law // Harvard. 4/2009 etc.

²⁵ См.: Сорокина Е. А. Правовые заимствования: дискуссия о метафорах // Вектор юридической науки. Вестник Университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 5. С. 30.

²⁶ Тихомиров Ю. А. Новые оценочные измерители в сравнительном правоведении // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 5. С. 730.

социальной реальности, чтобы вызвать действительное сопротивление со стороны культурного контекста²⁷. Однако данная позиция подвергалась критике как со стороны научного сообщества, так и неоднократно опровергалась практикой, доказывающей социально-культурную и экономическую обусловленность права, без учета которой внедрение иностранного правового института может оказаться неэффективным.

Как отмечается во многих исследованиях, процесс заимствования практически никогда не происходит без некоторого изменения иностранного правового института, что может происходить как уже на стадии формирования новых правовых норм в национальной правовой системе, так и непосредственно в процессе их реализации в условиях, принципиально отличающихся от изначальной сферы их формирования. Последнее является яркой иллюстрацией закона саморегуляции правовой системы, ее способности ограждать от перенесения определенного правила или института из иностранного права, несовместимого с ее взаимозависимыми элементами. Как отмечает О. Ф. Скакун, правовая система может использовать два основных способа защиты от иностранного элемента: его нейтрализация и вытеснение (отторжение), если заимствованные нормы не отвечают сложившимся социальным условиям, традициям правопонимания или иным образом не вписываются в систему существующих социально-правовых регуляторов, либо модификация²⁸, когда заимствованный правовой институт изменяется с учетом существующих правовых различий в практике толкования права, технико-юридического оформления и т. п.

Однако даже сам эффект отторжения правовой системой чужеродного правового элемента может повлечь за собой определенное ее развитие: правовая система будет предлагать собственные способы решения назревшей социальной проблемы, причем как в рамках правового поля, так и посредством становления неформальных институтов и практик, которые в после-

²⁷ См.: Панкевич Н. В. Взаимодействие и трансформация правовых систем в процессе глобализации // ПОЛИТЭКС. 2010. Т. 6. № 3. С. 117.

²⁸ См.: Скакун О. Ф. Указ. соч. С. 135.

дующем будут оценены как определенная предпосылка правотворчества и получат формальное закрепление.

Таким образом, модификация иностранного правового элемента — процесс практически неизбежный при правовых заимствованиях. Исключения очень условны и незначительны. В частности, не требуют особого преобразования при заимствовании нормы и институты, не привязанные к национально-географической сфере их действия, т. е. абстрактные и формально, и содержательно. Возможен и такой вариант (о чем упоминалось выше), когда создается совершенно инородный правовой институт без модификации в виде особого правового режима, но в связи с тем, что он распространяется только на ограниченный круг субъектов или ситуаций, никакого отторжения в правовой системе он не вызывает, но и не приносит в нее существенных изменений. Однако в подавляющем большинстве случаев использования зарубежного правового опыта требуется определенная технико-юридическая обработка заимствованного материала, его приспособление к существующей системе правовых понятий, уже имеющимся нормам.

Социально-юридические последствия правового заимствования иностранного элемента определяют его эффективность и зависят от множества условий: правовые традиции и накопленная система правовых ценностей, которые предопределяют основы существенных различий правовых систем на уровне правовой культуры, правопонимания, юридической науки и т. п., социально-юридическая необходимость в правовом регулировании, технико-юридические способы заимствования иностранного правового института и т. п. Соответственно, результат заимствования может быть как положительным, когда новые нормы и правовые институты приживаются в новой среде в изначальном или модифицированном виде и активно включаются в национальное право, обрстая системой функциональных связей с уже существующими, «своими» для правовой системы элементами, но может быть и негативным, когда происходит отторжение правового института. В плане описания причин и механизма отторжения чужеродного правового элемента в зарубежной и отечественной компаративистике наиболее показательны теории «правового раздражителя»

(Г. Тойнбер), «правовых различий» (Ю. А. Тихомиров) и «защиты от иностранного элемента» (О. Ф. Скакун).

Перенесенная правовая норма, попадая в новые условия, не остается идентичной своему источнику и не может выполнять в точности те же функции, которые были ей свойственны в исходном правопорядке²⁹. Она выступает в качестве «правового раздражителя», который не может быть преобразован из «чего-то чужеродного в нечто близкое»³⁰. Соответственно, ответ правовой системы, ее реакция на такой раздражитель зависит от существенности различий тех условий, в которых норма естественным путем сформировалась, и тех, в которые она была перенесена и вынуждена выполнять свои регулирующие функции. Профессор Ю. А. Тихомиров³¹ упоминает временные и долгосрочные различия, преодолимые и те, которые невозможно устранить. Сами по себе правовые различия определяются автором как правовые нормы, акты и институты, не совпадающие по целям, природе и субъектам в сферах их действия³². С точки зрения конкретного содержания, могут быть выделены следующие различия: сущностные, теоретические, структурно-отраслевые, по форме кодификации, особенности юридической техники, отражающие специфику правового регулирования и др.

Несомненным препятствием для эффективного заимствования положений иностранного или международного права являются те правовые различия, которые с достаточной степенью условности можно назвать «сущностными»: они обусловлены типом правопонимания в конкретной правовой системе, национальными правовыми традициями, официальной правовой доктриной и т. п. В остальных случаях вопрос преодоления правовых различий — в большей степени прикладной, зависит как от способа и формы юридического заимствования, исполь-

²⁹ См.: Сорокина Е. А. Указ. соч. С. 31.

³⁰ Там же.

³¹ См.: Тихомиров Ю. А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 11, 12.

³² Там же. С. 12.

зуемых в правовой системе, так и от механизмов саморегуляции национальной правовой системы, которые могут повлечь за собой отторжение введенного правового элемента.

Механизм правовых заимствований предполагает, что объем переносимого иностранного права можно оценить как незначительный (хотя и значимый по содержанию и социально-правовой необходимости) в контексте общего масштаба всей системы национального правового регулирования. То есть переносу и (или) модификации подлежат лишь единичные, отдельные институты права (или группа взаимосвязанных). В противном случае речь идет о переносе целых правовых моделей, когда существенным образом изменяется национальный правовой порядок, что обозначается введенным в оборот термином «правовая транспозиция»³³ (*transposition*) или даже «правовая революция». Соответственно, такие процессы влекут за собой изменение содержания правового регулирования и самих свойств национальной правовой системы. Подобным образом происходит формирование гибридных (смешанных) правовых систем либо происходит такая трансформация правовой системы, которая приводит к ее правовой аккультурации или даже утрате правовой уникальности.

Исследование вопросов пространственно-географического взаимодействия национальных правовых систем позволяет сделать следующие выводы. Правовое заимствование представляет собой элемент такого взаимодействия правовых систем, при котором иностранный правовой институт полностью либо в модифицированном виде воспринимается национальной правовой системой. Содержание, формы, способы и социально-юридические результаты механизма правовых заимствований остаются предметом научных дискуссий науки сравнительного правоведения, общей теории права, отраслевых юридических наук. Несомненный научный потенциал концепции правовых заимствований обуславливает необходимость ее дальнейшего изучения и всестороннего обоснования, поскольку она позволяет объяснить объективно существующие процессы развития

³³ Сорокина Е. А. Указ. соч. С. 33.

и трансформации национальных правовых систем, их возможной модернизации под влиянием иностранных правовых институтов, а также может составить основу различных концепций взаимодействия правовых систем и оценки мировых процессов интернационализации и унификации права.

§2. Проблемы правового пространства во взглядах отечественных и зарубежных юристов

В юридической науке для исследования и объяснения процесса воздействия права на общественные отношения (функционирование права) использовались близкие, но не всегда совпадающие термины. Чаще всего говорили о «механизме действия права», «механизме социального действия права», «механизме правового регулирования», «правовом воздействии» и «правовой деятельности». Иногда даже говорили о «правовой системе», «правовой культуре» и «правовых семьях», что в целом было обусловлено интегративными представлениями о правовой действительности. Это в значительной мере относится и к такой правовой конструкции как «правовое пространство».

Безусловно данная конструкция привносит собственное содержание в юридическую науку, в противном случае не было бы смысла ей появиться, чтобы описать какие-либо правовые нюансы действительности. Не было бы смысла и вносить категорию «пространство» в общественные науки: социологию (социальное пространство), политологию (политическое пространство), экономику (экономическое пространство), историю (историческое пространство), информатику (информационное пространство), культурологию (культурное пространство). В естественных науках понятие «пространства» уже давно существует в таких видах как космическое пространство, физическое пространство, биологическое пространство и т. д.

После принятия Конституции РФ появилась новая модель не только «политического», «экономического» и «социального», но и «правового пространства» нашего государства и общества³⁴. Это определило соответствующие параметры правового

³⁴ См.: Барциц И. Н. Правовое пространство России: вопросы конституционной теории и практики. М., 2000. С. 3.

регулирования для законодателя, общества и личности. Между тем уже сегодня при исследовании «правового пространства» как относительно новой научной категории возникает много теоретических и методологических вопросов и проблем³⁵.

Сложившееся понимание пространства в его территориально-географическом смысле, безусловно, представляется поверхностным и шаблонным. Социальное, а тем более правовое пространство, это «человеческие явления», а не физические, и прямое перенесение «физического» (естественнонаучного) смысла в социальные науки ничего не прибавляет в познание общества.

Существующее классическое физическое (территориально-географическое) понимание пространства допустимо и имеет значение в очень ограниченных случаях и пределах непосредственного и обычного чувственного опыта и не соответствует современным информационно-коммуникативным и социально-деятельностным взглядам. Однако в настоящий период такой подход к *правовому пространству* требует существенного обновления, т.к. юридическая наука не стоит на месте и накоплено достаточно фактов, научных идей и доказательств, позволяющих преодолеть сложившийся шаблон оценки данного феномена. Так или иначе, но именно проблемы правового регулирования, совершенствования правотворчества, единообразного применения законодательства, устранения коллизий в праве и выступили важными методологическими основаниями формирования представлений о последней.

Возникает вопрос: а чем правовое пространство отличается от физического и других видов социального пространства? С другой стороны, чем это понятие существенно отличается от используемых в юридической науке уже давно известных категорий, таких как «система права», «действие права (закона)», «форма территориального устройства», «правовая система», «правовое поле», «правовая материя», «правовая жизнь», «правовая

³⁵ См.: Соколов В. А., Комаров В. Е. Методологическая роль понятий «пространства» в международном праве // Конституционное законодательство и государственное управление в условиях совершенствования социалистического общества. Сборник статей. Томск, 1988. С. 139–151.

Конец ознакомительного фрагмента.

Приобрести книгу можно

в интернет-магазине

«Электронный универс»

e-Univers.ru