

• •

•
•

[Stable URL: <http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/2629>]

[. . . 2005: . 15, 208-213.]

// IVS ANTIQVVM.



THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND



RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



« »
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
"THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES"
YAROSLAVL BRANCH



YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

**ПРАВОВЫЕ КУЛЬТУРЫ
СОВРЕМЕННОЙ ВОСТОЧНОЙ ЕВРОПЫ.
ТРАДИЦИИ И ЗАИМСТВОВАНИЯ**

УЧРЕДИТЕЛЬНОЕ ЗАСЕДАНИЕ
УЧЕНОГО СОВЕТА И НАУЧНЫХ СОТРУДНИКОВ
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОГО ПРОЕКТА
17 июля 2004 г., ФРАНКФУРТ-НА-МАЙНЕ

© М. Т. Феген, 2005

М. Т. ФЕГЕН

**ЗАИМСТВОВАНИЕ ПРАВА:
ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ ВВЕДЕНИЕ***

«Правовые культуры современной Восточной Европы» – основное название нового проекта института им. Макса Планка. Едва ли оно нуждается в объяснении, поскольку все примерно знают, где находится Восточная Европа и что значит «современная». Можно и нужно уточнить понятие «правовые культуры». Но ниже я обращаюсь к подзаголовку проекта: «Традиции и заимствования».

Традиции права и заимствование права в истории часто сталкиваются друг с другом, и не только в современной Восточной Европе. О традициях и заимствованиях права идет речь при так называемой рецепции римского права в Европе с эпохи средневековья. И этот процесс длился вплоть до XIX в., в котором все еще дискутировали и спорили о соотношении местного, традиционного, германского права и чужого, рецепированного, навязанного права. Традиции и заимствования сталкивались друг с другом и тогда, когда на рубеже XIX–XX вв. возникало колониальное законодательство и когда перенимали целые кодексы внутри и вне Европы. В настоящий момент речь идет о заимствованиях в рамках европеизации и глобализации права.

Таким образом, проект имеет дело с широко представленной и интересной проблемой, которая ни географически, ни хронологически не может рассматриваться изолированно. Поэтому необходимо сразу обратиться к определению ее теоретических основ, причем в первую очередь оно должно служить повышению внимания при чтении источников и литературы, а также развитию исследования определенных феноменов и его четкости.

Я начну с проблемы заимствования, а затем вернусь к традиции. Касательно феномена «заимствование права» в последние примерно лет десять появилось много публикаций. Здесь предлагается их краткий обзор.

* Вводный доклад Марии Терезы Феген, директора Института истории европейского права им. Макса Планка (MPieR), Франкфурт-на-Майне.

Алан Уотсон, ученик Давида Дауба и, соответственно, получивший романистическое образование, в течение многих лет и в многочисленных сочинениях изучал перемещения правовых норм во времени и пространстве: например, *lex Aquilia* («основной закон» деликтной ответственности) – от римской Республики через римско-голландское общее право вплоть до современной судебной практики в Южной Африке. Такие перемещения права Алан Уотсон называет *Legal Transplants*. Их изучение приводит его к следующим результатам:

1. Развитие права почти всегда и почти везде обязано заимствованию чужого права («*bootgowing*»).

2. Движущей силой для *Legal Transplants* являются, как правило, юристы и само право.

3. Правовые нормы меняются, когда их переносят из одного общества и из одного времени в другое общество и другое время.

Выдвинутый и исследованный Аланом Уотсоном тезис о *Legal Transplants* несколько лет назад встретил ожесточенную критику. Особенно упрекал Алана Уотсона французский исследователь права Пьер Легран:

1. Уотсон рассматривает как «право» в основном *письменно* зафиксированные правовые нормы, которые, однако, отнюдь не составляли право как таковое.

2. Он рассматривает эти нормы *статично*, полагая, что они всегда остаются неизменными независимо от времени, места и правовой культуры.

3. Тем самым он создает обманчивое впечатление о единстве вместо того, чтобы подчеркивать различие и разнообразие.

4. Фактически его *Legal Transplants* невозможны.

Я не хочу здесь оценивать критику Леграна в частности; это сделали другие, включая самого Уотсона. Мне кажется справедливым замечание, что Уотсон рассматривает право весьма изолированно и крайне редко принимает во внимание общественные условия, с которыми сталкиваются *Lex Aquilia* или какие бы то ни было *legal transplants*. Это не только мешает исследователям права, но также противоречит, в определенной степени, той *политкорректности*, которой придерживаются этнологи и другие ученые, то есть тому уважению к «Другому», где следует избегать столь же слепого, сколь и имперского западно-центристского взгляда. Идеологический подход очевиден. Можно подчеркивать традицию и тем самым постулировать определенное сопротивление заимствованиям. Можно, напротив, подчеркивать заимствование и тем самым отстаивать утверждение о раннем успешном знакомстве с «современными», или западными, стандартами. И то и другое также возможно при изучении заимствования права из Западной в Восточную Европу и окажет влияние на работы проекта.

Как бы то ни было, критикой Уотсона со стороны Леграна история не заканчивается. В свою очередь, Леграна обвиняли, особенно Джим Уитмен, в приверженности устаревшему романтическому взгляду о наличии в «культуре» чего-то исконного и неискоренимого. Его так же упрекали в том, что он просто игнорировал исторические и современные, более или менее удачные, заимствования права. Что таковые имели и имеют место, в этом сегодня никто не сомневается. Но как они функционируют, еще далеко не известно.

Классическая теория, тоже представленная в правовых исследованиях, исходит из того, что правовые нормы могут передаваться постольку, поскольку они удовлетворяют схожим потребностям. Вместе с растущей унификацией жизненных условий не только в западном мире, но и в глобальном масштабе эти потребности также становятся все ближе. При этом мало значения придается тому, откуда происходит правовая норма; главное, чтобы она подходила *функционально*. Этот тезис – который называется также *конвергентным тезисом* из-за утверждения, что «одинаковые условия и потребности облегчают или стимулируют появление одинаковых норм», – опирается, таким образом, исключительно на функцию. Тем самым правовые нормы рассматриваются практически

так же, как товары и платежи, к которым получают доступ соответственно потребностям и возможностям. Правовые нормы становятся в таком случае столь же глобальными, как гамбургер из Макдональдса или другие продукты.

Историческими случайностями, культурными особенностями, а также совершенно дисфункциональными заимствованиями права эта теория не может заниматься. Но нам как историкам приходится постоянно иметь дело со случайностями, особенностями и дисфункциональными феноменами.

Краткий обзор состояния научного изучения правовых заимствований дает следующие предварительные результаты:

1. Не имеется разработанной и общепризнанной теории касательно заимствования права.
2. Все предложенные теории не учитывают противоположное заимствованию явление, а именно традицию.
3. Соотношение права и общества как целостности остается неясным.
4. Проблематика заимствования находится под сильным политическим и идеологическим влиянием, поскольку она рассматривает автономию общества и его правовой культуры.

По крайней мере часть этого дефицита может теперь устранить теория, хотя это будет несколько сложнее. Но зато она, как я полагаю, обещает принести пользу в отношении точности и четкости исследования. Касательно проблемы заимствования права ее разрабатывал, прежде всего, Гунтер Тойбнер. Его теория очень богата идеями, поэтому в первую очередь я обращусь к ее постулатам.

1. Право во всех, во всяком случае во всех современных, обществах – обособленная социальная система.

Это означает, что общество способно, в принципе, отделить право от религии, от политики, от экономики. При этом не отрицаются взаимосвязи права, религии, политики и экономики. Речь идет только о том, чтобы определить, что является вопросом права, что вопросом власти, что вопросом прибыли или убытка; и о том, чтобы суметь подчинить эти различные вопросы и проблемы определенной функциональной системе, вследствие чего церковь не сможет брать на себя задачи юстиции, юстиция – задачи биржи, биржа – задачи парламента и т. д.

2. Обособленное право является автономным, «самовоспроизводящимся» правом.

Обособленное право обладает свойственной ему логикой, свойственными ему структурами и свойственной ему кодовой системой. Одни контакты между правом и беззаконием следуют за другими контактами между правом и беззаконием. Образуется специфическая юридическая традиция. Традиция, которая отличается от традиции в политике, науке или экономике. Решения по вопросам «право – беззаконие» не смешиваются с решениями о политической компетенции большинства или всех, об экономической целесообразности, о религиозных заповедях.

3. Обособленное, автономное и самовоспроизводящееся право имеет все же связи со своим окружением.

Слово «окружение» здесь употреблено не в экологическом смысле, а обозначает все социальные процессы, условия и события вне права. Например, политическая революция с точки зрения правовой системы является событием из ее окружения. Точно так же землетрясение или техническое изобретение, например железная дорога, являются событиями из окружения правовой системы. Не иначе обстоит дело с появлением «науки», с новыми экономическими приемами и обычаями, с учреждением университетов или введением государственной службы и бюрократии etc. Что самим правом не порождено, не контролируется и не принадлежит юридической системе связей, все это относится к окружению права.

4. Два вида связей права со своим окружением.

4.1. «Структурные соединения».

В большинстве современных обществ важнейшие социальные системы «договорились» и на длительный срок согласовались таким образом, что их структуры соответствуют друг другу и оказывают взаимную поддержку. Слово «правовое государство», например, указывает на такое структурное соединение: государство (= политика) соединяется с правом, а право связано с существованием государства, включая его властный потенциал. Также «договор» есть возможность надолго связать право и экономику. Ведь экономика не может ни планировать, ни зарабатывать, ни функционировать, если право не гарантирует – *pacta sunt servanda*. Соответственно, право имеет мало смысла и во всяком случае не может быть осуществлено, если нет денег, которые дает экономика. Ведь само право ничего не зарабатывает. Имеются ли в обществе и применяются ли структурные соединения, в которые должно быть перенесено чужое право, и каковы они, – это, вероятно, является одним из условий возможного успеха или неудачи при заимствовании. Так, к примеру, «автономия договоров» как гражданско-правовой принцип имеет, видимо, плохие шансы, если экономика не может гарантировать выплаты, то есть, собственно, рыночная экономика отсутствует. И также потерпит неудачу свобода завещаний, если семейные структуры базируются, например, на первородстве или социальная структура в целом имеет феодальные черты.

4. 2. «Случайности».

Но помимо прочных и длительных связей права со своим окружением в виде структурных соединений имеются происшествия, неожиданности, непредсказанные и непредсказуемые события, которые могут затронуть право, причем оно к этому не готово. Я упоминала уже технические изобретения, природные катастрофы, революции. Такие явления я объединяю под названием «случайности». Не потому, что они якобы необъяснимы: изобретения, революции и даже природные катастрофы имеют причины. Но потому, что *для права* они случайны, то есть они не правом порождены и намечены, так что их – иначе чем при существующих структурных соединениях – также нельзя без труда включить в его структуры, переработать и согласовать. Итак, как правовая система поступает со случайностями?

5. Реакции права.

Есть многое в мире, что оставляет право полностью безучастным. Право не заботит, расшифровываются ли гены, растут ли деревья, упала ли комета на Землю, вкусен ли воскресный кофе, а также разразился ли в Африке голод, достаточны ли запасы нефти etc. И все-таки все эти события могут – но не обязательно! – привести в движение и право, а в современном обществе, организованном как правовое государство, даже более, чем когда-либо. Ибо от права требуется, чтобы оно занималась и генной технологией, и охраной окружающей среды, и отражением опасностей, и обеспечением ресурсами, и миром между народами etc. Современное право стало восприимчивым к нарушениям, которые приходят из окружающего мира. Оно стоит перед жесткой необходимостью усвоить то, что оно само вовсе не породило. У него легко можно вызвать реакцию.

6. Заимствования как нарушения.

И теперь я перехожу, наконец-то, к концепции Тойбнера касательно правовых заимствований. Где бы в истории ни происходили правовые заимствования, там право уже имело. «Учредить» правовую систему, пожалуй, нельзя и уж ни в коем случае путем заимствования. Итак, при условии, что существует «традиционная» правовая система и она сталкивается с чуждыми ей нормами, правовыми приемами, правовыми концепциями, речь в таком случае идет, прежде всего, о «нарушении», реагировании. Это может быть вызвано политикой, которая предписала праву заимствование и просто его навязала. Оно может также прийти из экономики, которая повелительно взывает о «модернизации» и через свою практику – дальнюю торговлю, безналичные расчеты, кредиты – способствует появлению новых правовых форм. Оно может проистекать даже из науки, которая через основание университетов, литературу, теории, интернационализацию импортирует идеи, устанавливает стандарты, образует системы и тем самым влияет на юридические связи. Откуда бы ни происходил конфликт с новыми нормами, для тради-

ционного права он означает нарушение, реагирование, требование изменения и вместе с тем (часто нежеланное) приглашение к усиленной, ускоренной эволюции.

7. Реакция права на новшества.

Вместе с тем следует ожидать, что традиционная правовая система вовсе не будет реагировать на нарушения описанного рода или будет реагировать лишь очень медленно и поверхностно. Старые структуры могут быть очень живучими и сильными. Право склонно к консерватизму. Это будет одним из важнейших вопросов и в проекте «Правовые культуры современной Восточной Европы»: степень сопротивления и противодействия традиционных правовых систем, говоря эволюционно-теоретически, степень «стасиса», то есть отказа от изменения. Но вместе с тем можно также ожидать, что нарушения правовой системы чуждыми ей нормами и юридическими связями многое приведут в движение. Как это происходит, необходимо рассмотреть очень подробно. Несомненно, представление о так называемом *Legal Transplants* в духе Алана Уотсона – слишком простое. Уотсон, естественно, знает, что «трансплантированная» на свою новую родину норма является другой, новой нормой. Но *как* это происходит, остается неясным. Таким образом, необходимо рассмотреть точнее, как традиционная правовая система усваивает чужие, случайные для нее юридические связи. Одно кажется несомненным: усваивать и перерабатывать, интегрировать или отвергать чужое правовая система может только на основе своих *собственных* структур, а они ни в коем случае не являются такими же, как структуры той правовой системы, из которой происходят чужие нормы. Иначе эти нормы не были бы «чужими». Итак, необходимо будет рассмотреть, какое изменение или укрепление структур было вызвано реакцией на новшества и как в условиях, когда все системы склонны к неустойчивости, правовая система вновь стабилизируется.

8. «Нарушенное» право влияет на свое окружение.

Если в результате столкновения с заимствованиями правовая система приведена в движение, то вряд ли это может остаться без последствий для ее окружения. Ведь что есть право и что есть беззаконие, имеет значение не только для правовой системы, но и для остального общества. Если разрешают развод, то, возможно, жалуются религия. Запрещается ссудный процент – стонет экономика. Если уравнивают в правах мужчин и женщин, целые семьи приходят в беспорядок. Устанавливается независимость правосудия – обделенной чувствует себя политика; подчиняется право науке – целая прослойка не имеющих образования судей становится безработной и т. д. Вряд ли изменение в праве оставит незатронутым все без исключения. Нарушения общественного равновесия могут оказаться серьезнее, когда правовую систему полностью перестраивают на кодексы иноземного происхождения, на конституции из другого мира, на пандектную или иную «научную» систему, или же она сама себя перестраивает. Итак, необходимо рассмотреть, какие эволюционные процессы запускаются в результате правовых заимствований, каким образом они поддерживают друг друга или мешают и как общество стабилизируется после «шока» правового заимствования.

В качестве примерных руководящих идей не слишком простого исследовательского проекта могли бы, соответственно, послужить следующие:

1. Заимствование права ни в коем случае не означает перенос правовых норм один к одному в чужую правовую систему. *Legal Transplants* не являются механической передачей.

2. Заимствование права означает скорее нарушение традиционной правовой системы вследствие чужих юридических связей (включая законы).

3. Это нарушение правовая система может обработать только на основе своих *собственных* структур.

4. Вместе с тем успех и результат заимствования права определяется собственными «традициями».

5. Успех и результат заимствования права могут, со своей стороны, вызвать нарушения и реакции в окружающих право сферах.

6. Поэтому следует предположить, что заимствования права имеют значительный эволюционный потенциал не только для права, но и для общества.

Литература:

Legrand P. The Impossibility of «Legal Transplants» // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 1997. 4. P. 111 ff.

Legrand P. / R. Munday (ed.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transition*, Cambridge: UP, 2003.

Nelken D. / J. Feest (ed.). *Adapting Legal Cultures*. Oxford; Portland; Oregon, 2001.

Teubner G. Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes // Günter Dux und Frank Welz (Hg.) *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*. Opladen, 2001. S. 351–380. Gekürzte Fassung: Rechtsirritationen: Der Transfer von Rechtsnormen in rechtssoziologischer Sicht // *Festschrift Erhard Blankenburg*. Baden-Baden, 1998. S. 233–244.

Englische Fassung: *Legal Irritants: Good Faith in British Law Or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, *Modern Law Review* 61, 1998, 11–32 und in: Francis Snyder (Hg.) *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*. Hart, Oxford, 2000, 243–268 und in Peter Hall und David Soskice (Hg.) *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Oxford, 2001, 417–441.

Watson A. *Legal Transplants*. 2nd ed. Athens. Georgia, 1995.

M. T. FÖGEN

ASSIMILAZIONE DEL DIRITTO: INTRODUZIONE TEORICA

(RIASSUNTO)

Nella sua introduzione teorica M. T. Fögen rileva che nel corrente decennio il problema del rapporto tra la tradizione e l'assimilazione del diritto viene attivamente discusso in relazione ai processi di europeizzazione e globalizzazione. Nei suoi numerosi scritti Alan Watson ha studiato il fenomeno del trasferimento delle norme giuridiche attraverso il tempo e lo spazio, chiamandole *legal transplants*. Egli ha concluso che lo sviluppo del diritto succede di regola grazie a simili *legal transplants*, i quali a loro turno cambiano sotto l'influsso di quell'ambiente in cui vengono trapiantati. Pierre Legrand criticava la teoria di *legal transplants*, insistendo che in realtà sono impossibili siccome le norme giuridiche assimilate capitano sotto la diretta dipendenza dalla cultura giuridica, nei limiti della quale funzionano, il che in ogni caso concreto li rende del tutto particolari nel processo del loro utilizzo nella pratica giurisdizionale. A sua volta, anche Legrand è stato accusato, più di

tutti da Jim Witman, di essere troppo propenso ad uno sguardo obsoleto e romantico sulla presenza nella cultura di qualcosa di primario e non sradicabile. La teoria più bilanciata è stata proposta da Gunther Teubner, e proprio questa è diventata fondamento metodologico del detto progetto. Nei limiti di questa teoria si riconosce che i *legal transplants* non rappresentano un trasferimento meccanico delle norme giuridiche da un sistema del diritto in un altro sistema. L'assimilazione del diritto significa piuttosto il disturbo del sistema giuridico tradizionale in conseguenza di legami giuridici stranieri. Il sistema giuridico potrebbe elaborare il detto disturbo solo sulla base delle proprie strutture. D'altra parte, il successo e il risultato dell'assimilazione del diritto dipendono dalle tradizioni di ogni nazione. Da parte sua, il successo dell'assimilazione del diritto può disturbare i settori adiacenti al diritto, ecco perché si deve presupporre che l'assimilazione del diritto contenga un notevole potenziale evolutivo non solo per il diritto, ma anche per la società.