Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раймон Леже

ВЕЛИКИЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОСТИ

3-е издание,
переработанное

Wolters Kluwer

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищен авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ВВЕДЕНИЕ

1. Множественность правовых явлений. «Где общество, там право». Эта римская формула является общеизвестной. Но она не означает, что во всем мире существует только одно право. Она скорее предполагает, что с момента обретения обществом, каков бы ни был его размер, достаточной стабильности возникает право. Но история учит нас, что постепенно государства подчиняли себе право, даже если при этом они допускали определенные наднациональные нормы, а внутри страны дозволяли сосуществование нескольких правовых систем. Правовых систем, которые зависят от государств или признаются последними, очень много. Поскольку все они обладают определенными особенностями, что выражается в их закреплении самыми различными языками, изучение иностранного права становится настоящим приключением. Но это увлекательное приключение, отправиться в которое нам поможет помощь юристов, являющихся нашими проводниками.

2. Понятие правовой системы. Словосочетание «правовая система» используется большинством авторов для того, чтобы обозначить совокупность правовых норм, обеспечивающих разрешение вопросов, с которыми может столкнуться общество. Правовой системой чаще всего является право, применяемое в определенном государстве. Но понятия правовой системы и права определенного государства не являются идентичными, поскольку в рамках одного государства могут сосуществовать несколько правовых систем, в то время как одна правовая система может применяться несколькими государствами[1].

Существуют авторы, которые предпочитают использовать другие словосочетания. Однако термин «правовая система» лучше всего вызывает в сознании понятие, которое он означает, и поэтому он представляется нам достаточно подходящим для использования в качестве рабочего инструмента[2].

---

[1] Существует множество подходов к постижению сложного мира права, и не все юристы придерживаются единой терминологии. С нашей стороны мы будем верны той, которая используется многими юристами, считающими практичным и теоретически оправданным опираться на государства и правовые системы. См. в отношении других подходов: Le plurijuridisme, Travaux du 8 Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, P. Glenn, Legal Tradition of the world. Sustainable diversity of Law, 2000.

[2] См. ниже п. 130. Les Archives de philosophie du droit (Серия «Архивы философии права») опубликовали работу, посвященную правовой системе: François Terre, Le système juridi-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

3. В каком значении можно говорить о «великих системах» права? Все системы права заслуживают внимания исследователей. Но практики оказывают особое почтение лишь некоторым из них. И даже когда авторы принимаются за исследование, не имея каких-либо конкретных предубеждений, они быстро осознают, что в силу различных причин (исторического, политического, экономического и технического свойства) некоторые системы права важны не только сами по себе, но также и потому, что они помогают познать другие многочисленные системы, которыми они были заимствованы или скопированы. Как существуют одни языки, более распространенные, чем другие, даже если каждый язык имеет бесконечную значимость для человечества, так существуют и системы права, которые требуют к себе особого отношения и являются ключами к правовой жизни всего мира. Вот то, что вызывает в нашем сознании употребление словосочетания «великие системы права».

Но выбор такой системы всегда является спорным. Какая система оказывает наибольшее влияние? Сегодня говорить об этом весьма трудно, поскольку мы можем наблюдать сложное взаимодействие различных систем. Можно сказать, что США сначала заимствовали свое право, но сегодня некоторые американские институты перенимаются во всем мире. Влияние правовой системы может исчезнуть, а может изменить свою форму.

Выбор, несомненно произвольный, сделан в этой работе не только для того, чтобы ограничить рамки исследования, но также из-за учебных целей, поскольку, только поднимаясь по предложенным нами ступеням, можно развивать свои знания о правовых системах мира. «Великие писатели», «великие музыканты» являются образными выражениями, которые не могут быть точно определены, и каждый читатель, каждый меломан придает этим выражениям те содержание и объем, которые пожелает. Великие системы права! Далекие от всякой попытки иерархизировать системы права, мы остановили свой выбор на системах, изучение которых, как нам кажется, позволит человеку, знакомому только с правом своей страны, открыть двери в правовую вселенную.

4. Освещение настоящего прошлым. «Старые иски были уничтожены, но они властвуют над нами из своих могил». Это знаменитое выражение английского юриста XIX в. Мейтланда, который полагал, что даже если современному периоду предшествовали коренные реформы, необходимо всегда описывать наследие прошлого и там находить ис-

---

que, Paris, Sirey, 1986. Жерар Корню прекрасно показал последовательность и полезность этого понятия в своем «Гражданском праве», выбрав в качестве введения, которое касается права в целом, главу, посвященную «правовой системе» (*Gérard Cornu*. Droit civil, introduction, les personnes, les biens, Paris, Montchrestien, 11 éd., 2003, n. 9 et s.).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

точник, который имеет вневременно́е значение. Новой России, вставшей на путь правового государства, не следует слишком быстро забывать понятия, используемые в период с 1917 по 1991 год. Современные правовые системы (как это прекрасно иллюстрируют примеры Японии и Китая) часто просто «налагались» на общество, которое осваивало их весьма медленно. Необходимо, конечно, всегда изучать самые последние законы и постановления, но хорошо известно, что самый последний закон может быть подвергнут изменениям[1], а постановление, казавшееся важным, может быть проигнорировано новым постановлением. Что действительно важно, так это постигнуть идею, которая характеризует систему права, руководящие им внутренние механизмы. Именно поэтому весьма ценным оказывается обращение к работам, которые ставят на первое место национальную правовую культуру[2].

5. Выгода сравнительного метода. Можно приступить к изучению великих правовых систем с помощью различных методов. Существуют превосходные работы, которые избрали такой путь, при котором приоритет отдавался отдельному изложению каждой системы. Но возможен также более систематизированный подход, и именно на нем мы и остановим свой выбор. Он заставляет разделять исследование на части, в которых речь будет идти о нескольких системах одновременно. Нам кажется, что такой метод позволяет быстрее разглядеть самобытность каждой системы, о которой пойдет речь в исследовании. После того как Декарт поставил сравнение среди важнейших умственных операций, Лейбниц стал ратовать за использование сравнения для приобщения к юридической жизни мира. Опыт многих поколений юристов доказал плодотворность сравнительного метода для постижения правовых систем.

Можно, следовательно, полагать, что сравнительное правоведение, столь замечательно освещающее правовые системы, заслуживает того, чтобы, наконец, быть представленным самому себе. Приложение к этой работе пытается дать об этом первое представление[3]. Оно может быть

---

1 К апрелю 2004 г. новый Гражданский процессуальный кодекс России, принятый в 2002 г., уже стал предметом десяти поправок. А какой пример неустойчивости демонстрирует нам французский Уголовный процессуальный кодекс!

2 Со своей стороны мы предпочли вести наше исследование, опираясь на понятие правовой системы как на отправное понятие, понятие, носящее более технический характер, чем понятие национальной правовой культуры. Однако мы полагаем, что понятие национальной правовой культуры является не менее важным понятием и что государство должно стараться его признавать и придавать ему большую важность, чем элементам позитивного права (нормативным актам и судебным постановлениям), которые зачастую имеют лишь переходное значение.

3 См. ниже приложение 1.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

прочитано и сейчас. Но мы поместили небольшое введение в сравнительное правоведение в приложение потому, что, как нам кажется, читатель сначала предпочтет познакомиться с некоторыми правовыми системами, отличными от его собственной, а уже затем проявит интерес к историческому описанию «восхождения» к сравнительному правоведению и к изложению природы и функций сравнительного правоведения.

Однако, желая как можно скорее перейти к изучению самих правовых систем, мы все же должны принять во внимание некоторые наставления современных компаративистов, которые, занимаясь трудностями параллельного рассмотрения отдельных институтов, являющихся элементами правовых систем, научили нас характеризовать правовые системы как единое целое. Потому что постичь систему права означает прежде всего понять ее структуру, увидеть ее в конкретной исторической, политической и технической обстановке и уже затем приступить к изучению того или иного ее института, как это делают юристы-практики. Таким образом, мы просим сравнительное правоведение помочь нам в изучении великих правовых систем современности в двух аспектах — фундаментальном и вспомогательном.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Часть первая

ГЛОБАЛЬНЫЙ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПОДХОД К ПРАВОВЫМ СИСТЕМАМ

6. Английское, немецкое и французское право как первые ключи к правовой вселенной. Марк Ансель хорошо показал, что с концептуализацией понятия «правовая система» был достигнут значительный прогресс в области методологии.

«Сравнивать в праве» — словосочетание, восходящее к работе Ван дер Хельма и Мейера[1], — это прежде всего уметь определять место одних правовых систем по отношению к другим. После этого освещение правовых институтов будет более верным.

Поскольку определенные системы являются важными не только сами по себе, но также и из-за влияния, которое они оказывали или продолжают оказывать на другие системы, знакомство с наиболее влиятельными системами является особенно полезным, если не абсолютно необходимым этапом. Это знание проливает свет на юридическую географию, более того, оно позволяет составить классификацию, помогающую юристу ориентироваться в разнообразии правовых систем и параллельно рассматривать институты, изучению которых он посвятил свое исследование.

---

1 *A.J. Van der Helm, U.M. Meyer.* Comparer en droit: essai de méthodologie, 1991.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Чтобы облегчить введение в компаративистику, мы сначала представим, вооружившись сравнительным методом, три правовые системы, влияние которых признается единодушно: английское, французское и немецкое право.

Затем, опираясь на эти великие системы, мы подумаем над тем, как можно использовать сравнительный метод при изучении других правовых систем, уделяя наибольшее внимание тем системам, которые играют сегодня главенствующую роль.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Титул 1

ТРИ ОСНОВНЫЕ СИСТЕМЫ: АНГЛИЙСКОЕ, ФРАНЦУЗСКОЕ И НЕМЕЦКОЕ ПРАВО

7. Когда французский юрист, который питает привязанность к Германии и Англии и уже чувствует себя гражданином Европы, осознает, что для самых повседневных событий и сделок, каковыми являются купля-продажа или дорожно-транспортное происшествие, правовые квалификации не являются одинаковыми в Лондоне, Берлине и Париже, он задается вопросами: как это могло произойти, и может ли это так продолжаться? Поиск ответов на эти вопросы может стать первым шагом к компаративистике.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы

Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 1

ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ВЕЛИКИХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ ЕВРОПЫ: АНГЛИЙСКОЕ, НЕМЕЦКОЕ И ФРАНЦУЗСКОЕ ПРАВО

8. Историческая дифференциация европейского права. На заре второго тысячелетия право уже было очень дифференцировано. Там, где применялось римское право, существовала общая правовая система, в других местах все еще действовали племенные законы или обычаи, применявшиеся на очень ограниченной территории.

С конца XI в. в Англии началось формирование новой правовой системы, которая окажет влияние на весь остальной мир (это можно сравнить с формированием полюса в мире права, хотя в то время этого не понимали). На континенте — параллельно во времени — этот процесс также будет иметь место (в XII в., по крайней мере в сознании, начнется «возрождение» права), но великие правовые национальные системы Франции и Германии приобретут свои современные черты гораздо позже.

Раздел 1

ФОРМИРОВАНИЕ АНГЛИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Библиография. *J.-H. Baker.* An introduction to Legal History, 3 ed., Butterworths, 1990 — A. Bullier, La common law, Dalloz, 2002 — *R. David, H. Gutteridge et B.A. Wortley.* Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre, 1948 — *Danièle Frison.* Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne, Paris, Ellipses-Marketing, 1997 — *R.H. Helmhoz.* Canon Law and the Law of

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

England — *Lord Irvine de Lairg*. Le législateur, la liberté et le droit: le système britannique et le système français: D. 2003, chron. p. 2103 — *P. Legrand (ss dir.)*. Common law, d'un siècle l'autre, 1992 — *Henri Levy-Ullmqnn*. Le système juridique de l'Angleterre, rééd., Paris, Editions Panthéon-Assas 1999, préf. Louis Vogel — An introduction to British Law, Editions Nomos, Baden-Baden, 1994 — *Donald Poirier*. Introduction générale à la common law, Editions Yves Blais, Cozansville, 1995 — *H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf*. Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais, 1977 — *R.C. Van Caenegem*. The Birth of the English Common Law, 1973.

9. Английское право в строгом смысле слова. 1066, Гастингс — эта дата принадлежит Истории, эта дата принадлежит праву. Феодальный режим, учрежденный Вильгельмом Завоевателем в Англии, укрепил престиж и власть короля, тогда как на континенте королевская власть попиралась могущественными вассалами. Именно этот режим создаст правовую систему, призванную развиваться на протяжении тысячелетия.

То, что называют английским правом в строгом смысле слова, имеет весьма ограниченную сферу применения: Англия, Уэльс и Соединенное Королевство обладают различными правовыми системами, некоторые из которых, например правовая система Шотландии, обладают весьма примечательными особенностями в сфере правоприменения[1].

Если английское право и стало одной из главных правовых систем мира, то причиной тому служат политические и экономические основания и прежде всего его величайшая техническая ценность. Эту ценность английское право приобрело в значительной степени благодаря королевским судьям, которые век за веком создавали оригинальную систему общего права.

Англия и Уэльс являются странами общего права. Словосочетание «общее право» использовалось и часто продолжает использоваться сегодня для обозначения всего английского права. В действительности общее право представляет собой только один из сводов судебных решений, которые образуют английское право. Но в языке часто происходит так, что целое явление обозначается по названию его главной части. Можно догадаться, что термин «общее право» приобрел эту способность вызывать в сознании более широкое понятие, нежели то, что он обозначает на самом деле. Общее право станет первой и главной составляющей английского права, которое впоследствии дополнится двумя сводами дополнительных решений, конкурирующих между собой: правом спра-

---

1 О распространении английского права в Уэльсе, равно как и о причинах партикуляризма шотландского права, права англо-нормандских островов и в меньшей степени права Ирландии см.: *J.H. Baker*. An introduction to Legal History. 3 ed., Butterworths, 1990. P. 33 et s.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ведливости и статутным правом, оказывающими с конца XV в. такое же большое влияние на английское право.

§ 1. Формирование общего права (английского права после нормандского завоевания и до конца XV в.)

10. Когда словосочетание предшествует явлению, которое оно обозначает. Общее право, точнее общий закон в нормандском языке, является ли он правом общим для Англии и Уэльса? В определенный период истории так оно и было. Но в XII в. это словосочетание использовалось еще до того, как это общее право появилось, поскольку в Англии периода Вильгельма Завоевателя (Уэльс будет присоединен позже) право унифицировано не было. Здесь с давних пор существовало несколько законов (принятых королями Адельбертом Кентским, Альфредом Эссекским, Кнутом и Эдуардом Святым)[1], но подобная законодательная деятельность не препятствовала применению обычаев, большей частью неписанных и различающихся от одной местности к другой (для отдельных категорий лиц, например клириков, применялось каноническое право, которое не было местным, но общим для всей Римской церкви). Вильгельм, который представлял себя в качестве Короля и наследника престола, пообещал англичанам соблюдать их законы. Компетенцией по применению светского права обладали местные суды, церковные суды применяли каноническое право[2]. Города, которые получат право иммунитета, будут иметь муниципальные суды, в других местах созывались ассамблеи или сеньориальные суды для разрешения споров: административные и судебные функции различались пока с трудом[3].

Король являлся источником правосудия. И если поначалу он непосредственно отправлял правосудие по некоторым крупнейшим делам, то постепенно его суд расширил свою компетенцию до такой степени, что возникла необходимость создавать королевские суды, отличные от суда Короля в узком смысле. Именно королевские суды, которые получали все большее применение в ущерб обыкновенным судам, при вынесении своих решений ссылались на общее право, которого еще просто не бы-

---

1 *J.H. Baker.* Op. cit.

2 См.: *R.H. Helmhoz.* Canon Law and the Law of England.

3 См.: *J.H. Baker.* Op. cit. P. 9 et s. О так называемом англосаксонском праве см. также: *H.R. Loyn.* The Governance of Anglo-saxon England: 500—1075, 1984; *H.G. Richqrdson, G.O. Gailes.* Law and Legislation from Aethelbert to Carta, 1966.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ло[1]. Однако эти суды будут способствовать постепенному созданию этого права.

I. Созидательные силы общего права

11. Привлекательность королевского правосудия. Подданные королевства, независимо от своего звания, искали королевского правосудия, и Король с благосклонностью смотрел на развитие своей системы судов. Еще одной причиной возвышения королевских судов стало создание ими изощренной системы принятия дел к своему рассмотрению.

A. Королевские суды Вестминстера

12. От суда Короля к вестминстерским судам. Суд Короля, который не был, собственно говоря, юрисдикционным органом, должен был по общему правилу выносить решения только по делам общественного спокойствия и при наличии обстоятельств, препятствующих доступу к правосудию в компетентных судах[2]. Тем не менее частные лица часто изыскивали средства для обращения в этот суд. Суд Короля, объединявший вокруг Короля главных вельмож королевства, больше не справлялся со своими обязанностями: так появились королевские суды, которые скоро получат название вестминстерских судов.

Первый такой суд был образован в XII в. и поначалу обладал компетенцией по рассмотрению дел, касающихся королевских финансов[3].

Затем Генрих II во второй половине XII в. даст большой толчок развитию королевской юстиции. Он не только улучшил систему королевских передвижных судов, отправляющих правосудие в своих округах с участием суда присяжных для постановления решений по фактическим вопросам[4], но также принял меры для того, чтобы судьи всегда заседали

---

1 Институты, существовавшие до 1066 г., тем не менее воспринимаются некоторыми историками как подготовившие общее право (The common law emerged in the twelfth century from the efficient and rapid expension of institutions which existed in undevelopped form before 1066; *M. Baker*. Op. cit. P. 14).

2 На смену местным судам англосаксонского периода (*Hundred Courts, County Courts*) с развитием феодализма придут сеньориальные суды (*Courts Baron, Manorial Courts...*), применяющие местный обычай. Церковные суды применяли каноническое право.

3 Феодальный суд, кажется, был первым образованием, закрепившимся на местах.

4 В 1166 г. закон, получивший название *Assize of Clarendon*, сыграл решающее значение для установления в английском праве специфичной модели уголовного процесса: trial (см.: *J.R. Spencer*. La procédure pénale anglaise, PUF, 1998, который, в частности, пишет: Assize of Clarendon установил систему, согласно которой каждая местность была обязана сформировать суд присяжных (сначала из 12 человек для каждого округа, затем из 24 человек, представлявших все графство), чтобы представать перед королевскими судьями на случай контрольных проверок, которые они регулярно осуществляли на тер-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

для рассмотрения дел в Лондоне и могли выносить решения в отсутствие Короля, обращаясь к нему лишь по самым сложным делам. С тех пор Королевский суд, или Скамья, будет постоянно заседать в Вестминстере, а впоследствии произойдет разделение двух судебных структур: суды общих дел, к которым на первых порах отойдут земельные споры, и Суд королевской скамьи (или Королевы)[1], которому будут подсудны дела о наиболее тяжких преступлениях.

13. Характерные черты вестминстерских судов. Некоторые отличительные черты судов, отделившихся от Суда Короля, помогут лучше понять их работу.

Эти суды, не будучи суверенными судами, сумели утвердить свою независимость. Они не являлись суверенными, потому что Король сохранял свои полномочия в сфере правосудия; более высокими полномочиями в этой сфере обладал и Парламент (эти полномочия впоследствии будут осуществляться только Палатой лордов, однако они долгое время принадлежали и Палате Общин). Тем не менее благодаря качеству судейской работы, а также причинам политического характера королевские суды Вестминстера будут отправлять правосудие, руководствуясь собственным пониманием общего блага.

Королевские суды, первоначально наделенные специальной компетенцией, постепенно станут конкурировать друг с другом, поскольку они заставили признать свое полномочие по разрешению любого дела, попадающего под юрисдикцию королевских судов.

Эти суды обладали исключительной юрисдикцией по небольшому кругу дел, тогда как местные суды обладали общей компетенцией (хотя королевские суды могли осуществлять контроль за местными судами)[2]. Они даже не были единственными судами своего рода, поскольку иные судебные органы (Звездная Палата, Суд адмиралтейства)[3] также обладали определенными полномочиями в данной сфере, по крайней мере в отдельные периоды истории. И хотя их свойство исключительных су-

---

ритории различных графств, и сообщать им под присягой о всяком лице, обвиняемом или подозреваемом в грабеже, убийстве, краже или в укрывательстве этих преступлений).

1 Потребовалось время, чтобы эти обозначения установились на практике, однако впоследствии они сохранятся вплоть до конца XIX в.

2 См.: *R.C. Van Caenegem.* The Birth of the English Common Law. P. 26.

3 О различных судах см.: *J.H. Baker.* Op. cit. P. 135 et s. Следует также подчеркнуть важность мировых судов, которые сохранятся на протяжении многих веков. Мировые судьи поначалу были «местными рыцарями короля, на которых он возлагал ответственность за поддержание мира в графстве» (*J.R. Spencer.* Op. cit. P. 9). Закон, который будет регулировать их деятельность *(Justice of the Peace Act, 1361)*, все еще остается в силе, разумеется, будучи измененным и дополненным.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

дебных органов сохранилось до 1875 г., когда произошла судебная реорганизация, вестминстерские суды в течение долгого времени будут разрешать большую часть дел благодаря своей выдающейся практике, сыгравшей решающую роль в образовании общего права.

Б. Искусное использование королевскими судами техники принятия дел к своему производству

14. Частные лица обычно не могли обращаться в королевские суды, поэтому существовало два приема, позволяющих принимать такие дела к своему производству. Именно искусное использование этих приемов, расширяющих компетенцию королевских судов, обеспечило появление общего права.

15. Способы принятия дел к своему производству. Выдача приказа является наиболее значимым приемом принятия дела к своему производству.

Приказ является распоряжением Короля. Частное лицо, нуждающееся в отправлении правосудия, — которое мы бы назвали сегодня истцом, — обращалось к одному из высших чиновников Короля — к канцлеру. Если последний находил ходатайство обоснованным, он выносил от имени Короля распоряжение, требованиям которого должно было подчиниться лицо, которое мы бы назвали ответчиком. Это письменное распоряжение и называлось приказом. Документ, обладающий силой королевского распоряжения, устанавливал также, что приказ может быть отменен, если в обозначенный Королевский суд будут предоставлены доказательства невиновности в установленный для процесса день. Если бы мы искали современный аналог во французском праве, то такой способ принятия дела к своему производству больше характеризует административное, чем гражданское судопроизводство.

Равным образом суды утвердили практику принятия дел к своему производству в тех случаях, когда жалобы или ходатайства подавались им непосредственно (когда истец излагает факты перед судом, который решает, следует ли ему принимать дело к своему производству или нет). Историки полагают, что некоторые разновидности приказа появились именно в связи с подобной практикой[1].

16. Эволюция. Какова бы ни была роль способов принятия дел к своему производству, компетенция королевских судов расширилась до такой степени, что местные суды во многом потеряли свое значение[2].

---

[1] См.: *R.C. Van Caengem.* Op. cit. P. 56.

[2] Тем не менее очень сложно описать этот закат во времени и пространстве.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Причины эволюции были различными. Частные лица высоко оценили работу суда присяжных по определению фактических обстоятельств дела в процессе, разворачивавшимся в королевских судах. Эти суды основывали свои решения на системе доказательств, в которой главную роль играли свидетельские показания под присягой, в то время как в местных судах все еще господствовали иррациональные доказательства во главе с системой ордалий; в королевских судьях тяжущиеся видели судей высокой квалификации и считали, что исполнение решений, вынесенных от имени Короля, будет более быстрым. Канцлер и королевские судьи полагали, что расширение компетенции вестминстерских судов увеличивает их престиж и доходы.

Для объяснения технической стороны эволюции было выдвинуто несколько предположений.

До недавнего времени считалось, что такое развитие прекрасно объясняется появлением круга дел, по которым происходило систематическое наделение приказом. После ограничения этого круга дел по просьбе феодалов, которые видели в нем ограничение своей юрисдикции[1], стала использоваться формула *in consimili casu*, предусмотренная Вторым вестминстерским статутом 1285 г.[2]

Сегодня превалирует другая концепция, согласно которой непрерывное развитие компетенции королевских судов происходило благодаря самим королевским судьям, принимавшим к своему рассмотрению иски, основанные на фактических обстоятельствах *(actions super casum)*, выходящих за рамки круга дел, по которым мог предоставляться приказ[3].

II. Основные элементы общего права

17. Как освещаются ранние этапы развития общего права. Мы видели, что с момента своего происхождения общее право представляет собой оборот речи, но не правовую систему, поскольку ее еще просто не существовало. Она сформировалась весьма оригинально.

Первые века английского права освещаются в многочисленных документах. Прежде всего, это судебные документы: архивы судов (некоторые являются очень древними, например, архивы нормандских су-

---

1 Во времена Хартии 1215 г. Иоанн Безземельный, который должен был пойти на уступки в пользу своих мятежных вассалов, принял обязательство, согласно которому королевские суды больше не будут расширять своей компетенции.

2 Королевское обязательство не соблюдалось, и Второй вестминстерский статут его возобновил: судебные приказы будут выдаваться только в определенных случаях или *in consimili casu* (в схожем случае); это была открытая дверь, проникновение юристов через которую не составляло большого труда.

3 Рене Давид остановился на этом объяснении.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

дов), сборники судебных решений (знаменитые Ежегодники), сборники, составленные адвокатами как для личного пользования, так и для извлечения дохода. Это также труды юристов, например работа Глэнвила, относящаяся к концу XII в. (1190), и Брэктона[1], датируемая XIII в. (1268).

Общее право начинает существовать как совокупность процессуальных положений. Но постепенно будут умножаться и решения по существу. Все это вместе с некоторыми техническими приемами, ограничивающими самоуправство, сформирует систему права.

Приведем емкую формулу Рене Давида, которая может послужить определением:

«...общее право, создаваемое судами от решения к решению, является результатом работы ума, выражающего чувство справедливости, и благоприятной политической обстановки XIII века, который стал веком его создания»[2].

A. Общее право как совокупность процессуальных решений: «средства защиты предшествуют праву»

18. Процесс предшествует материальному основанию иска. Мэйн выразил эту мысль в ставшей знаменитой формуле: «рождение английского права происходило через утробы процесса»[3].

Поскольку на протяжении веков число исков являлось относительно ограниченным[4], главной проблемой лица, добивавшегося выдачи приказа или подачи своего заявления непосредственно в суд, было отыскать возможность для рассмотрения его дела одним из королевских судов.

Но для дела, уже принятого к рассмотрению судебными органами, процессуальные вопросы все еще оставались приоритетными, поскольку каждый иск рассматривался в соответствии с определенной процедурой, предполагающей различные подходы к доказательствам и допускающей в большинстве, но не во всех случаях[5], участие суда присяжных. Отсюда понятно, что для английских юристов процессуальные вопросы в течение долгого времени доминировали над вопросами материального права.

При этом некоторые формы исков играли главенствующую роль. К ним относятся приказы, касающиеся различных разновидностей нарушения

---

1 Генри Брэктон (1200—1268) являлся одновременно духовным лицом и судьей Королевской скамьи. В его работах содержится формулировка, воспроизведенная лордом Деннингом в: What new in the law? (Король не подчиняется никому, кроме Бога и Права).

2 *R. David.* Cours polycopie de droit comparé 1961—1962, Paris. P. 49.

3 *H. Maine.* Early law and custom, 1889. P. 389.

4 Документ XII в. описывал 56 формул судебных приказов, в 1832 г. их насчитывалось лишь на 20 больше.

5 Формализм был страшным.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

владения, которые получили широкое применение и, став источником для новых форм исков и получив определенную автономию, все же сохранили следы своего происхождения. Материально-правовые нормы, которые на континенте очень рано приобрели роль фундаментальных правовых принципов, получат свои эквиваленты в английском праве только вследствие долгой эволюции практики применения судебных приказов.

19. Пример с развитием договорной защиты. Примером тому служит обязательная сила договора[1]. Если начиная с раннего средневековья на континенте, по экспрессивному выражению Луазеля[2], «быков вязали рогами, а человека словами», то в Англии XII в. по общему правилу частные соглашения не защищались сами по себе.

Контрагент, который был недоволен неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, должен был, таким образом, установить, имеется ли подходящий приказ для обращения в суд: таким судебным приказом мог стать *writ of debt* или *writ of convenant* при условии составления документа, отвечающего определенным формальным требованиям. Но для истца такие формы судебного приказа оказывались вдвойне неэффективными: они не позволяли ему принудить ответчика явиться в суд, в то время как не существовало возможности вынесения заочного судебного решения; процесс по таким судебным приказам строился на основе иррациональных доказательств. Применение же приказа из нарушения владения[3] оказывалось хорошим способом обойти эти неудобства, поскольку ответчик, не явившийся в суд, мог быть арестован и принудительно доставлен в суд; фактические обстоятельства в данном процессе устанавливались судом присяжных, а процесс доказывания строился на свидетельских показаниях. Хотя в этих случаях судьи и персонал судов получали вознаграждение от истцов, именно последние получали выгоду от адаптации данной формы исков.

На практике использование приказа из нарушения владения вскоре стало настолько популярным, что через несколько веков все виды нарушений контрактов стали преследоваться данным иском. Процесс эволюции проходил с определенными перипетиями: в рамках договорной защиты, предоставляемой судебным приказом из нарушения владения, выделился иск, именуемый *assumpsit*, хотя и к этому иску в течение дол-

---

1 Несколько работ прекрасно продемонстрировали это для франкоязычных читателей, получивших романо-германское образование: *R. David, D. Pugsley, F. Grivart de Kertrat.* Les contrats en droit anglais, 2 éd., 1985.

2 *Loisel.* Institutes coutumières.

3 Этот судебный приказ, известный с давних времен, позволял осуществлять преследование против лица, посягающего на личность или имущество другого лица (тот, кто не исполнял договор или исполнял его ненадлежащим образом, зачастую являлся нарушителем владения или мог считаться в качестве такового).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

гого времени применялись некоторые нормы, касающиеся приказа из нарушения владения[1]. После знаменитого решения по делу Слэйда[2], вынесенному в 1602 г., где речь шла об уплате цены за урожай, можно считать, что договорная защита расширилась до такой степени, что могла быть сопоставима со своим аналогом на континенте.

В развитие темы можно привести множество других примеров, среди которых особого упоминания заслуживает иск о защите личности, являющийся одновременно политическим и правовым принципом[3].

Б. Общее право — это и совокупность решений по существу

20. Как быть с материальным правом? Когда, преодолев процедурные сложности, королевские суды принимали дела к своему рассмотрению, их еще следовало правильно разрешить. Мы упоминали про общее право, древний сборник обычаев королевства, но тогда эта была лишь фикция. На первом этапе, который, впрочем, был довольно продолжительным, судьи сами принимали решения, однако речь не идет о произволе. При обнаружении пробела в праве судьи принимали решение, которое казалось им разумным. Без сомнения, судьи искали справедливого решения, но при этом они не только принимали во внимание интересы сторон, но и руководствовались велениями общего интереса и безопасности правовых отношений.

В техническом плане судьи были свободны в обосновании того или иного решения и могли применять местные обычаи, ссылаться на решения римского или канонического права[4], принимать новые решения, опираясь на то, что казалось им обоснованным. Но если принимать во внимание всю совокупность решений, то можно отметить, что в отличие от континентальной Европы римское право было воспринято английскими судами в ограниченной степени. Помимо прочего, это можно объяснить и тем, что на континенте римское право использовалось в его материально-правовых аспектах, в то время как английское право было преимущественно процессуальным; равным образом римское право было воспринято на континенте как право частное, в то время как в английском праве на начальном этапе доминировали аспекты публичного права. Тем не менее меру воздействия римского права определить довольно сложно. Не руководствовались ли английские судьи решениями

---

1 См.: *R. David, D. Pugsley, F. Grivart de Kertrat.* Les contrats en droit anglais, 2 éd., 1985.

2 1602 4 Co, Rep; 91a.

3 См.: *B. Delignieres.* Le Writ d`Habeas Corpus en droit anglais, thèse, Paris, 1950.

4 См.: *J. Martinez-Torron.* Anglo-American Law and Canon Law, Canonical Roots of the Common Law Tradition, Berlin, Duncker & Humbolt, 1998.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

римского права, когда говорили о пресловутой разумности? Именно так полагал Рене Давид[1], тем более что римское право очень рано стало преподаваться в Оксфорде и Кембридже.

Во всяком случае существуют некоторые параллели между развитием римского и английского права, параллели на уровне метода и духа правовых систем, которые ставили на первое место процессуальные вопросы и следовали казуистике[2]. Таким образом, наше утверждение о том, что именно континентальные системы права взяли на вооружение истинное наследие римского права, будет представлять собой парадокс, который, тем не менее является отражением действительности. Такое утверждение соответствует действительности только в том, что касается вопросов материального права. Сходство же развития римского и английского права также является реальным, но непреднамеренным, поскольку вестминстерские суды не стремились подражать деятельности преторов.

B. Общее право — это, наконец, метод, согласно которому судьи отыскивают применимое решение в прецедентах

21. ***Stare decisis.*** Сложно определить точно, как возник этот метод. Судьи, желающие избежать произвола, вероятно, стали сами подчиняться прецедентам[3]. Затем доктрина *stare decisis* станет обязательной нормой[4], которая прекрасно характеризует стиль работы английских юристов.

§ 2. Эволюция английского права с конца XV в.: параллельное существование общего права, права справедливости и статутного права

22. Дополнительные своды английского права. В тот период, когда общее право стало правовой системой, английское право было далеко от своего современного облика. На втором этапе его истории в со-

---

1 См.: *R. David, H.C. Gutteridge et B.A. Wortley.* Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre, 1948.

2 См.: *K. Zweigert et H. Kotz.* Op. cit. P. 195.

3 В работе: *What new in the law* (Butterworths, 1982, p. 5) лорд Деннинг воспроизводит пассаж из работы Генри Брэктона, составленной около 1250 г., где описано около 2000 дел: *Si tamen similia evenerint, per simile judicentur, cum bona sit occasio a similis procedere ad similia.* Лорд Деннинг перевел его следующим образом: Если имел место похожий случай, то и разрешаться он должен одинаковым образом. Поэтому будет правильным переходить от прецедента к прецеденту.

4 Тем не менее следовало дожидаться до XIX в., когда Палата лордов узаконила эту норму.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

став английского права войдут две новые составляющие, развитие которых могло бы стать для общего права фатальным: сначала это будет свод судебных решений, который станут называть правом справедливости, а затем наступит очередь писаного статутного права, которое со временем будет обретать все большую силу.

I. Появление права справедливости и его интеграция в английское право (английское право конца XV — первых реформ XIX в.)

23. Причины появления права справедливости. Появление наряду с общим правом свода судебных решений, обладающих совершенно иным характером, образует в истории английского права живописный поворот, который мог бы подорвать авторитет общего права, но который, в конце концов, несомненно, укрепил его[1].

A. Развитие права справедливости

24. Даже после нескольких веков развития общее право было далеко от того, чтобы во всех случаях предоставлять частным лицам желаемую судебную защиту. В силу условий своего формирования и развития общее право, очень казуистичное и формализованное, содержало множеств лакун и допускало в качестве санкции за нарушение субъективного права только присуждение в виде денежной суммы. Поскольку в силу действующих принципов Король сохранял полномочие выносить решения лично, даже после делегирования им судам своих полномочий по отправлению правосудия случались ситуации, когда частные лица, не добившиеся правосудия в судах общего права, вновь обращались к Королю. Последний или действовавший от его имени канцлер давал ход таким заявлениям, в результате чего возник новый свод судебных решений, который будет непрерывно развиваться.

1. Правосудие канцлера с XIV в. до Войны Алой и Белой Розы

25. Полномочия канцлера. Атакуемый поданными, требующими от него свершения правосудия вследствие недостатков общего права, Король мог, прежде всего, самостоятельно вынести решение. Но когда

---

1 Несколько крупных работ позволяют познать то, что явилось решающим периодом для формирования современной структуры английского права, в частности: *E. Coke.* Institutes of the Laws of England, Blackstone (1723—1780), Commentaries of the Laws of England.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

количество дел стало слишком большим, на что повлиял и кризис местной юстиции, рассмотрение дел было поручено канцлеру.

Канцлер представляет собой весьма значимую фигуру, являясь первым сановником Короля. В течение долгого времени (до 1529 г.) он был исповедником Короля, и о нем говорили как о совести Короля. Хранитель печати королевства, он играл главную роль в Королевском совете, которому и были адресованы петиции и жалобы.

Постепенно решения, которые выносились канцлером или по его поручению, стали играть роль поправок к общему праву, поправок особенно эффективных, так как канцлер, выносивший решение от имени Короля, мог присудить к совершению действия или к бездействию, обязать к исполнению обязательства в натуре. До Войны Алой и Белой Розы это были решения по справедливости, поскольку они действительно искали справедливости в каждом случае, были исключительными. Канцлер никоим образом не являлся самостоятельным судьей.

2. Появление суда справедливости в начале Войны Алой и Белой Розы

26. Переход к организованной судебной системе. Во второй половине XV в. династическая война на несколько лет парализовала деятельность короля. Речь идет о Войне Алой и Белой Розы (1450–1485), в которой Король Генрих V (на гербе Ланкастеров роза была красной) противостоял претенденту на престол Эдуарду Йоркскому (на семейном гербе которого роза была белой). Канцлер укрепил свои полномочия и по поручению Королевского совета стал выносить решения в качестве самостоятельного судьи.

Справедливость тогда поменяла свой характер. Вместо поиска решения, которое по справедливости разрешало бы данное конкретное дело, канцлер выносил решения, как если бы имелась настоящая правовая система в дополнение к общему праву. В конце XVI в. Суд канцлера стал настоящим судебным органом, который также заседал в Вестминстерском дворце и разрешал все большее количество дел.

Выносимые решения порывали с решениями судов общего права, поскольку они были больше пропитаны духом римского и канонического права. Применяемые процедуры также противостояли по всем пунктам: устная, публичная, обвинительная, допускающая вмешательство суда присяжных в судах общего права и письменная, тайная, инквизиторская и не допускающая участие суда присяжных в Суде канцлера. *Equity acts in personam* (канцлер вмешивается по просьбе лица). Скоро право справедливости станет представлять собой угрозу для общего права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Параллельное существование общего права и права справедливости

27. «Война юрисдикций». Суды общего права в течение долгого времени относились к развитию полномочий канцлера, как если бы речь шла о том, что канцлер, выносящий приказы, действует в их пользу. Но когда они осознали угрозу для своего существования (если бы право справедливости продолжило свою экспансию, привело бы это к уничтожению общего права?) и когда по политическим причинам они вступили в конфликт с Судом канцлера (суды общего права взяли под свою защиту демократические идеи, а Суд канцлера защищал королевский абсолютизм), их реакция была сокрушительной.

С конца XVI в. суды общего права приложили все усилия для того, чтобы ограничить юрисдикцию канцлера (для перехвата дел из юрисдикции канцлера иногда использовался приказ о неприкосновенности личности). Расстановка сил к началу XVII в., когда обострение отношений между судебными органами достигло своего предела, была следующей: королем был Яков I Стюарт, который унаследовал от своих предшественников Тюдоров абсолютную концепцию власти, главой судов общего права был сэр Эдвард Коук[1], канцлером — лорд Элесмер.

Чтобы понять всю серьезность кризиса, следует упомянуть о том, что решения суда канцлера не исполнялись напрямую. Если частное лицо отказывалось им подчиняться, именно суды общего права должны были его к этому принудить, вынося решение о тюремном заключении или наложении секвестра. Тогда судьи общего права в период обострения отношений между ними и судом канцлера заявили, что они не будут осуждать лиц, не исполняющих решения Суда канцлера, и что они будут рассматривать действия лица, воспротивившегося уполномоченному чиновнику канцлера, как действия, совершенные в состоянии необходимой обороны (доходило до того, что чиновников канцлера убивали).

Король должен был вмешаться, и он принял меры, чтобы заставить суды общего права уступить[2]. Но канцлер, даже вкусив радость победы, предпочел благоразумную политику: в 1621 г. он допустит обжалование решений Суда канцлера в Палате лордов. Кроме того, юрисдикция Суда

---

1 Сэр Эдвард Коук (1552—1634) является крупнейшей личностью в политической и правовой истории Англии. Для лорда Деннинга, который ставит его в число великих реформаторов (What new in the law, Butterworths, 1982. P. 8), он представлял собой странную смесь: как генеральный атторней он был безжалостен и несправедлив; как председатель суда он был мудрым и справедливым. Но славу ему принесли правовые работы.

2 Это было знаменитое дело, которое предоставило место «арбитражу» Короля. См.: *J. Beaute.* Un grand juriste anglais: Sir Edward Coke (1552—1634). Ses idées politiques et constitutionnelles, 1975.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

канцлера прекратила свою экспансию на компетенцию судов общего права при условии сохранения существующего разграничения полномочий.

1. Преобладание общего права

28. «Справедливость следует за правом». Таким образом, общее право будет оставаться сводом основных судебных решений английского права, признавая определенную компетенцию за правом справедливости.

Право справедливости предстанет только как свод дополнительных решений.

В первой половине XVII в. решения права справедливости можно было постигать только со сводом решений общего права, в который они вносили исправления и дополнения. Справедливость следует за правом! К тому же только в начале XIX в. была проведена систематизация решений права справедливости, осуществленная благодаря лорду Элдону (канцлер в период 1801–1806 гг., затем 1807–1827 гг.). Таким образом, можно было требовать исполнения в натуре договорного обязательства на основании решения права справедливости только при условии, что это обязательство пользовалось защитой общего права. Но право справедливости не могло снабдить принудительной силой обязательство, которому общее право отказало во всякой форме существования.

2. Дальнейшее развитие общего права

29. Динамизм общего права. Сначала в общее право будут включены институты, не охваченные им ранее: так произойдет с торговым правом, которое лорд Мэнсфилд[1] в XVIII в. признает составной частью общего права.

Затем общее право претерпит значительную эволюцию благодаря замечательной работе английских юристов[2], изяществу их анализа, мастерству в проведении отграничений. Тем не менее его норм по-прежнему будет недостаточно, что объясняет эффектное появление в XIX в. писаного статутного права и его дальнейшую эволюцию.

---

1 Уильям Мюррэй, который станет лордом Мэнсфилдом (1705–1799), был шотландцем, однако он навсегда покинул Шотландию, когда ему было 14 лет. Лорд Деннинг высоко ценил этого практика, не написавшего ни одной книги. Он разработал правовые принципы, которые стали достоянием правового мира (What new in the law: op. cit. P. 21). Он явился основателем торгового права не только Англии, но и всего мира (What new in the law. P. 22). Лорд Мэнсфилд любил студентов и привлекал их к работе в суде, в котором он председательствовал (Королевской скамьи).

2 Следует напомнить значимость работы сэра Уильяма Блэкстоуна (1723–1780). Лорд Деннинг писал по поводу его Комментариев английских законов (*Commentaries on the Laws of England*): это величайшая работа по праву в истории (What next in the law, op. cit. P. 15).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Модернизация английского права начиная с 1832 г.

30. Новый поворот в развитии английских институтов. 1832 год сохранится в памяти как отправная точка второго этапа в череде веков, когда общее право должно было вновь вступить в переговоры с правовыми системами, представляющими для него угрозу. Именно 1832 год отмечен усилением демократии в стремительно меняющемся обществе. Руководящие идеи не всегда будут одинаковыми (либеральные идеи в определенные периоды будут заменяться на идеи социалистические), но, начиная с этого периода и до наших дней, они будут оказывать существенное влияние на право. Во время этого более чем полуторовекового периода две большие тенденции, в определенной степени перекрывающие друг друга, будут служить источником развития для английского права: с одной стороны, это развитие писаного права, которое становится важной составляющей английского права, с другой стороны, это модификация судоустройства и процессуальных институтов под влиянием потребностей современного общества. За пределами чисто правовых изменений необходимо отметить и те, которые являются следствиям вступления Великобритании в европейские институты.

A. Появление писаного права

31. Статутное право. Парламентарный режим Соединенного Королевства является разновидностью конституционной монархии. Король или Королева воплощают государство (корону), но исполнительная власть осуществляется правительством, которым руководит премьер-министр, являющийся обычно лидером партии, победившей на выборах в Палату общин. Парламент, наделенный законодательной властью, состоит из Палаты общин (659 депутатов, избираемых на основе всеобщего избирательного права по мажоритарной системе) и Палаты лордов (подвергнутой несколько лет назад значительному реформированию), которая объединяет знать и которая до завершения указанной реформы совмещала важные политические и судебные функции.

Законы, принимаемые посредством голосования в парламенте, всегда играли определенную роль (так, при Генрихе II и Эдуарде I законодательным путем были проведены великие реформы). Но ни количество законов, ни механизм претворения их в жизнь не могли привести английских юристов к тому, чтобы увидеть в писаном праве действительно важный свод правовых постановлений. Когда Бентам (1748–1832) умножил выпады против существующего права и стал ратовать за проведение кодификации, он столкнулся с оппозицией большинства юристов своей страны. Предложение осуществить кодификацию, сделанное им в 1811 г. Президенту Соединенных Штатов Мэдисону, не имело про-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

должения. Тем не менее у Бентама будут последователи[1]. Со временем количество законов будет непрестанно увеличиваться, изменится и менталитет.

1. Применение писаных нормативных актов, в частности статутов

В двух последних третях XIX в. и в XX в. парламент принял большое количество законов, и постепенно стали осознавать, что именно закон может обеспечить модернизацию и прогресс права[2].

Некоторые законы воспроизводили решения общего права, делая их более ясными и понятными (так называемые закрепляющие законы): таков Акт о продаже товаров 1893 г., измененный в 1979 г., который стал важным этапом в развитии права купли-продажи.

Другие законы реформировали некоторые аспекты традиционных институтов, не приспособленных к жизненным реалиям.

Но были и такие, которые создавали новое право: в сфере трудовых отношений и социального благосостояния базовые юридические положения явились результатом парламентской деятельности (Закон 1942 г., который создал Национальную службу здравоохранения, является примером таких инновационных законов).

Современные акты часто являются результатами деятельности известных юристов, призванных заседать в официальных комиссиях с временными функциями. Но чтобы содействовать лучшему правотворчеству, в 1965 г. была создана постоянная Комиссия по законам. Закон, который она разработала (Акт 1965 г. о Комиссии по законам), определил ее функции: она должна была добиваться упрощения, модернизации права, подготавливая в случае необходимости кодификацию определенной области. Ряд актов уже являются результатом ее работы, многие реформы еще ожидаются в скором будущем.

2. Истинное значение писаного права

Исказило ли статутное право природу английского права, уничтожив его судебный характер? Утверждать подобное не представляется возможным. Английские нормативные акты составляются таким образом, чтобы они могли быть легко интегрированы в правовую систему, большинство понятий и положений которой содержится в решениях

---

1 См.: *G.-J. Postema*. Bentham and the Common Law Tradition, 1986. Однако современные юристы сдержанно относятся к Бентаму. Лорд Деннинг заявил, что не слишком высоко ценит человека, который был слишком претенциозным. Кажется, в правовой франкоязычной литературе к Бентаму относятся с большим достоинством (*G. Tusseau*. Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique, L'Harmattan, 2001).

2 См.: *Jackson*. The machinary of justice, 7 ed., 1977.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

судов (можно проследить аналогию с французским административным правом, которое, несмотря на изобилие нормативных актов, покоится главным образом на постановлениях Государственного Совета). Бесспорно, однако, что роль писаного права существенно возросла, и это уже давно не вызывает никаких сомнений в среде современных английских юристов. Достаточно привести перечень законов, принятых в последние 10 лет, которые дали новые ответы на проблемы, существующие в обществе. Помимо крупных нормативных актов, касающихся реорганизации политических институтов (Акт о Палате лордов 1999 г.), децентрализации (Акт о Северной Ирландии 1998 г., Акт о Шотландии 1998 г., Акт об управлении Уэльсом 1998 г.), европейской интеграции (Акт о правах человека 1998 г.), международного сотрудничества (Акт о международном сотрудничестве в борьбе с преступностью 2003 г., Акт об экстрадиции 2003 г.), существуют важные распоряжения, посвященные вопросам гражданского права (Акт об усыновлении и детях 2002 г., Акт о земельной регистрации 2002 г., Акт о банкротстве 2000 г.), уголовного права (Акт о половых преступлениях 2003 г., Акт о транспортных преступлениях 2001 г., Акт о безопасности и борьбе с терроризмом 2001 г.), судоустройства (Акт о судах 2003 г., Акт об уголовной юстиции 2003 г., Акт о реформировании полиции 2002 г., Акт о доступе к правосудию 1999 г., Акт об уголовном процессе 1997 г., Акт об уголовном процессе и расследовании 1996 г.)! Этот перечень не носит исчерпывающего характера.

Б. Реформа судов и судопроизводства

32. Модернизация правосудия. Иллюстрацией к процессу модернизации английского права, совершаемому посредством закона, является реформирование судебных институтов. Начиная с XIX в. система судов и судопроизводства была подвергнута грандиозным преобразованиям, целями которых являлись упрощение правосудия и оказание содействия судьям в выполнении своих функций.

1. Реорганизация судебной системы

Сложность и одновременно неполнота судебной организации в начале XIX в. давали место многочисленной критике. Больше не существовало местных судов, хорошо приспособленных к нуждам тяжущихся. Длительное сосуществование различных судебных систем являлось причиной большого замешательства на практике. Усовершенствование судебной организации было достигнуто в несколько этапов.

Реорганизация местных судебных органов была проведена на основании Закона 1846 г. Были созданы новые суды графств. Их название является неудачным, поскольку пределы их территориальной компетенции не имеют связи с границами графств. Тем не менее были созданы су-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

дебные органы, которые рассматривали большинство дел в первой инстанции.

Унификация вышестоящих судов была реализована Актами о судоустройстве 1873–1875 гг. Существовавшие судебные органы были реорганизованы на базе Верховного суда, включающего два звена: Высокий суд правосудия и Апелляционный суд (Палата лордов в конечном счете сохранит свои судебные полномочия, которые у нее были временно отобраны, но она является палатой парламента, а не третьим звеном Верховного суда)[1].

В качестве первого звена выступает Высокий суд, в котором полномочия распределены между тремя отделениями: Отделению королевской скамьи принадлежит компетенция бывших судов общего права; Служба канцлера унаследовала полномочия суда права справедливости; третье отделение по делам завещаний, разводов и адмиралтейства уполномочивалось на рассмотрение дел, которые до тех пор разрешались специальными судебными органами (морскими судами и церковными судами). При этом судьи каждого отделения обладают всей полнотой полномочий: если они принимают дело к своему рассмотрению, они уполномочиваются на рассмотрение всех аспектов данного дела, регулируемых как общим правом, так и правом справедливости.

Усовершенствование уголовной юстиции стало задачей третьего этапа, который отмечен принятием Акта о судах 1971 г., создающего в рамках Высокого суда, реформированного данным актом, специальный судебный орган для рассмотрения тяжких уголовных преступлений — Суд короны. В Высоком суде третьим отделением стало отделение по семейным делам, а компетенция каждого отделения претерпела значительные изменения.

2. Эволюция судопроизводства

Параллельно с реформой судоустройства было осуществлено определенное упрощение судопроизводства, которое произошло задолго до принятия Актов о судоустройстве[2], для того чтобы суды отказались от устаревших исковых форм. При этом приказ о вызове в суд (эквивалент нашей судебной повестки), инициирующий судебный процесс, оставался прежним. В действительности еще сохранялись определенные особенности для рассмотрения отдельных групп дел, но эти особенности являлись в большей степени разновидностями единой процедуры, чем диа-

---

1 Акт о конституционной реформе 2005 г. передает судебные функции Палаты лордов новому судебному органу: Верховному суду Великобритании. — *Примеч. переводчика.*

2 RID comp., 1976. P. 583.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

метрально различными процедурами[1]. В конце XX в. в области правосудия началась новая грандиозная реформа. После доклада лорда Вульфа, Председателя судебного архива, английский гражданский процесс был значительно модифицирован посредством принятия «Правил гражданского процесса 1998 г.», которые вступили в силу 26 апреля 1999 г. Был облегчен доступ к правосудию, а также принят ряд специальных мер, повышающих эффективность правосудия и снижающих ее стоимость.

Уголовный процесс также претерпел значительные изменения. Необходимо упомянуть о создании Королевской службы судебного преследования (Акт о судебном преследовании правонарушений 1985 г.), которая положила начало деятельности прокуратуры в Англии, более приближенной к адвокатской профессии, чем прокуратуры Германии и Франции; стоит также подчеркнуть, что в не менее важной сфере доказывания были предприняты меры для того, чтобы усилить дифференциацию норм уголовного процесса и норм иных отраслей права.

Также были введены специальные процедуры, не применяемые в ординарных судебных органах и затрагивающие прежде всего административную сферу.

B. Проблемы интеграции в английское право права Европейского союза и последствия включения во внутреннее законодательство Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод

33. Эпоха Европы. Вступление Англии в европейский политический и правовой ансамбль, созданный Римским договором и ставший с подписанием Маастрихтского договора Европейским союзом, также сильно изменило английское право и добавило его облику несколько новых черт. Акт о Европейском сообществе 1972 г. интегрировал в английское право большинство международных договоров, а Палата лордов постановила, что английские суды могут отказаться от применения закона, положения которого несовместимы с нормативными актами Европейского Союза[2].

В настоящий момент необходимо также придавать большое значение включению во внутреннее законодательство Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Поскольку английская концепция суверенитета парламента делает невозможным отказ судов от

---

1 См., тем не менее: *Maitland*. The forms of action at common law, 2 ed., 1948. P. 2.

2 R. v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame n. 2 (1991) 1A.C.605.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

применения нормативных актов, которые нарушают права человека, закрепленные в Европейской Конвенции, был принят закон, который интегрировал вышеупомянутые права человека в соответствующих формулировках в английское право (Акт о правах человека). Этот закон вступил в силу 2 октября 2000 г. Судья должен толковать по мере возможности английские акты в соответствии с интерпретацией Европейской Конвенции Страсбургским судом (Акт о правах человека)[1]. Если при этом он обнаруживает, что закон нарушает право, закрепленное в Европейской Конвенции, это позволяет внести изменения в соответствующий нормативный акт посредством упрощенной законодательной процедуры корректионного постановления (Акт о правах человека).

Стоит ли ожидать еще более громких потрясений? Один автор недавно сформулировал этот вопрос следующим образом: «Палата лордов, Верховный суд Соединенного Королевства — выживут ли они после включения во внутренне законодательство Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод»[2]? И действительно, вершина английского правосудия переживает бурную эволюцию. Но история призывает нас не хоронить раньше времени судебные полномочия Палаты лордов.

Г. Появление актов конституционного значения

34. В сторону писаной конституции? Если писаной конституции в собственном смысле слова в Англии еще нет, хотя теория государства и права остается довольно туманной на этот счет[3], и если проблемы конституционного порядка все еще находят свое разрешение в конвенциях и судебной практике, то появление ряда законов все же приводит внимательных наблюдателей к признанию настоящей «конституционной революции в Соединенном Королевстве»[4]. Были изданы законы, определяющие полномочия национальных собраний Шотландии (Акт о Шотландии 1998 г.), Северной Ирландии (Акт о Северной Ирландии 1998 г.), наделяющие полномочиями новое национальное собрание Уэльса (Акт об управлении Уэльсом 1998 г.). Акт о правах человека 1998 г. содержит фундаментальные права, которые защищаются таким же образом, как если бы они закреплялись в положениях писаной конституции[5]. Не-

---

1 So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with Convention rights.

2 *A. Buller*. Les Annonces de la Seine, n. 19 mars 2001. P. 8.

3 См.: *A. Buller*. La Common Law, op. cit. P. 37.

4 См.: *J. Bell*. La Révolution constitutionnelle au Royaume-Uni: RD publ. 2000. P. 413 et s.

5 См.: *S. Banakas*. The human rights Act 1998 and its effects on English civil law, in Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Université Montesquieu, 2003.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

которые доходят до обнаружения начала конституционного контроля[1] в деятельности Судебного комитета Частного совета, который может быть привлечен высшими властными органами (такими, как Генеральный прокурор) для определения компетенции парламента, когда они ставятся под сомнение в связи с наличием законных полномочий у национальных собраний Шотландии, Уэльса и Северной Ирландии[2]. Но даже если Соединенное Королевство и придет к настоящей писаной конституции, то это, без сомнения, не лишит английское право его оригинальности, проявляющейся в доминировании судебных решений.

Раздел 2

ОБРАЗОВАНИЕ ДВУХ ВЕДУЩИХ СИСТЕМ КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ ЕВРОПЫ

Библиография. *Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolffop.* Op. cit. *René David, Camille Jauffret-Spinosi.* Op. cit. *Mme Lasserre-Kiesow.* La technique législative, étude sur les codes civls français et allemand, thèse, Paris II, 2001.

35. Великие «писаные правовые системы» современности. Феодальная континентальная Европа в течение долгого времени будет обладать менее унифицированным правом, чем право Англии и Уэльса. Но из этого правового океана постепенно всплывут две великие системы, которые увековечат другую концепцию права, где главная роль будет отводиться писаному закону. Первой моделью, воплотившей данную концепцию, будет французское право, рожденное в недрах Революции и Империи. Веком позже своей новизной блеснет немецкое право, которое также станет примером для подражания. Весьма близкие при их сопоставлении с современным английским правом, эти правовые системы обладают и рядом черт, которые их разделяют[3].

---

1 И напоминают о знаменитом решении, вынесенном в 1610 г. в *Dr. Bonhams case*: сэр Эдвард Коук был одним из трех судей в деле, где говорится, что не следует применять закон, противоречащий естественному праву или разуму (*Buller.* Op. cit. P. 45).

2 См.: *J. Bell.* Op. cit.

3 См.: *R. Legeais.* Droit allemand et droit français au regard des classifications juridiques, in A la recherche d'un nouveau droit fondamental, Cujas, 2003.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 1. Образование и эволюция французского права

Библиография. Библиография многообразна. Для иностранца, который захочет познакомиться с французским правом, Рене Давид опубликовал обзорное сочинение, не утратившее своей актуальности. Из современных работ можно порекомендовать: *N. Guimezanes.* Introduction au droit français, Editions Nomos, Baden-Baden, 1995. Существует множество замечательных учебников и работ по истории права. Во введении к учебникам по гражданскому праву обычно дается общий подход, который посвящает читателя во французское право (процитируем в качестве примера: *J. Carbonnier.* Droit civil, Thémis, Introduction, 27 éd. PUF, 2002. *G. Cornu.* Droit civil, Introduction. Les personnes, les biens, Paris, Montchhrestien, 11 éd., 2003).

I. Образование

36. Появление французского права. Несколько правовых систем вкупе с правотворчеством французских юристов обеспечили формирование французского права.

A. Составные части

- **Римское право.** Римское право даст множество понятий, применявшихся в течение долгого времени в качестве позитивного права в южных регионах Франции, но оказывающих также свое влияние в качестве «писаного разума». Преподавание римского права было в чести в университетах, где использовался схоластический метод (выдвижение нескольких точек зрения по заданному вопросу и их последующее обсуждение, в результате которого предлагается решение, кажущееся наиболее справедливым).
- **Германское право.** Германское право войдет в правовой обычай посредством конкретных положений, но также и путем восприятия определенного способа понимания важнейших социальных вопросов (родительской власти, концепции судебного процесса).
- **Каноническое право.** Каноническое право, применявшееся церковными судами и преподаваемое в университетах, наложит большой отпечаток в определенных сферах (семейное право, договорное право, уголовный процесс). Само каноническое право использовало множество понятий римского права, приспособляя их к новым условиям[1]. Запрещая духовным лицам принимать участие в процеду-

[1] Безусловно, церковь в течение долгого времени с недоверием относилась к римскому праву и предпринимала попытки создания права, близкого к Евангелию. Однако то-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

рах, где доказательства добывались с помощью ордалий и «Божьего суда», Четвертый Латранский собор (1215) мог только посодействовать влиянию римского права на каноническое.

- **Творчество юристов.** Творчество юристов представляет собой труды великих авторов: Бомануара в XIII в. (кутюмы Бомануара), Дома в XVII в. (Законы гражданские в их натуральном порядке), Потье в XVIII в. (многочисленные сочинения). Оно также будет проистекать из работы судов, в особенности высших судов. Суверенные суды, парламенты обладали полномочием выносить «регламентарные постановления». Они признавали за собой большую свободу в вынесении решений, и их судебная практика окажет сильное воздействие на образование накануне революции «общего права» Франции.

Б. Этапы развития до французской революции

37. Предреволюционный дуализм. Эволюция права не происходила одинаково во всех регионах страны. С XVI в. была установлена оппозиция, которая продолжала существовать в течение всего королевского режима: латинский юг обладал писаным правом, правом римским, в то время как север, подверженный германскому влиянию, являлся страной обычного права.

1. Эволюция права в регионах обычного права

По общему правилу к северу от Луары и в некоторых южных регионах развитие права прошло через следующие этапы:

- **Период племенных законов:** варвары (подобным образом можно называть бургондцев, вестготов и прежде всего самих франков) применяли свое «национальное» право, т.е. право племени, к которому они принадлежали, но в период раннего средневековья произошло фактическое исчезновение права.
- **Феодальный период** (IX–XIV в.) начался с хаоса, «права кулака», когда сеньоры являлись полновластными суверенами в своих поместьях и разрешали свои распри военным путем. Однако начиная с XII в. обозначается возрождение права: с одной стороны, западные университеты начинают преподавать римское право и происходит осознание выгоды надлежащей организации социальных отношений, с другой стороны, по выражению Рене Филоля, «после периода

мистский синтез между античной мудростью и христианской мыслью позволил вновь обратиться к точным правовым решениям, которые могло с легкостью предоставить римское право.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

феодальной раздробленности каждая элементарная группа создавала свои обычаи»[1].

- **Период обычного права** (XV–XVI в.). Появились кутюмы, и теперь они могли регулировать более или менее обширные сферы. Они стали объектом последовательного редактирования[2] (так, в Пуату первый сборник кутюмов был составлен в 1417–1419 гг., а затем в 1559 г. произошло его реформирование).
- **Период обычного права,** а также судебной и законодательной деятельности (XVII–XVIII в.). Если кутюмы и продолжали существовать, то их значение зависело все больше и больше от решений выносимых высшими судами (парламентами). С другой стороны, с XVI в. возрастает число королевских ордонансов, среди которых были и те, которые касались вопросов правосудия (Ордонанс Мулана 1556 г., Ордонанс 1667 г.), материального частного права (ордонансы, восходящие к периоду канцлера Дагессо 1731–1749 гг., являются наиболее известными: они касались главным образом дарений и завещаний). Сорбонна создает в 1679 г. кафедру французского права.

2. Правовая эволюция в странах писаного права

По другую сторону Луары расположилось около десяти французских регионов, право которых обладало более стабильным характером.

- Сохранение римских законов объясняется более основательным и продолжительным пребыванием римлян в данных регионах; система племенных законов также оказала влияние на сохранение привязанности к писаному праву Рима (в этих регионах применялся Кодекс Феодосия 438 г., а не законодательство Юстиниана, поскольку последнее должно было утверждаться в Константинополе уже после исчезновения полномочий императора на юге Франции, законодательство Юстиниана оказало свое влияние на Европу в гораздо более поздний период).
- Судебная практика парламентов и применение королевских ордонансов постепенно изменели лицо права: таким образом происходило сближение юридических решений различных регионов Франции.

---

1 *R. Filhol.* Le vieux Coustumier de Poitou, Bourges, Editions Tardy, 1956. P. 8.

2 См.: *R. Filhol.* Le Premier président Christophe de Thou et la Réformation des Coutumes.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Вклад революции и империи

38. 1789 год, к объединению права. Объединение права во Франции восходит к революции и империи, оба режима неразрывно способствовали этому единению: революция, принимая новые принципы, Наполеон Бонапарт, осуществляя выдающуюся кодификацию.

A. Роль революции

39. Законотворческую деятельность периода революции часто обозначают словосочетанием «промежуточное право». В действительности революция дала долговременный импульс праву. Кроме того, в это время был совершен окончательный разрыв с прежней системой.

1. Правовой мятеж

В революционных деяниях следует прежде всего подчеркнуть разрушительный аспект. Институты прошлого, символизирующие произвол, привилегии и жестокость, были уничтожены в масштабе всей страны: прежняя система правосудия была разрушена, феодальные сборы отменены, цеховые организации расформированы и запрещены.

2. Новые принципы права

Новые идеологические основания, почерпнутые у философов, стали принципами законодательства: только закон может ограничить свободу граждан, равенство должно быть освящено всеми гражданскими институтами, включая как правовое положение лиц, так и имущественные права.

3. Первая реализация этих принципов

Первая реализация этих принципов, осуществленная революционными ассамблеями, не всегда будет иметь логически обоснованный характер. Это проявилось в том, что большая часть принятых институтов не смогла сохранить свою силу. Тем не менее создание кассационных судов и введение присяжных заседателей в сфере правосудия будет сохранено. Что касается частного права, то некоторые реформы были и вправду замечательными, например те, которые были осуществлены Законом от 27 июня 1795 г. об ипотеке. Были составлены проекты Гражданского кодекса (в которых распознается влияние Камбасере).

Б. Роль консульства и империи

40. 1804–1810: великая французская кодификация. Наполеон Бонапарт обеспечил окончательное установление во Франции единого кодифицированного права, способного регулировать общественные отношения в современном государстве. Энергия и мудрость соединились

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Opphavsrettsbeskyttet materiale

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вместе для того, чтобы успешно реализовать это благотворное начинание директории и империи.

1. Примирение между принципами революции и юридической техникой периода королевского режима

Важной чертой гения Наполеона было понимание социальной роли законодательства и того факта, что если идеологические принципы революции и должны быть сохранены, то они не должны приводить к отказу от использования правовых институтов, доказавших свою целесообразность. Так, для разработки Гражданского кодекса Бонапарт, не колеблясь, обратился за помощью к дореволюционным юристам.

2. Успех кодификации

Пожелать провести кодификацию редко означает ее достигнуть. Наполеон Бонапарт сумел отобрать членов комиссии и заставить их довести проект до конца. Для юристов победами Империи являются: 1804 год — Гражданский кодекс, 1806 год — Гражданский процессуальный кодекс, 1807 год — Торговый кодекс, 1808 год — Уголовно-процессуальный кодекс, 1810 год — Уголовный кодекс. Новая правовая система окончательно сформировалась[1].

B. Характерные черты нового права

41. Правовая система, порожденная революцией и империей, во многом противостояла старому праву. Прежнее различие областей писаного права и областей обычного права исчезло, право стало единым. Но помимо этого важного достижения право обрело новое политическое и философское содержание, а его источники претерпели существенные изменения.

1. Новое политическое и философское содержание права

Право стало пониматься как способ защиты свободы и равенства граждан, стремящийся урегулировать их отношения с точки зрения справедливости, примиряя интересы государства и частных лиц.

2. Ведущая роль закона

По логике этой философской и политической концепции юридические нормы должны создаваться главным образом посредством закона, который обрел мистическую силу, практически полностью уничтожил обычай и в значительной степени ограничил роль судьи.

---

[1] Двухсотлетие Гражданского кодекса позволило вновь отпраздновать правовую работу, совершенную при Директории и Империи.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Opphavsrettsbeskyttet materiale

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

III. Эволюция французского права после проведения кодификации: от гражданского права к новому фундаментальному праву

Библиография. *J.-L. Halperin.* Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF, 1996.

42. Диверсификация и трансформация французского права. Гражданское право сыграло роль основополагающей отрасли права, охватив вследствие расширения предмета своего регулирования большинство социальных отношений в области частного права. Принимая во внимание способ построения Гражданского кодекса, гражданское право представляло собой совокупность принципов: это было право с высоким уровнем обобщений, с ясными нормами. Однако скоро начнут обособляться и другие отрасли права, в то время как гражданское право изменит свои черты.

А. Эволюция права во Франции до 1880 г.

В этот период не наблюдалось недостатка в политических перипетиях, однако право будет сохранять определенную стабильность.

Частное право — это прежде всего гражданское право, которое выдающиеся юристы, в основном представители школы толкования, выводили из кодексов и в первую очередь из самого авторитетного среди них — Гражданского кодекса. Торговое право, право торговых сделок устанавливало для регулирования последних режим незначительных исключений из права гражданского: и только в конце этого периода появится Закон об акционерных обществах.

Началась модернизация уголовного права, ориентиры которого были изменены Декларацией прав человека и гражданина 1789 г. (при этом Уголовный кодекс 1810 г. сохранил свою строгость и даже жесткость).

Благодаря конституционным переменам, но в еще большей степени благодаря появлению административного права стало утверждаться публичное право.

Б. От 1880 г. ко Второй мировой войне

Доктрина и судебная практика пришли на помощь гражданскому праву, чтобы обогатить его и приспособить к запросам эволюционирующего общества.

Обособляется торговое право, свои первые шаги делает социальное право.

Публичное право предстает в этот период хорошо систематизированным, даже при том, что его правовые основы — конституционные за-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Opphavsrettsbeskyttet materiale

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

коны 1875 г. — могут показаться куцыми. Но работа Государственного совета и конфликтных судов постепенно разовьет этот весьма своеобразный аспект французского права.

B. Французское право после окончания Второй мировой войны

43. Перемены. За несколько десятилетий черты французского права глубоко изменились. Оно больше не зависело от гражданского права, не находилось в подчинении закона, как это было ранее, но усложнилось, получив в качестве ориентира новое фундаментальное право. Последние конституционные изменения (2003 год), сделавшие Францию республикой с «децентрализованной системой управления», предвещают, вероятно, не менее важные изменения.

1. Основные изменения частного права

Мы бы слишком упростили картину, если бы представили французское право XIX в. как гражданское право, опирающееся на законы. Тем не менее закон доминировал среди источников права, а среди отраслей права исключительное место по сфере охвата и по силе влияния занимало гражданское право.

Научная классификация отраслей права, их развитие привели к представлению о менее зависимом положении отраслей по отношению к гражданскому праву и даже об их автономии. Приоритет гражданского права был оспорен в XX в. сначала в отношении различных областей публичного и частного права, а затем и по отношению ко всему частному праву.

Кроме того, изменился сам образ гражданского права. Некоторые вопросы, входящие в его сферу, были подвергнуты правовому регулированию такого большого числа правовых норм, что скоро они сформировали массивы, постепенно приводящие к выделению новых отраслей права. Право недвижимого имущества с такими его разветвлениями, как градостроительное право и право окружающей среды, вышло за пределы вещного гражданского права[1]. Потребительское право сначала целиком охватывалось договорным правом, но постепенно уплотнилось и своим объемом и характером пошатнуло принципы гражданского права, которые стали терять свою силу[2]. Даже то, что осталось от чистого граж-

---

1 См.: *B.-J. Auby et H. Perinet-Marquet.* Droit de l'urbanisme et de la construction.

2 См.: *M. Borysewicz.* Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78—23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'nformation des consommateurs de produits et services, Mélanges Kayser; *G. Berlioz.* Droit de la consommation et droit des contrats: JCP, 1979, I, 2954.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

данского права, стало регулироваться гораздо большим законодательным массивом: семейное право является тому типичным примером[1].

2. Другие важнейшие аспекты эволюции французского права

Помимо частного права, особым вниманием юристов пользуются и другие отрасли французского права.

Весьма показательным было развитие социального права с его важнейшими отраслями: трудовым правом и правом социального обеспечения[2].

Обновилось уголовное право, в котором произошла замена наполеоновских кодексов, а также было усилено внимание к уголовной ответственности несовершеннолетних.

Изменения публичного права также значительны, особенно с принятием Конституции 1958 г. и вхождением Франции в европейские институты. За четверть века произошедшие перемены привели к возникновению нового фундаментального основания французского права.

3. Появление новых фундаментальных правовых оснований

44. Новый облик. Большинство юристов признают, что фундаментальные основания французского права не зависят больше ни от гражданского права, ни даже от внутреннего права в строгом смысле.

Новые основания во внутреннем праве

Во внутреннем праве произошло вторжение «общих принципов права». Понятие, используемое поначалу административным правом, потом было воспринято уголовным правом и процессуальным правом, а уже затем изменило цивилистическую «теорию источников»[3]. «Общие принципы». О чем идет речь? Самые знаменитые авторы упражнялись в этом вопросе[4]: правовые обычаи, законы естественного права. Природа этих принципов всегда остается неопределенной. Но их авторитет налицо, и он сохраняется даже после того, как был провозглашен «конституционный массив» нормативных актов.

Созданный Конституцией 1958 г. Конституционный совет сначала играл довольно скромную роль. Он казался винтиком в законодатель-

---

1 См.: *G. Cornu.* Droit civil, La famille, Montchrestien, 7 éd.

2 Его составляющие возникали постепенно (право производственных аварий, право семейных пособий, право социального страхования, право социальной поддержки, право защиты против увольнения) и некоторые были объединены правом социальной защиты.

3 См.: *J. Carbonnie.* Droit civil, I, n° 29.

4 Например: *B. Jeanneau.* Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Sirey, 1954.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ном аппарате. Но с принятием знаменитого постановления в 1971 г.[1] суд дерзнул показать, что отныне он будет осуществлять контроль над соблюдением ряда принципов, которые он определил самостоятельно, включив в их число положения Декларации прав человека и гражданина. Использование этих принципов становится все более ярким: в несколько этапов суд обращает на себя всеобщее внимание и быстро зарабатывает свои звездочки. Начиная с 1980-х гг. некоторыми юристами отмечается влияние «конституционной судебной практики» на гражданское право. Сегодня значение этой практики очевидно для всех[2].

Новые международные основания

Несмотря на столь эффектный характер эволюции французского права, теперь оно вынуждено учитывать и фундаментальные международные основания.

Европейское право (право Европейского союза) освятило свою власть знаменитыми постановлениями Кассационного суда и Государственного совета[3]. Однако это влияние, каким бы динамичным оно ни было, все же является ограниченным экономической сферой, и верховенство французских конституционных норм, кажется, остается незыблемым[4].

Европейское право с момента принятия Европейской Конвенции о защите прав человека ушло далеко вперед. С момента ее появления Франция проявила себя как страна, не особо стремящаяся к восприятию Конвенции. Но отставание быстро наверстывается. Некоторые дела, например в отношении перемены пола, позволяют ощутить это стремительное наступление «страсбургского права». Кассационный суд Франции поначалу не связывал какие-либо последствия с переменой пола и отказывался вносить изменения в реестр гражданских состояний после проведения хирургического вмешательства. 25 марта 1992 г. по жалобе лица, изменившего пол, Европейский Суд осудил Францию за нарушение ст. 8 Конвенции и постановил, что на основании решений французского права «заявитель постоянно находится в ситуации, несовместимой с должным уважением к его частной жизни»[5]. В первый раз Франции поставили в упрек нарушение, которое проистекает из применения на-

---

1 Déc. 16 juill. 1971: L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décision du Conseil constitutionnel.

2 Во всех отраслях права отмечается и анализируется «конституционализация».

3 Cass., ch mixte, 24 mai 1975, JCP, 1975, II, 18190 bis ; CE 20 oct. 1989, Nicolo, JCP, 1989, II, 21371.

4 CE, 30 oct. 1998, Sarran, Rec., 1998, 369; Cass. ass. plén., 2 juin 2000, Fraisse, Bull. Civ. 2000, n° 4. Своим постановлением от 10 июня 2004 г. Конституционный совет подтвердил это превосходство.

5 CEDH, B... c. France, série A, n° 232-C.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Матеріал захищений авторським правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

циональных норм гражданского права. С 11 декабря следующего года Кассационный суд изменил свою судебную практику: два пленарных постановления привели французскую судебную практику в соответствие с требованиями Конвенции, интерпретируемой Страсбургским судом[1]. В настоящее время количество обращений в данный судебный орган увеличивается, что делает его неким эквивалентом конституционного контроля апостериори, который применяется у некоторых наших соседей, но у нас отсутствует.

Проиграло ли гражданское право битву за превосходство? Подобное утверждение было бы опрометчивым. С появлением новой гражданской кодификации соотношение сил может измениться. Тем не менее предположение о формировании нового фундаментального права является все более и более правдоподобным. И в отличие от гражданского права, которое основывается главным образом на законе, это новое фундаментальное право базируется прежде всего на судебной практике. Поэтому эволюция, происходящая во французском праве, не только имеет значение для позитивного внутреннего права, но и представляет большой интерес для сравнительного правоведения.

§ 2. Образование и эволюция немецкого права

Библиография. *H. Conrad*. Deutsche Rechtsgeschichte, 2 vol., Karlsruhe 1962–1966. *M. Fromont, A. Rieg*. Introduction au droit allemand, Cujas, Paris, t. I, Les fondements, 1977; t. II, Droit Public-Droit pénal, 1984; t. III, Droit privé, 1991. *A. Laufs*. Rechtsentwicklungen in Deutschland, Berlin, Walter de Gruyter, 1973. *Michel Pedamon*. Le droit allemand, PUF (Que sais-je ?), 1985. *G. Robbers*. Einfuhrung in das deutsche Recht, Editions Nomos, Baden-Baden, 1994. *C. Witz*. Le droit allemand, Dalloz, 2001. Sur la récente révision du BGB: Le nouveau droit des obligations — L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes (Colloque franco-allemand, 31 mai 2000): RID comp. 2002.

45. Еще одна великая система писаного права. Можно удивляться тому, как быстро немецкое право приобрело свое сегодняшнее влияние. Его образование произошло сравнительно недавно, и искажение, причиненное ему нацизмом, могло бы окончательно подорвать уважение к нему, принимая во внимание аспекты социальной психологии, порожденной двумя мировыми войнами. Но несмотря на ката-

---

1 См.: *G. Canivet*. La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'Homme, in Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'Homme, Bruylant, 2002. P. 257.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

строфу нацизма, Германия с полным основанием воспринимается как территория права, даже если ее современное право в кодифицированном виде появится только в конце XIX в., после объединения страны. Реакция, проявившаяся сразу же после 1945 г., и эволюция, случившаяся позже, избавили немецкое право от темных следов и пятен, присущих концепции абсолютного юридического позитивизма и оставленных одним из самых тяжких в истории эксцессов власти государственного руководителя.

Государство, которое вновь представляется нам как единая Германия, имеет сложную историю. Оно является наследником — в большей степени, чем все другие государства — Священной Римской Империи, которая познала апогей, закат и исчезновение и возродилась в сильно измененном виде в конце XIX в. вместе с современной Германией.

I. Право в Германии до конца XIX в.

46. Романо-германская империя. Священная Римская Империя германской нации, еще не получив такой статус, ведет отсчет с 843 г. Германское королевство станет империей, когда Папа объявит Оттона Великого Императором в 962 г.; в течение почти трех веков это будет структура феодального типа, обладающая огромным влиянием. В середине XIII в. начнется упадок, который не будет исключать периодов расцвета и позволит княжеским территориям утвердиться, а городам получить определенную независимость.

Постепенно, в особенности после заключения Вестфальского мирного договора в 1648 г., в рамках империи утверждаются настоящие государства (например Прусское королевство). Но формально империя исчезнет только 6 августа 1806 г. с возложением императорской короны на Франца II Австрийского. XIX век приведет страну к национальному единству, которое будет достигнуто в 1867–1871 гг.

На протяжении этого долгого периода право претерпело сложнейшую эволюцию, которая может быть воспроизведена посредством выделения нескольких важнейших аспектов.

A. Император, князья и города

47. Разделение властей. На фоне постоянного сокращения полномочий императора произошло быстрое разделение властей.

1. Институты империи

Кем являлся Император?

Император обладал несколькими качествами.

Он претендовал на звание приемника римских императоров и на этом основании имел всеобщую компетенцию, по крайней мере в отно-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Матеріал захищений авторським правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

шении всей Западной Европы. Оттон III, несмотря на короткий период царствования (996–1002 гг.), намеревался, руководствуясь данной логикой, реформировать христианскую империю в политическую реальность: Рим должен был стать столицей, а римское право применялось бы как право империи. Но ни ему, ни его преемникам не удалось реализовать эту задачу.

Конечно, в отдельные периоды император обладал широкими полномочиями: Генрих VI обязал к феодальной верности Ричарда Английского, когда в 1193 г. последний стал его пленником. Легитимность этого положения будет защищаться величайшими умами того времени, которые сформулируют ее основания (помимо прочих причин признания власти императора, ими назывались наилучшие возможности для развития всеобщего права и гарантия мира). Бартоль, который понимал мир как универсум, хотел отыскать закон этого универсума. Данте искал верховного законодателя и судью, чтобы способствовать всеобщему благу и сократить число вооруженных конфликтов: *Est igitur monarchia necessaria mundo*[1].

Но мощные противодействующие силы всегда приводили к существенным ограничениям полномочий императора. Папа не позволял ему утвердиться в абсолютной форме. Иннокентий III одновременно закрепил роль Папы в короновании императора и признал независимость короля Франции в отношении всякой другой светской власти. Быстро сформулированный юристами принцип[2], согласно которому «король Франции является императором в своем королевстве», сильно поспособствует развитию публичного права во Франции, а также установлению надлежащего правопорядка и политическому равновесию в Европе.

В конце концов, власть Императора будет распространена на германское королевство, а также в течение долгого времени на Италию и Бургундию. Помимо прочего, такое положение дел приведет к предоставлению князьям и многим большим городам привилегий, которые будут иногда означать практически полную автономию.

Восшествие на императорский престол

В то время как во Франции и в Англии сохранился каролингский принцип наследственного преемства, в Германии утвердился принцип выборности, по крайней мере на уровне империи.

---

1 *Dante.* De monarchia 1. 10.

2 Решающая роль в этом деле принадлежит Жану де Бланто, который в середине XIII в. (около 1255 г.) написал трактат по феодальному праву *(Tractatus super feudis et homagiis)*.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Король-император Германии избирался ограниченной группой знатных избирателей, которые время от времени обладали более или менее широкой свободой выбора[1]. Единогласие было необходимо до середины XIV в., потом стали довольствоваться принципом большинства. За выборами следовало коронование, осуществляемое Папой.

Полномочия императора

На совокупности территорий, находящихся под его властью, Император располагал законодательными и судебными прерогативами.

Использование законодательных полномочий происходило лишь в исключительных случаях. Но само их существование будет благоприятствовать идее о том, что право Юстиниана сохраняет свою силу в империи. Судебная компетенция Императора приводила к его вмешательству в распри между вассалами, равным образом Император осуществлял функции суда последней инстанции.

В качестве Короля Германии он также обладал значительными полномочиями *(jura regalia)*, которые, однако, были несколько ограничены. Это были полномочия законодательного, административного и судебного порядка. Но даже до расширения компетенции князей и автономии городов, произошедшей в XIII в., Король должен был считаться с нормами, ограничивающими его власть. Прежде всего, феодальное право Германии более благоприятствовало вассалу, чем феодальное право Англии или Франции: так, когда феод оказывался без владельца, Король Германии не мог присоединить его к короне, как это происходило в других упомянутых странах, но должен был в срок одного года и одного дня назначить его другому вассалу. К тому же все подданные пользовались правом сопротивления в случае вынесения несправедливого решения.

Важнейшие «центральные» институты

Королю содействовали Двор и Канцелярия, в которых главную роль играли духовные лица. Он председательствовал в Верховном суде, который рассматривал дела по первой инстанции и в качестве последней апелляционной инстанции.

В том, что касалось управления империей, Император должен был советоваться с Сеймом.

Для обсуждения дел германского королевства также собиралась ассамблея, Рейхстаг, которая состояла из трех коллегий: князья-курфюрсты, прочие князья и представители королевских городов.

---

[1] Сначала выбор осуществлялся только среди нисходящих родственников короля, но с 1250 г. и в течение двух веков кандидат мог и не являться членом королевской семьи. 1438 год отмечает наступление нового этапа: отныне выбор будет происходить в рамах нового семейства — Габсбургов.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Государственные и муниципальные институты империи

48. Диверсификация права. Германское королевство было разделено на герцогства различных размеров и влияния и города, обладавшие статусом и привилегиями, которые ставили их в определенном смысле вне компетенции феодального права.

Герцогства, формируемые поначалу по личному, племенному критерию, с XII в. будут ориентироваться на реальный критерий: власть будет привязана к земле, к определенной территории. Внутри герцогства также существовали многочисленные подразделения. Князья, особенно князья-курфюрсты (те, кто были епископами), наделялись все большими прерогативами. Ассамблеи (Ландтаги) рассматривали дела, касающиеся войны, взимания налогов или раздела территорий. Коллегии Ландатага соответствовали определенному классу: дворянство, духовенство и представители городов (первоначально крестьяне имели свое представительство только в ассамблеях отдельных территорий, таких как Тироль или Бад). Со временем некоторые из этих герцогств станут королевствами, причем великими королевствами.

Города будут получать все большую автономию. И если в Германии движение городов не было таким масштабным и сильным, как это было в Северной Италии, то это не означает, что они были менее развиты.

Б. Эволюция права

Одновременное рассмотрение всех правовых изменений представляется слишком сложным.

1. Эволюция уголовного права

49. Уголовное право: Уголовное законодательство Каролины. Эволюция уголовного права интересна нам потому, что она иллюстрирует роль закона, писаного права для обеспечения унификации права в важной сфере социальной жизни.

В течение долгого времени средневековое уголовное право и процесс не обладали единством. Преступления и наказания определялись обычаем. Публичный процесс, устный и обвинительный, не отличающийся от процесса по гражданским делам, покоился на системе иррациональных доказательств. Во второй половине средних веков уголовный процесс был реформирован в городах, в результате чего в процессе стали участвовать свидетели. Вне городов продолжала существовать архаичная процедура.

Но в конце средневековья был принят важный документ: Уголовный ордонанс Карла V 1532 г. (он был принят в 1532 г. Сеймом в Регенсбурге и часто обозначается на римский манер — Уголовное законодательство Каролины или просто Каролина). Немецкие юристы считают, что

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

с принятием этого ордонанса завершается рецепция итальянского права, которое в свою очередь базировалось на принципах римского права *(Corpus juris)*.

В XV в. в противоположность немецкому праву право городов Северной Италии было гораздо менее архаичным. Талантливые юристы, среди которых наиболее знаменитыми были постглоссаторы Бартоле и Бальде, исходя из римского и канонического права, создали новое право, которое было систематизированным и получило насыщение богатой юридической практикой. Это право и было воспринято немецкими юристами, получившими образование в Италии; оно явилось источником вдохновения для некоторых «правовых зерцал», обнародованных в XV в. и также поспособствовавших популяризации итальянского права. Рецепция произошла в конце XV — начале XVI в. (Вормская реформация в 1498 г., Уголовное законодательство Бамберженса 1507 г., которая впоследствии будет названа матерью Каролины). В Германии будут заимствованы некоторые нормы права, а также приемы итальянских юристов: это снизит судебный произвол и приведет к отмене пыток при сохранении презумпции вины.

Уголовное законодательство Карла V завершает движение, которое привело к унификации уголовного права Германии. Без сомнения, ему следовало проявить уважение к самостоятельности городов и крупнейших государств, а потому ордонанс будет применяться только в субсидиарном порядке. Тем не менее его значение будет ощущаться на всей территории Германии.

Нормы уголовного права, которые были включены в главы, посвященные приговору, играли второстепенную роль. Несмотря на наличие определенного прогресса, они подчинялись все той же жестокой концепции. Тем не менее ст. 176 уже предвосхищала появление мер общественной безопасности: она позволяла судье подвергнуть заключению лицо, которое, уже совершив преступление, могло рассматриваться как угрожающее совершить другое, пока заключенный не предоставит поручительства или достаточных доказательств спокойной жизни. Это же полномочие было предоставлено судье против лица, которое нарушило условия данного им поручительства.

В основе лежали процессуальные нормы. Процесс становится более инквизиторским. Отныне устанавливалось, что уголовное преследование преступников является обязанностью князей или городов. Судья возбуждал дело в случае доноса или наличия презумпции преступления и заключал подозреваемого под арест. Закон определял значение доказательств, наилучшим среди которых являлось признание, и поэтому весь процесс был нацелен на его получение при необходимости с применением пыток. Использование различных степеней пыток предполагало, тем не менее предварительные улики, а признание имело значение

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

только при его подтверждении. Процесс был письменным и тайным, и только на последней стадии, при оглашении приговора он становился публичным и устным. Судья и члены магистерского суда, принимающие участие в рассмотрении дела, не всегда имели юридическое образование и чаще всего были несведущими в римском праве, на которое, однако, Каролина ссылалась: так, в ней предусматривалось, что по делам сложным и сомнительным судьи узнают позицию высшего суда или правового факультета, и эта позиция кладется в основу решения.

50. Уголовное право: кодификации. Хотя в Германии уголовно-правовые и особенно уголовно-процессуальные нормы были объединены «общим правом», с усилением полномочий князей стала намечаться тенденция в сторону утверждения местной власти. В середине XVIII в. состоялось несколько кодификаций в духе Каролины, объединяющих в единый документ материальные и процессуальные нормы: Уголовный кодекс Максимилиана (1751) и Уголовное законодательство Терезиана (1768) являются наиболее известными примерами. Но в этот же период развивались и новые идеи.

Под влиянием Томассиуса (1655–1728) и Беккариа (1738–1794), а также французских кодексов принимаются новые нормативные акты, которые увековечивают важные изменения. Преобладающее влияние имело право Пруссии. С первых лет своего царствования Фридрих Великий отменил пытку (1740). Позднее на территории его королевства уголовное право и процесс обретают новые фундаментальные черты. Если же брать Германию целиком, то эволюция уголовного права с конца XVIII в. и до создания Рейха в 1871 г. является более сложной, поскольку в зависимости от того или иного княжества законодательство сохраняет свои национальные черты или заимствует в той или иной степени положения наполеоновских кодексов.

В том, что касается норм материального права, кодексы, число которых будет со временем умножаться, свидетельствуют о различных влияниях: при реформировании старых институтов будут считаться как с немецкой философией, так и с силой притяжения французских реформ.

В Баварии, где кодификация началась с середины XVIII в., в 1751 г. был принят Уголовный кодекс. Однако баварский Уголовный кодекс не был отмечен влиянием новых идей: он по-прежнему считал колдовство преступлением и сохранял жестокие наказания. Вскоре он будет заменен кодексом, разработанным Ансельмом фон Фейербахом, *Bayerisches Strafgesetzbuch* 1813 г., покоящимся на понятиях морали, переосмысленных Школой естественного права и Кантом, учеником которого и был Фейербах.

Но главным образом будут считаться с прусскими актами: такими как Уголовный кодекс Пруссии 1851 г., который, обладая оригинальными чертами, подражал Уголовному кодексу Франции.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В том, что касается процесса, эталоном станет французский Уголовно-процессуальный кодекс. Прежде всего он будет применяться на нескольких территориях (по левую сторону Рейна), где сохранит силу до 1849 г., т.е. уже после падения Наполеона. Некоторые его принципы и институты будут заимствованы. Законодательство Франкфурта (от 28 марта 1849 г.) заимствует принцип предъявления уголовного иска прокуратурой; кодексы, принятые в середине XIX в. (Бавария обновила основные начала уголовного процесса в 1848 г., затем в 1861 г., Пруссия сделает это в 1849 и 1851 гг.), введут в уголовный процесс прокуратуру и следователя, закрепят принципы устности и публичности процедуры вынесения приговора, станут привлекать граждан к участию в процессе, предоставляя им право свободной оценки доказательств. Таким образом, можно говорить о реформе германского уголовного процесса.

Но из всего этого ансамбля нормативных актов в период кодификации, когда речь пойдет о создании институтов Рейха, во внимание будут приняты именно прусские акты.

2. Эволюция частного права

51. «Обычай священен». В противоположность уголовному праву частное право вплоть до середины XVIII в. покоится главным образом на обычае. Затем начнется эпоха кодификаций, которые не приведут к унификации права, но только сделают его менее противоречивым.

Хотя римское право и будет играть определенную роль в частном праве, главным правовым источником до XVI в. будет обычай, который в зависимости от региона сохранит свою устную форму или будет зафиксирован в письменном виде.

Приверженность обычаю иллюстрируется знаменитым словосочетанием «обычай священен». Обычай — это правило, которое пришло к нам от предков, вобрало их опыт. Именно такое право принял германский менталитет, выражая большие сомнения в отношении писаных законов, которые в течение долгого времени будут оставаться малочисленными и будут редко касаться сферы частного права.

Во многих случаях обычай фиксировался в письменном виде. Иногда речь идет о труде одного автора (около 1230 г. Эйке фон Репгов составляет Саксонское зерцало), иногда над редакцией работает коллектив авторов, а сама работа носит практический характер (так *Weistumer* является сборником решений сведущих людей по вопросам права, которые вынесены по просьбе лица, осуществляющего властные полномочия на соответствующей территории).

Писаное право, тем не менее сохранило определенное место, и его роль будет усиливаться начиная с XVI в. (проникновение писаного права произойдет во время фиксации или реформирования обычаев, которое состоится в Баварии в 1518 г., в Вюртенберге в 1555 и 1567 г.). Император

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

видел себя приемником римских императоров, поэтому считалось, что Кодекс Юстиниана сохраняет свою силу в качестве права империи. Конечно, применялись и кутюмы, а также другие законы, являющиеся частью современного права, поскольку считалось, что они лишь модифицируют римское право. Необходимо было только доказать это, но если решения германского права, отличного от решения, находящегося в *Corpus Juris*, не находилось, то обращались к последнему. Однако, когда развитие торговли вызвало необходимость в существовании более разработанного и менее разнородного права, роль римского права увеличилась настолько, что данное явление стали представлять как «рецепцию римского права». При более строгом анализе этот феномен нуждается в ином обосновании, которое заключается во внутренней логике развития империи.

52. Частное право. Первые кодификации. С конца XVIII в. кодификации осуществляются таким образом, что нам все еще приходится считаться с существованием многочисленных зон, обладающих различным правом.

Кодификации имели последствия огромного значения.

В 1756 г. в Баварии происходит кодификация, явившаяся заслугой канцлера государства Крейтмайера *(Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis)*. Кодекс воспроизводил решения, принимаемые в Баварии начиная с эпохи пандектов, в нем также может быть обнаружено определенное влияние школы естественного права.

Затем была проведена успешная кодификация в Пруссии, предпринятая по инициативе Фридриха Великого. Проектируемый с 1746 г., кодекс вступил в силу в 1794 г., уже после смерти Фридриха. Кодексом охватывались многие правовые сферы, но вопросы судебной организации и процедуры стали предметом специального ордонанса, применявшегося с 1793 г. Кодекс был, таким образом, чрезвычайно пространным и включал более 17 тыс. статей. Он не представлял собой плод теоретических трудов, хотя в нем и нашли отражение некоторые идеи Школы естественного права. Не являлся он и новаторским. Но он был написан легким для понимания языком, что и объясняет его влияние (с ним будут знакомы составители французского Гражданского кодекса, которые подчас будут руководствоваться его положениями). Кодекс представлял собой «копилку германского права», по выражению Мартина Вольфа[1]. Он будет применяться не только в Пруссии, но и в других регионах империи.

Спустя некоторое время появился Рейнский кодекс, который не представлял собой ничего, кроме заимствования Гражданского кодекса Франции: он будет применяться в Вестфальском королевстве.

---

1 *P. Arminion, Baron B. Nolde, M. Wolff.* Op. cit. T. II, n. 442.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Австрийский кодекс, принятый в 1811 г. и вступивший в силу с 1 января 1812 г. имеет своим источником различные австрийские и прусские проекты; в определенной степени он также будет заимствовать положения французского гражданского кодекса.

В 1865 г. своим кодексом обзаведется королевство Саксония. Этот кодекс считается непосредственным образцом будущего Гражданского кодекса империи, Германского гражданского уложения.

За пределами территорий, осуществлявших кодификации, римское право продолжало укреплять свой авторитет в качестве общего права. На деле его значение была так же велико и в регионах, где частноправовые отношения регулировались кодексом. Это объясняется позицией, занятой большинством юристов, теоретиков и практиков, согласно которой в основе правовой жизни Германии лежат понятия римского права, что привело к разговорам о «второй рецепции» римского права.

53. Частное право: современное использование римского права и битва за кодификацию. Этот вопрос следует постигать в свете великого ученого спора, оживившего юридический мир Германии первой четверти XIX в.

Профессор Гейдельберга Тибо, осознавший стремление к унификации права по всей Германии, разделявшееся и многими юристами, ратовал за осуществление этой унификации посредством принятия Гражданского кодекса, который мог бы взять в качестве образца Гражданский кодекс Франции: техническая ценность последнего была общепризнанной. Его брошюра «О необходимости для Германии единого права», опубликованная в 1814 г., на следующий день после битвы под Лейпцигом, битвы народов, вызвала живой отклик со стороны одного из величайших юристов Германии Савиньи. В ответном тексте под названием «О призвании нашего времени к законодательству и о науке права», опубликованном в том же году, Савиньи утверждал не только то, что время для принятия единого Гражданского кодекса в Германии еще не пришло, но заявлял также о том, что право является эманацией народного духа, и лучшим выражением этого духа служит обычай.

Мгновенно тезис Савиньи завоевал расположение юридического мира. Тем не менее юристы рассудили, что если бы немецкое право вобрало в себя все элементы, включая понятия, содержащиеся в римском праве, разработки учеников Савиньи и его исторической школы, концепции, разработанные в рамках *Begriffsjuriprudenz*[1], то это подняло бы правовую науку в Германии на высочайший уровень.

К тому же, несмотря на позицию Савиньи и его школы, унификация и даже кодификация в сфере коммерческого права произойдет в XIX в.

---

[1] См.: *Cl. Witz*. Le droit allemand. P. 12.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

довольно рано, задолго до восстановления империи. Именно потребности оборота заставили преодолеть весьма убыточное для него правовое разнообразие (в Германии к 1843 г. насчитывалось 56 ордонансов о переводном векселе)[1]. Конфедерация, объединившая в то время несколько государств, если и не обладала законодательными полномочиями, то могла предложить своим членам проекты, подготовленные в ее рамках. Так, в 1847 г. был разработан акт о переводном векселе, который был принят в качестве закона практически всеми немецкими государствами (даже Австрия придала ему законную силу). Подобный прием был использован несколько лет спустя при принятии Торгового кодекса. Подготовленный комиссией, состоящей из юристов и коммерсантов, проект был рекомендован государствам для голосования на федеральном сейме 31 мая 1861 г. В последующие месяцы почти все государства примут этот проект в соответствии со своими законодательными процедурами. Тем не менее для унификации всей совокупности права и для всеобщей кодификации необходимо было дождаться появления Конфедерации Северной Германии в 1867 г. и образования Германского рейха в 1871 г.

II. Кодификация в Германии после достижения политического союза и отличительные черты права нового государства

54. Германское единство. Политический союз вместе с важными правовыми последствиями был достигнут сразу же после войны между Пруссией и Австрией, произошедшей в 1866 г. Чтобы заменить Германскую конфедерацию, расторгнутую вследствие этих событий, была создана Конфедерация Северной Германии, которая являлась настоящим федеративным государством с сеймом, осуществляющим законодательную власть. То, что будут называть образованием Германского рейха, будет в действительности только расширением этого федеративного государства, сопровождающимся сменой названия и определенным реформированием институтов. В 1873 г. органы имперской власти получат законодательную компетенцию, распространяющуюся на всю территорию Германии, южные государства присоединятся к государствам Конфедерации Северной Германии.

Унификация права стала желанной сразу же после принятия Конституции Северной федерации, поэтому в зависимости от региона Германии кодификация начнется уже с этой фазы или будет отложена до образования Рейха. Подобное развитие весьма отличается от хода коди-

---

[1] См.: *P. Arminion, Baron B. Nolde, M. Wolff.* Op. cit. T. II, n. 463.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

фикации во Франции. Если во Франции Гражданский кодекс дал первый толчок, то в Германии Гражданское уложение лишь увенчало кодификационный процесс.

A. Кодификационная работа до принятия ГГУ

55. Первые основания единого права были заложены задолго до принятия ГГУ.

1. Торговый кодекс

Уже в рамках первой германской конфедерации была предпринята попытка создания всеобщего Торгового кодекса. Он был принят в 1861 г. в качестве конфедеративного акта, и для его вступления в силу необходимо было присоединение к нему каждого государства. Большинство государств приняли кодекс в 1867 г. с образованием Конфедерации Северной Германии. Именно с этого момента кодекс получил всеобщее применение на территории конфедерации. Этот кодекс (обозначаемый чаще всего четырьмя буквами *AHGB*) станет в 1871 г. законом Германской империи. Но он будет заменен в 1897 г. другим законодательным актом, *HGB*, который будет лучше соответствовать ГГУ и применяется по сей день.

2. Уголовный кодекс

Уголовный кодекс империи также будет принят вскоре после образования Рейха. Этот кодекс представляется собой попытку адаптации Уголовного кодекса Пруссии 1851 г., который одновременно обладал рядом оригинальных черт и воспроизводил в определенной степени Уголовный кодекс Франции. Уголовный кодекс Пруссии будет положен в основу Уголовного кодекса Конфедерации Северной Германии (Закон об опубликовании от 31 мая 1870 г.). Именно этот кодекс после присоединения государств Южной Германии к Конфедерации станет Имперским кодексом 1871 г. (закон об опубликовании от 15 мая 1871 г.).

3. Основополагающие акты по судоустройству и судопроизводству

Унификация права в области судоустройства и судопроизводства также состоялась достаточно быстро, хотя за годы разработки законов были приложены немалые усилия для координации реформ, а также произошел ряд горячих дискуссий по некоторым вопросам (так, в отношении уголовного процесса следовало достичь компромисса в отношении роли присяжных заседателей). Три основополагающих акта будут обнародованы в 1877 г. и вступят в силу в один день — 1 октября 1879 г.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Закон о судоустройстве определял природу, состав судебных органов, сферу их компетенции. Им был создан, в частности, суд империи *(Reichsgericht)*, в котором можно увидеть эквивалент Кассационного суда Франции.

Уголовный процесс стал предметом другого нормативного акта, который, несмотря на статус ордонанса, являлся настоящим Уголовно-процессуальным кодексом. Уголовное судопроизводство, несмотря на значимость данного документа, не будет отличаться стабильностью, присущей уголовному праву.

Zivilprozessordnung является гражданско-процессуальным кодексом.

Можно также вспомнить о Законе о несостоятельности, который был обнародован в 1877 г. и являлся предметом гордости немецких юристов (его называли «жемчужиной права»), но, тем не менее, в 1996 г. был заменен на *Insolvenzordnung*.

Б. Гражданский кодекс. Германское гражданское уложение (ГГУ)

56. ГГУ. В этом широком движении по унификации и кодификации права подготовка Гражданского уложения значится среди наиболее ярких и значимых перипетий.

1. Подготовка ГГУ

В 1874 г. была создана подготовительная комиссия (Виндштайн, один из наиболее видных пандектистов[1], входил в число пяти консультантов, составлявших комиссию). Комиссия приняла решение не следовать предустановленному образцу, но начать со сравнительного исследования систем, действовавших в Германии, чтобы выбрать наилучшие институты. 31 января 1888 г. был опубликован первый проект с пятью томами подготовительных работ.

Тотчас же появились многочисленные критические замечания. Больше всего проект упрекали в том, что он является слишком абстрактным, недоступным для понимания граждан, что он содержит главным образом решения римского права и почти ничего германского.

Тогда второй комиссии было поручено продолжение этой задачи. Более многочисленная (в нее входили 22 члена), она объединяла лиц с различным образованием, среди которых были и практикующие юристы. Новый проект будет готов только в 1895 г., однако парламентская процедура начнется сразу же. Это объясняется политической волей на достижение результата, которая была так велика, что наиболее трудные вопросы (можно привести пример с убытками, причиненными дичью,

---

[1] См.: *P. Arminion, Baron B. Nolde, M. Wolff.* Op. cit. T. II, n. 471.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

которые обсуждали до хрипоты) иногда направлялись на рассмотрение парламентов земель. Кодекс был принят и обнародован в 1896 г., дата вступления в силу была назначена на 1 января 1900 г.

2. Представление ГГУ

Разработанный с большими усилиями, ГГУ противостоит Гражданскому кодексу Франции как по форме, так и по содержанию.

Относительно формы ГГУ проявляет свою самобытность совершенно оригинальным планом. Пространная общая часть (она включает 240 параграфов) объединяет положения, касающиеся всего ансамбля институтов гражданского права. Затем специальная часть объединяет еще четыре книги.

Составление уложения свидетельствует о стремлении к достижению определенности, которая переходит в научную точность: каждый термин избирался таким образом, чтобы использоваться в кодексе только с одним значением (во французском Гражданском кодексе, наоборот, большинство терминов обладают несколькими значениями). Вместе с тем стоит пожалеть немецких юристов, потому что стиль кодекса является тяжелым и слишком научным.

Относительно содержания кодекс далек от того, чтобы базироваться на новаторских политических и социальных принципах. Он находится в гармонии с идеалами либерального индивидуализма XIX в. Напротив в техническом отношении недостатка в проявлениях самобытности не наблюдается (в качестве примера можно обратить внимание на замечательные пояснения к положениям об односторонних и многосторонних сделках; на нормы, регулирующие операции, предметом которых являются обязательства, например перевод долга).

B. Оригинальные черты права нового государства

57. Черты немецкого права. Одновременно с осуществлением правовой унификации утверждаются оригинальные черты права нового государства.

Оно характеризуется тем, что можно назвать «немецким конституционализмом», равновесием двух властей: власти Императора и власти имперского собрания (Рейхстага). Пруссия, как и большинство государств Германии, уже опробовала подобное разделение властей. Бисмарк распространил его на всю империю.

Государство, являющееся федерацией, осмысляло себя как «правовое», что влекло ряд важных последствий. Полномочия распределялись между федерацией и государствами-членами, однако существующая иерархия норм отдавала предпочтение актам Рейха. Четко устанавливалось подчинение государственных органов принципу законности; для пресечения нарушений закона была введена административная юсти-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ция. Без сомнения, впоследствии можно будет говорить о том, что концепция правового государства оказалась формальной, в действительности же власти был присущ авторитарный характер, не проявляющий настоящего уважения к фундаментальным правам граждан. Тем не менее разрабатывается блестящая доктрина публичного права, которая окажет большое влияние как внутри Германии, так и по всей Европе.

Быстро набирает ход социальное право, и это также характеризует новую правовую систему.

Протекционистская политика в отношении предприятий повлечет принятие важных актов, некоторые из которых все еще являются действующими: Закон 1892 г. об обществах с ограниченной ответственностью, Торговый кодекс 1897 г., Закон 1909 г. о нечестной конкуренции.

III. Эволюция права в Германии начиная с Первой мировой войны

58. Кризисы. До 1918 г. праву была присуща стабильность, которую обеспечивали политический режим и совокупность существующих правовых институтов. Но вскоре после начала Первой мировой войны право испытает тяжкие последствия величайших кризисов. Двадцать лет завихрений, десять из которых явились особенно тяжелыми, привели к настоящему разложению права. Тем не менее с Конституцией от 23 мая 1949 г., для германского права начнется новый отсчет.

A. Кризисы

Немецкое право будет последовательно бороться с двумя великими потрясениями: денежной гиперинфляцией, которая последует за войной, и утилизацией права, которую предпримет нацизм для осуществления своих антигуманных целей.

1. Финансовая несостоятельность

Финансовая несостоятельность явится первым жестким испытанием. Она продемонстрирует то, насколько неприспособленными к определенным жизненным ситуациям являлись принципы ГГУ в отношении сделок. Закон и судебная практика внесут изменения в договорные нормы, что позволит немецкому праву, проявив определенную жесткость, принять данные требования в расчет, что не было сделано правом французским.

2. Нацизм и разложение права

Затем антигуманные цели нацизма приведут его к настоящему попранию права, в особенности уголовного и публичного права. Это прекрасно демонстрирует, к каким последствиям может привести абсолю-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

тизированная концепция юридического позитивизма. Реакцией на разложение права будет его возрождение, которое мы можем наблюдать вскоре после окончания Второй мировой войны.

Б. Возрождение немецкого права

59. Разделение, воссоединение и облик современного права. После краха нацистского государства Германия окажется разделенной. Речь идет о событии огромной важности в политическом и общечеловеческом значении. Но с позиции юридической техники немецкое право сохранит свою самобытность в рамках Федеративной Республики Германия, в то время как Германской Демократической Республике постепенно навязываются совершенно чуждые институты, что происходит под влиянием СССР и по образцу его права. Возврат к национальному единству в 1990 г., без сомнения, заставит предать забвению эту длительную разобщенность, однако право, которое вновь обретут земли Восточной Германии (Федеративное государство будет включать отныне 16 земель), будет весьма отличным от права 1900 г., поскольку с принятием 23 мая 1949 г. Конституции Федеративной Республики и интеграцией Германии в Европейское сообщество германское право познает новые принципы.

Если сразу же после войны Западная Германия, пережив драму нацизма, восстановила «романо-германское» наследие, то оно предстало значительно реформированным под влиянием новых демократических требований, сформулированных в главном законе страны — Конституции от 23 мая 1949 г., восстанавливая в пробудившемся народном сознании идеи правового государства[1].

1. Выдвижение конституционного права

60. Значение конституционного права. Главный переворот в развитии немецкого права будет заключаться в обретении новой роли конституционным и наднациональным правом (Римский договор, Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод). Основной закон закрепляет основополагающие правовые принципы и новую концепцию законности. В случае нарушения принципов, защищаемых Конституцией, законами федеративного государства, законами земель, пу-

---

1 В стране существует парламентарный правовой режим. Законодательная власть осуществляется двумя палатами: Бундестаг объединяет 669 депутатов, избранных на четыре года; Бундесрат состоит из 68 членов, назначаемых правительствами земель. Исполнительная власть возлагается на президента, избираемого двумя палатами на пятилетний срок (с возможностью однократного переизбрания), и канцлера, которого назначает президент, опираясь на парламентское большинство. Канцлер несет ответственность перед Бундестагом и является реальным главой исполнительной власти.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

бличными властями допускается обжалование таких действий и актов в судебные инстанции, в том числе в Конституционный суд.

Необходимо отметить, что этой концепцией охватываются все отрасли права, и потому нормы гражданского права, закрепленные в ГГУ, могут быть также объявлены не соответствующими Конституции. Отсюда — важнейшая роль судебной практики Конституционного суда.

2. Эволюция отдельных отраслей права

61. Основные реформы: уголовное право и процесс. Реформированию подверглись, прежде всего, уголовное право и процесс.

Реформа уголовного права будет осуществляться с момента учреждения республики. В самом Основном Законе восстановлен принцип законности (абз. 2 ст. 103) и отменена смертная казнь (ст. 102). Затем последовало реформирование иных институтов. Однако ревизии следовало подвергать весь Уголовный кодекс. Эта реформа приняла во внимание многочисленные наработки и была отмечена захватывающим противостоянием двух проектов: правительственный проект 1962 г., верный идеям ответственности и наказания, вызвал появление альтернативного проекта, составленного 14 немецкими и швейцарскими профессорами, объединившего большое число криминологических понятий и сделавшего ставку на прагматизм. Для законодателя (была создана специальная парламентская комиссия) стало неожиданностью то, что принцип «ответственности — наказания» не утратил своего значения. Приняв во внимание множество других новых решений (утверждение принципа гуманности, декриминализацию, принятие важных мер по предупреждению рецидива и стремление к социальной реабилитации преступника), реформа, реализованная в ряде законов, принятых с 1969 г., стала предметом Вводного закона 1974 г., вступившего в силу 1 января 1975 г. Реформа Особенной части кодекса произошла недавно, и в связи с этим произошла новая публикация кодекса (13 ноября 1998 г.).

Что касается процесса, то его реформирование не прекращалось с конца XIX в. Может быть, процесс является по своей сути предметом «изменчивым и непостоянным», а может быть, это Ордонанс 1877 г. придал юристам чувство незавершенности конструкции, но за век можно насчитать более 60 изменений. Произошедшая ревизия дала место новой публикации Ордонанса об уголовном процессе (основные законы, осуществившие реформу, вступили в силу 1 января 1975 г., а датой самого ордонанса является 7 января 1975 г.), который, однако, не вызвал той дискуссии, которая предшествовала принятию нового Уголовного кодекса. Тем не менее эта реформа также оказала значительное влияние на германскую обвинительную систему, которая представляет собой переходную модель между английской и французской системами. После 1975 г. процесс реформирования продолжился, особенно с приня-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

тием Закона от 27 января 1987 г., затрагивающего важные аспекты доказательственного права. Последние реформы также усовершенствовали право на защиту, восстановили систему предварительного заключения, постарались ускорить совершение правосудия.

62. Основные реформы: частное право. В сфере частного права долгое время наблюдалась стабильность. Но затем и здесь были осуществлены важные изменения. Были реформированы положения, касающиеся международного частного права. Реформы в сфере гражданского права глубоко изменили облик семейного права, института защиты интересов лиц, обладающих физическими или умственными недостатками, и института защиты слабой стороны договора, что было достигнуто благодаря регламентации общих условий контрактов. В рамках торгового права состоялась реформа института несостоятельности. Широкая реформа обязательственного права, готовившаяся в течение долгого времени, была осуществлена Законом от 26 ноября 2001 г. (Закон о реформировании обязательственного права), большая часть положений которого вступила в силу 1 января 2002 г.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 2

АНАЛИЗ СОВРЕМЕННЫХ ОТЛИЧИЙ АНГЛИЙСКОГО, ФРАНЦУЗСКОГО И НЕМЕЦКОГО ПРАВА

Библиография. Немецкое право: *Chr. Autxier.* Introduction au droit public allemand, PUF, 1997. *Fr. Ferrand.* Droit privé allemand, Dalloz, 1997. *M. Fromont.* Droit allemand des affaires, Droit des bien et des obligations, Droit commercial et du travail, Montchrestien, 2001. *M. Fromont, H. Maurer.* Droit administratif allemand, LGDJ, 1995. *C. Witz.* Droit privé allemand, t. I, Actes juridiques et droits subjectifs, Litec, 1992.

Английское право: *C. Bouscaren, R. Greenstein.* Droit anglais: Les bases du droit anglais, 2 éd., 1993. *R. David, X. Blanc-Jouvan.* Le droit anglais, PUF (Que sais-je ?), 8 éd., 2003. *S. Dubourg-Lavroff, J-P. Duprat.* Droits et libertés en Grande-Bretagne et en France, L'Harmattan, 1999. *Ph.S. James.* Introduction to English law, 12 éd., 1998. *J.A. Jolowicz.* Droit anglais, 2 éd., Dalloz, 1992. *P. Kinder-Gest.* Droit anglais, institutions politiques et judiciaires, t. 1, 3 éd. t. 2, LGDJ, 1997. *O. Moreteau.* Droit anglais des affaires, Dalloz, 2000. *S. Poillot-Peruzzetto.* Guide pratique de la procédure civile anglaise, 1989. *J.R. Spencer.* La procédure pénale aglaise, PUF, 1998.

Французское право: *J. Carbonnier.* Droit français : Droit civil, Thémis, Introduction, 27 éd., PUF, 2002. *G. Cornu.* Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens, Paris, Montchrestien, 11 éd., 2003. *Delmas-Marty.* Procédures pénales d'Europe, Thémis, Paris, PUF, 1995. *J. Pradel.* Droit pénal comparé, Dalloz, 2 éd., 2002.

63. Мираж рассеивается: будущее исчезновение отличий. Различие английского, французского и германского права является одной из главных опор для сравнительного правоведения, поскольку оно, с одной стороны, достаточно масштабно, для того чтобы его можно было охарактеризовать, а с другой стороны — достаточно стабильно, а потому пригодно для использования.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Несомненно, следует также обратить внимание на наличие сближающих факторов, которые позволяют ограничить рамки исследования.

Так, роль обычая в этих правовых системах значительно сократилась (если иногда и представляют английское право в качестве «обычного права», то это делается лишь для того, чтобы принять во внимание его возраст, в техническом же плане речь идет не об обычном праве, а о прецедентном праве).

Даже если роль доктрины во Франции, Англии и Германии является различной, французские, английские и немецкие юристы вдохновляются одинаковыми философскими идеями, а руководители государств часто договариваются о проведении схожей правовой политики, так что Великобритания, Германия и Франция базируются на ценностях, которые в своем большинстве являются общими.

На каждой правовой системе оставляет свой отпечаток единое наднациональное право.

Вступление в Европейский союз немедленно повлекло свои последствия. Европейское право в собственном смысле слова, налагаемое на каждого члена сообщества, выросло не только в количественном, но и в качественном отношении, что отразилось на иерархии источников права[1]. В частности, в Англии применение европейских конвенций, интегрированных парламентом в английское право, является полигоном для применения права, основой которого выступает закон.

Членство в Совете Европы также имеет большое значение, так как Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, так же как и практика суда, который следит за ее соблюдением, содействует сближению фундаментальных принципов, служащих ориентирами для национальных правовых систем.

На доктринальном уровне также осуществляется разработка «начал» или «кодексов», которые способствуют сближению и унификации некоторых отраслей права[2].

---

1 Европейские директивы, число которых постоянно растет, ведут к сближению правовых положений. Еще лучшей основой для сближения могла бы, кажется, послужить ст. 100 *A* Маастрихского договора, которая говорит о разработке и принятии в государствах-членах общих нормативных актов. См. в этом отношении: *Jurgen Basedow.* Un droit commun des contrats pour le Marché commun, qui préconise une codification du droit des contrats européens sous forme d'un règlement basé sur l'article 100 a CEE (RID comp. 1998, 7 et s.). Также существует мощное течение, направленное на создание правового свода, объединяющего наднациональные уголовные нормы для защиты финансовых интересов Сообщества. Более того, существуют признаки возможного возвращения к общеевропейскому праву. Однако у тезиса о сближении правовых систем государств — членов Союза существуют и свои противники. Например, см.: *P. Vareilles-Sommieres.* Le droit privé européen, Economica, 1998, et Pierre Legrand, Le droit comparé, PUF, 2000).

2 См.: *A.S. Hartkamp, M. Hesselink, E.H. Hondius, C. Joustra, E. du Perron.* Towards a European Civil Code, 2 ed., Kluwer, 1998.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Тем не менее влияние упомянутых выше факторов осуществляется довольно медленно, и они, кажется, не смогут в обозримом будущем устранить очевидные на сегодняшний день различия[1].

С одной стороны, английское право противостоит радикальным образом французскому и немецкому праву в том, что касается правовых основ (иерархия источников и юридическая техника). Немецкое же и французское право, несмотря на действительное сходство в приемах создания и реализации, обладают не менее яркими особенностями, отличающими их друг от друга, которые далеки от исчезновения и, может быть, даже усилились в течение последних десятилетий.

Раздел 1

ОСНОВНЫЕ РАСХОЖДЕНИЯ МЕЖДУ АНГЛИЙСКОЙ СИСТЕМОЙ, С ОДНОЙ СТОРОНЫ, И ФРАНЦУЗСКОЙ И НЕМЕЦКОЙ СИСТЕМАМИ, С ДРУГОЙ

64. Зависимость от судьи или зависимость от закона? Английское право продолжает находиться в подчинении судей, тогда как французское и немецкое право являются системами, которые зависят прежде всего от закона. Для лучшего осознания значимости этого противопоставления следует представить главных действующих лиц правовой жизни каждой из трех стран, а затем проанализировать, как в этих странах понимаются сегодня технические основы права.

§ 1. Главные участники правовой жизни в Англии, Германии и Франции и суды как регуляторы правовой жизни

65. Настоящее право зависит прежде всего от судей. Так происходит в Англии, но можно ли говорить о настоящей судебной власти во

---

[1] Не недооценивая значимости движения за признание и расширение сферы общеевропейского права, следует обратить внимание на препятствия, которые стоят на пути сближения национальных правовых систем Европы. В первую очередь, к ним относится многообразие языков, которое способствует консервации отличий даже при существовании общего права. См.: *R. Sacco, Lucas-Castellani, M.-J. Campana, E. Didier, G.P. Hetcher*. Les multiples langues du droit uniforme, L`Harmattan, 1999.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Франции и Германии, где несмотря на свою значимость, авторитет судей не доминирует в правовой жизни?

I. Правосудие в Англии

66. Для того чтобы узнать, как правосудие заработало свой авторитет, который поддерживается сегодня традициями, нам следует обратиться к истории.

A. Основания престижности правосудия в Англии

67. В королевстве судей. Существует несколько доводов, объясняющих могущество английских судей.

Прежде всего оно объясняется незначительной ролью в сфере осуществления правосудия всех иных властей, кроме судебной. Исполнительная власть не может уклоняться от выполнения определенных задач в сфере отправления правосудия. Но принятые ею решения явились весьма благоприятными для поддержания доминирующей роли судей. На правительственном уровне не существует Министерства юстиции, и функции, обычно возлагаемые на подобное министерство, распределяются между несколькими членами правительства (департамент лорда-канцлера и *Home office* являются наиболее компетентными в этом вопросе).

Лорд-канцлер обладает множеством полномочий, и его статус является весьма своеобразным, поскольку, являясь членом Правительства, он также председательствует в одной из палат парламента, Палате лордов, и стоит во главе одного из комитетов палаты *(Appellate Committee)*, который образует высшую судебную инстанцию королевства. Кроме того, в теории он является «главой судей». Все эти полномочия должны быть в ближайшем будущем распылены. Однако рассчитывать на то, что объявленная реформа окажется эффективной, следует с большой осторожностью.

Home office наделяется функциями, которые в других странах, например во Франции, распределены между Министерством юстиции и Министерством внутренних дел. Его структура больше напоминает Министерство внутренних дел, чем Министерство юстиции.

Иные высокопоставленные лица также принимают участие в осуществлении правосудия: Генеральный атторней, Генеральный солиситер, Директор публичного преследования. Связь между судами и исполнительной властью обеспечивается работой всех этих органов, а также использованием вспомогательного персонала правосудия (присяжных заседателей, секретарей и т.д.). До сегодняшнего дня в Англии не существует настоящей прокуратуры (Королевская служба преследования, созданная в 1985 г. и поставленная под начало Директора публично-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

го преследования, далека от того, чтобы ее можно было рассматривать в качестве аналога французской прокуратуры или немецкого *Staatsanwaltschaft*).

Следует также принять во внимание относительное единство корпуса юристов, возглавляемого судьями. Не все юристы обладают равным статусом, но в своей совокупности они вызывают ощущение единства.

Солиситоры являются юристами на местах, профессионалами, осуществляющими функции французских поверенных (с правом выступления в суде), некоторые функции французских нотариусов и юрисконсультов. Они назначаются Правовым обществом и распределяются по всей территории (их число, значительно возросшее за последние несколько лет, превышает сегодня 100 тыс.).

Барристеры представляют собой адвокатов высокой квалификации, которые объединяются традиционными организациями — *Inns of Courts*[1]. Их функции (ведение дел в высших судебных инстанциях, дача консультаций) таковы, что обнаружение их аналога во Франции или Германии не представляется возможным. Не превышая 10 тысяч человек (часть из них сегодня разместила свои коллегии за пределами Лондона), они играют главную роль в правовой жизни Англии, и в силу существующих норм и обычаев из их числа выбираются те, кто стоит на самой вершине сословия английских юристов, — судьи.

Английские судьи, которых следует отличать от магистратов, не являющихся по большей части профессиональными судьями, — это прежде всего весьма преуспевшие барристеры, которые в силу своих профессиональных и человеческих качеств назначаются Королевой по представлению лорда-канцлера для осуществления судебных функций. Их независимость гарантируется привилегированным статусом, высоким вознаграждением и традиционным уважением в английском обществе. Число судей Верховного суда (судьи Высокого суда и апелляционные судьи) все еще является весьма ограниченным. Но именно этим судьям, составляющим элитный корпус, английское право обязано своим характером и неизменностью своего высокого качества.

Концентрация правовой жизни в Лондоне в прошлом содействовала видному положению правосудия, находящемуся среди главных общественных институтов. Шаг за шагом новые судебные институты приблизили правосудие к гражданам. Может быть, правосудие стоит на пути утраты своего престижа, который сегодня еще очень велик.

---

[1] *Inns* объединяются в *Temple*, которых насчитывается четыре: *Inner Temple, Middle Temple, Gray`s Inn, Lincoln`s Inn.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Матеріал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Осуществление судебных функций

68. Первое приближение к реальной судебной жизни. Английское правосудие является сложным. Не все его институты в равной степени воплощают судебную власть, и следует сразу же обратить внимание на важное различие. Судебные органы нижнего звена, играющие важную практическую роль в разрешении споров, не имеют большого влияния на формирование права. Напротив, суды высших инстанций, которые рассматривают очень ограниченное число дел, имеют большое влияние не только по причине вынесения судебных постановлений, формирующих право, но также в силу своей роли в отношении судов низших инстанций, административных властей, территориальных коллективов, связанной с полномочием по использованию *prerogative writs*, т.е. ордонансов, выносимых в прошлом от имени Короля *(mandamus, certiorari, prohibition)*, которые все еще позволяют осуществлять самые решительные меры.

1. Организация судов нижнего звена

69. Суды магистратов. Тем не менее для понимания того, как осуществляется судебная власть в Англии, будет полезно познакомиться с органами, которые выносят решения по большинству дел небольшой или средней тяжести, а в отношении других дел участвуют на первых стадиях судопроизводства, по крайней мере в уголовной сфере.

Суды магистратов, распределенные по всей территории, имеют различную компетенцию, выполняя особо важные функции в уголовной сфере.

Речь идет об очень старых судебных органах, появившихся в XIV в. под названием мировых судов, которое все еще используется для их обозначения, поскольку Закон 1361 г. (Акт о мировых судах), являющийся одним из первых актов, регулирующих их деятельность, действует до сих пор. Магистраты — это уважаемые граждане, которые участвуют в отправлении правосудия в течение ограниченного количества дней в году; должность магистрата по общему правилу не оплачивается (тем не менее в некоторых городах существуют *stipendiary magistrates*, т.е. магистраты с жалованием, являющиеся настоящими профессионалами, которые рассматривают дела в течении полного или неполного рабочего дня).

Помимо уголовных дел, суды магистратов разрешают семейные дела (раздельное проживание супругов, споры о надзоре за ребенком, усыновление), выдают лицензии (например для продажи алкоголя). Но по большей части магистраты участвуют в рассмотрении уголовных дел, обладая тремя различными полномочиями. Это прежде всего рассмотрение дела с вынесением приговора по незначительным делам *(summary offences)* и делам средней тяжести *(offences triable either way)*, в послед-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

нем случае для этого требуется согласие подсудимого (свыше 80% уголовных дел рассматриваются судами магистратов). В отношении тяжких уголовных дел (*indictable offences*, т.е. в отношении преступлений, которые по причине их тяжести могут разрешаться в суде только при наличии обвинительного акта, *indictment*) магистраты в рамках ускоренной и своеобразной процедуры (весьма отличной от процедуры, осуществляемой французскими следователями) оценивают достаточность обвинений для передачи дела к рассмотрению Судом короны, и в случае положительного заключения они должны составить обвинительный акт, сама же судебная процедура по вынесению приговора будет происходить в вышестоящем уголовном суде. Наконец, в специальном составе суды магистратов осуществляют функции ювенальных судов, т.е. судебных органов по делам несовершеннолетних (подростков 14–17 лет).

70. Суды графств. Суды графств обладают компетенцией по рассмотрению в первой инстанции большинства гражданских дел (дела, по которым цена иска не превышает 15 тыс. фунтов, дела по расторжению браков). В Англии существует свыше 300 таких судов. Решения выносятся судьей единолично, работе судьи содействует регистратор, т.е. секретарь суда, который к тому же может самостоятельно разрешать незначительные дела.

71. Иные органы. Самые различные институты, названия которых часто вводят в заблуждение (комиссии, трибуналы), рассматривают большое количество споров, возникающих в административной, экономической и социальной сферах. Для контроля за этими институтами в 1958 г. был создан специальный орган — Совет по трибуналам, но они также контролируются Высоким судом. Так, специальные суды рассматривают трудовые споры. Примирение осуществляется при содействии Службы посредников и арбитража, но если конфликт не исчерпан, он подлежит рассмотрению в Промышленных трибуналах или Трудовом апелляционном трибунале.

2. Верховный суд правосудия

72. Высокий суд, Суд короны и Апелляционный суд. Верховный суд правосудия состоит из ансамбля верховных судов, смыслом существования и единственной задачей которых является отправление правосудия. Различаются суды первой инстанции и суды, представляющие вторую инстанцию: Высокий суд, Суд короны и Апелляционный суд.

73. Высокий суд включает три отделения:

- **Отделение королевской скамьи** в течение долгого времени рассматривалось в качестве наследника судов общего права. С момента реорганизации судебной системы в 1970–1971 гг. к подобному высказыванию следует подходить более осторожно. Отделение рассматривает определенные гражданские дела, в частности, споры

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

из договоров, из деяний, влекущих гражданскую ответственность *(torts)*, а также дела, относящиеся у нас к публичному праву; судьи этого отделения принимают участие в заседаниях Суда короны при вынесении приговора по наиболее тяжким преступлениям. Суд адмиралтейства, рассматривающий дела, связанные со столкновением судов, Коммерческий суд, который разбирает наиболее значимые коммерческие споры, не являются специальными подразделениями Высокого суда, а скорее органами Отделения королевской скамьи (говорить о них как о об органах, к тому же, неточно, поскольку в Суде адмиралтейства и в Коммерческом суде дела рассматриваются судьей единолично, что характерно и для других процедур Высокого суда[1]). В Отделении королевской скамьи также выделяется Административный суд, судьи которого специализируются на разрешении дел, регулируемых административным правом[2].

- ***«Chancery Division»***, к компетенции которого относится рассмотрение дел, ранее являвшихся делами права справедливости: например, в нем рассматриваются все дела из трастовых отношений. Но в нем также разрешаются споры, регулируемые современным правом, такие как споры хозяйственных обществ или споры из промышленной собственности, а также дела, традиционно относящиеся к ведению судов общего права, например дела из несостоятельности, которые в силу тех или иных их аспектов были отнесены к компетенции данного отделения. На базе *Chancery Division* было обособлено несколько подразделений: Суд по делам компаний (с компетенцией, восходящей к праву хозяйственных обществ), Суд по делам из несостоятельности (компетентный по рассмотрению дел о банкротстве предприятий), Патентный суд (с компетенцией в отношении промышленной собственности и прав на нематериальные блага).
- **Третье отделение** обладает с 1971 г. менее разнородной компетенцией, что соответствует его новому названию — Отделение по семейным делам. Оно разбирает небольшие споры между супругами или между родителями и детьми, а также споры из усыновления.

74. Суд короны: высший уголовный суд первой инстанции. Суд короны, созданный Актом о судах 1971 г., является высшим судебным органом, который специализируется на рассмотрении уголовных дел. По своему статусу он приравнивается к Высокому суду, но отличается от него и включает к тому же большое число отделений на местах.

---

1 Судьи Высокого суда сегодня заседают не только в Лондоне.

2 Вопрос о существовании административного права в Англии является спорным, и не все английские юристы его признают.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В состав Суда короны входит судья и коллегия из 12 присяжных по делам, в которых обвиняемый не признает себя виновным.

Суд рассматривает *indictable offences*, т.е. наиболее тяжкие преступления, и некоторые преступления средней тяжести *(eitherway offences)*.

75. Апелляционный суд. Апелляционный суд является органом Верховного суда правосудия, который представляет собой вторую судебную инстанцию. Необходимо отличать его от французского апелляционного суда не только потому, что он является единственным, но в большей степени в силу того, что он выносит окончательное решение по большинству дел, рассматриваемых в исковом производстве.

С 1966 г. он включает гражданское и уголовное отделения, а совсем недавно часть его судей стали специализироваться на рассмотрении дел, регулируемых административным правом.

Апелляционный суд возглавляется *Master of the Rolls*, который занимает видное место в юридической иерархии (один из величайших английских юристов этого столетия, лорд Деннинг, прославился, занимая должность *Master of the Rolls* в течение нескольких лет). Однако уголовное отделение возглавляет *Lord Chief justice*, председатель Отделения королевской скамьи Высокого суда. В отличие от Высокого суда, где действует принцип единоличного рассмотрения дел, вынесение решений в Апелляционном суде обычно является коллегиальным (решения выносятся тремя судьями, апелляция на решение может быть отклонена с согласия не менее двух судей, при этом каждый из судей может составить свою мотивировочную часть).

3. Палата лордов

76. Квазиверховный суд? Палата лордов является высшим судебным органом, даже если речь идет об одной из палат парламента. Но чтобы соблюсти разделение властей и в то же время обеспечить широкую компетенцию лордов в правовой сфере, был создан специальный орган Палаты лордов — Апелляционный комитет, который осуществляет судебные функции палаты. Такие функции в рамках подразделений Апелляционного комитета осуществляются лордами *(Lords of Appeal in Ordinary)*, избираемыми Палатой лордов и обладающими особым статусом[1]. В зависимости от важности дела, решение принимается коллегией из 5 или 7 лордов.

Палата лордов выносит свои постановления по узкому кругу дел (около ста дел в год, которые во Франции рассматривались бы Кассаци-

[1] Их участие в деятельности Высокой ассамблеи ограничено теми вопросами, решение которых главным образом не зависит от политических пристрастий. Так, они могут участвовать в разработке правовой реформы.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

онным судом или Государственным советом). Палата занимается только правовыми аспектами дела и непосредственно выносит решение в большинстве случаев. Апелляция подлежит удовлетворению только при условии ее поддержки большинством голосов, при этом каждый лорд может составить свою мотивировочную часть. Таким образом, на примере Верховного суда можно увидеть большое различие между судебной организацией в Англии и судебной системой Франции и Германии.

4. Судебный комитет тайного совета

77. Для общего блага там, где его все еще желают. Тайный совет Королевы (или Короля) имеет с 1833 г. подразделение, разрешающее споры в качестве верховного судебного органа по апелляциям, приносимым на решения судов, осуществляющих правосудие в колониях и доминионах, признающих его власть (суды Канады являются независимыми, но Новая Зеландия все еще признает Тайный совет в качестве верховного судебного органа).

Решения Тайного совета не имеют для английских судов силы прецедента, которая принадлежит решениям Палаты лордов. Но они обладают *persuasive autority* (убеждающим значением)[1], которое в действительности наделяет их не меньшим значением. Одним из решений, которое признает причинную связь как необходимую характеристику гражданской ответственности (в рамках нанесения ущерба по неосторожности), является решение Тайного совета, которое цитируют на практике под названием *The Wagon Mound.*

II. Юристы и суды в Германии и Франции

78. Германия и Франция: другое правосудие. В Германии, как и во Франции, право не так зависит от судей, как это происходит в Англии. Очевидно, это объясняется, прежде всего, ролью закона как главного источника права, что оставляет судебной практике лишь вспомогательную роль. Но это также объясняется различными характеристиками правовой жизни трех стран. Во Франции и Германии мир правосудия является разделенным — в противоположность единству правового мира Англии. К тому же влияние судебной практики на право является меньшим там,

---

[1] *Persuasive authority* (убеждающее значение) или *persuasive precedent* (убеждающий прецедент) — это прецедент или юридический труд, который имеет отношение к данному делу, но не является прецедентом, обладающим обязательной силой *(binding precedent)*. Тем не менее судья может руководствоваться этим прецедентом, который может исходить из нижестоящих или равных, иностранных судов, юридической доктрины. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

где право подвержено влиянию доктрины. Роль последней в Англии является весьма ограниченной.

A. Разделенное правосудие во Франции и Германии

Ограничение авторитета судебной власти продиктовано во Франции и Германии политическим выбором.

1. Правосудие во Франции

79. Там, где Конституция говорит о судебном авторитете. Злоупотребления верховных судов при королевском режиме, их непопулярность привели к ограничению власти судей в период наполеоновской кодификации, когда французское право получило свои новые основания. Статья 5 Гражданского кодекса имеет символическое значение[1]. Без сомнения, за прошедшие века судьи утвердили свою власть в правовой сфере. Однако правосудие не было любимо политической властью, по крайней мере до последнего времени.

Прежде всего сама Конституция 1958 г. содействует ограничению престижа правосудия во Франции: вместо признания «судебной власти», она закрепляет «судебный авторитет». Но сюда вмешиваются и другие причины.

Различие административных судов и судов по уголовным и гражданским делам с судьями, набираемыми и обучающимися на разных платформах, число которых к тому же является очень большим, несмотря на их недостаточность, гораздо менее благоприятно для престижа правосудия, чем единство судебных органов.

Но даже в рамках обычных уголовных и гражданских судов существуют основания, ограничивающие авторитет правосудия. Организация карьеры является практически полностью различной у судей и адвокатов. Проучившись четыре года в рамках базового образования на правовых факультетах, молодые юристы следуют различными путями к судейской или адвокатской должности. Доступ к судебной карьере зависит от поступления на конкурсной основе в Национальную школу судей (учрежденную для подготовки кадров уголовных и гражданских судов, так как для административных судов существует Национальная школа управления). Зачисление в коллегию адвокатов зависит от предварительного образования в профессиональных школах, где преподают прежде всего адвокаты, и вступительного экзамена, отсеивающего кандидатов с различной степенью жесткости в зависимости от университета. Для судей уголовных и гражданских судов возможны два вида карье-

[1] Судьям запрещается разрешать дела посредством вынесения решений, содержащих общие или подзаконные положения.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ры: карьера судьи, должностного лица суда и карьера следователя, должностного лица прокуратуры, роль которой в правовой системе остается не совсем понятной. Когда у конкретного лица существует выбор между назначением в суд или в прокуратуру, зависящий от его предпочтения, от его тактики продвижения по службе, мы видим, что такой выбор не обязательно падает на карьеру судьи, как это происходит в Англии.

Тем не менее многие признают определенные достоинства организации правосудия во Франции как в отношении гражданских и уголовных, так и административных судов.

A) Гражданские и уголовные суды

80. Суды, рассматривающие дело по существу. Суды, которые при разбирательстве дела рассматривают как фактические, так и правовые вопросы (такие суды демонстративно называют «судами, рассматривающими дело по существу», отмечая их обширные полномочия), занимают важное место в правовой жизни, поскольку судьи, обладающие широкой свободой в мотивировке постановления, часто изобретают новые аргументы. Можно провести аналогию с постановлениями судов малой инстанции и судов большой инстанции, которые содействовали появлению новых правовых решений. Разработке права особенно содействует работа апелляционных судов, судов второй инстанции.

Суды, обладающие правом рассмотрения дела в первой инстанции, являются довольно многочисленными, поскольку наряду с судами так называемой общей юрисдикции, существуют и «специальные» суды, обладающие только специальной компетенцией.

Судами общей юрисдикции являются суды, главный предмет деятельности которых состоит в рассмотрении и разрешении дел по нормам Гражданского процессуального кодекса. Даже если не все юристы согласны с этим, большинство из них считают, что сегодня только два вида судебных органов могут называться судами общей юрисдикции: это суды малой инстанции и суды большой инстанции.

81. Суды большой инстанции. Суд большой инстанции создается в рамках департамента. Он включает, с одной стороны, одну или несколько палат по гражданским делам, с другой стороны, одну или несколько исправительных палат, которые действуют в рамках уголовного процесса. В гражданской сфере суд большой инстанции разрешает все дела, за исключением тех, которые в силу специального указания закона отнесены к компетенции других судов. Состав суда является обычно коллегиальным, тем не менее законодательство все чаще допускает случаи, когда дело может быть разрешено судьей единолично. В отношении гражданских дел в Гражданском процессуальном кодексе закреплена ординарная процедура, обеспечивающая максимальные гарантии тяжущимся сторонам. В тех регионах, где не существует коммерческих судов,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

суды большой инстанции занимают их место. В уголовной сфере исправительная палата рассматривает деликты, т.е. правонарушения средней тяжести, влекущие тюремное заключение или уплату значительного штрафа (французское право сохраняет трехзвенную систему уголовных правонарушений, которая подразделяет их на преступления, деликты и нарушения). Судебный следователь, состоящий при суде большой инстанции, рассматривает деликты в том случае, если имело место предварительное расследование, но он также обязательно участвует в проведении предварительного следствия в отношении преступлений, тогда как исправительная палата осуществляет судебное следствие.

82. Суд малой инстанции. Суд малой инстанции создается в рамках административного округа. Он разрешает мелкие гражданские дела. Его компетенция распространяется также на дела, которые специально отнесены к его рассмотрению (например поссессорные иски, которые защищают владельцев или держателей недвижимого имущества, о легитимности прав которых можно говорить лишь предположительно). Процедура в основном совпадет с той, которая установлена для судов большой инстанции. В уголовной сфере трибунал малой инстанции, обозначаемый в данном случае как полицейский суд, рассматривает обвинительные заключения в отношении нарушений.

83. Прокуратура. Прокурор Республики (с одним или несколькими заместителями) представляет прокуратуру при суде большой инстанции: он осуществляет уголовное преследование, поддерживая при необходимости обвинение в судебном заседании и требуя наказания, которое он сочтет необходимым; в гражданской сфере его роль является более ограниченной (например он осуществляет защиту недееспособных лиц). Прокурор Республики также может выступать в суде малой инстанции, которая не имеет собственного отделения прокуратуры.

84. Специальные суды и «ближние судьи». Специальные суды рассматривают в первой инстанции дела, прямо указанные в законе. Коммерческие суды рассматривают тяжбы между коммерсантами или споры, возникающие из коммерческих сделок. Паритетные суды по делам сельскохозяйственной аренды разрешают споры между собственниками, отдающими землю внаем, и арендаторами-фермерами. Прюдомальные советы обладают компетенцией по рассмотрению споров, в которых наймодателю противостоят рабочие, трудящиеся за его счет. Комиссии первой инстанции по социальному обеспечению рассматривают споры, касающиеся взносов и пособий, которые регулируются правом социального обеспечения. Закон от 9 сентября 2002 г. учредил «ближних судей», которые разрешают небольшие гражданские дела и некоторые уголовные нарушения, исчерпывающим образом перечисленные в законе.

85. Апелляционные суды. Апелляционные суды учреждаются на региональном уровне для рассмотрения дел во второй инстанции, т.е.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

при наличии определенных условий палата апелляционного суда рассматривает дело во второй раз как по фактическим, так и по правовым вопросам. Апелляционный суд рассматривает жалобы, подаваемые на решения судов большой инстанции и судов малой инстанции, а также жалобы, подаваемые на решения специальных судов. В уголовной сфере исправительная палата апелляционного суда рассматривает жалобы, подаваемые на решения исправительных судов и полицейских судов. Одна из палат апелляционного суда, палата по расследованию, осуществляет судебное следствие, если уголовное правонарушение относится к преступлениям; по другим уголовным правонарушениям, в отношении которых уже проводилось расследование, палата рассматривает апелляции на постановления судебных следователей.

Генеральный прокурор (которому содействуют один или несколько генеральных адвокатов или один или несколько генеральных заместителей) осуществляет функции прокуратуры при апелляционном суде. Ему подчиняются прокуроры Республики соответствующего округа, а сам он состоит в подчинении Министра юстиции.

86. Суд присяжных. Суд присяжных, рассматривающий преступления, обладает особенностью, которая выделяет его из всей французской судебной системы. Он не является постоянным судебным органом. Сессии в рамках департамента организуются каждые три месяца по инициативе первого председателя Апелляционного суда, который является компетентным в отношении всех департаментов своего округа. Суд присяжных состоит из трех судей и девяти присяжных заседателей; судьи и присяжные вместе принимают решение не только по фактическим обстоятельствам дела, но также решают вопрос о наказании в случае установления виновности лица. Суд присяжных, являвшийся в течение долгого времени суверенным, что означало невозможность апелляционного обжалования его вердиктов, в настоящее время утратил эту черту. Однако апелляция на его вердикт рассматривается другим судом присяжных, — с более полновесным составом (12 присяжных). К тому же в случаях нарушения материального или процессуального закона допускается кассационное обжалование.

87. Кассационный суд: судебный контроль за законностью судебных решений. На долю Кассационного суда выпадает основная часть функции по соблюдению законности и обеспечению единства в толковании закона. Возбуждающий производство по кассационным жалобам в случаях невозможности апелляции или после апелляционного обжалования, Кассационный суд не рассматривает фактические обстоятельства дела. Он оценивает правовую обоснованность решений или постановлений, обжалование которых отнесено к его компетенции. В случае обнаружения нарушения закона он отменяет решение и отправляет дело в другой суд той же инстанции для нового разбирательства дела.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Кассационный суд также может сформулировать свои указания нижестоящему суду.

Б) Административные суды

88. «Французское общее право»: административное право как право судей. Французское административное право объединяет основные положения, позволяющие разрешать споры между государством и его гражданами.

89. Государственный совет. Государственный совет играет важнейшую роль во французском праве. Он занимается разъяснением содержания нормативных актов (законов и постановлений), но прежде всего предстает как орган, создавший французское административное право и продолжающий руководить его эволюцией. Он участвует в судопроизводстве как для контроля за законностью решений, вынесенных административными апелляционными судами и административными трибуналами, так и для рассмотрения заявлений о незаконности нормативных актов (например декретов).

90. Административные трибуналы и административные апелляционные суды. Распределенные по всей территории страны (в метрополии их насчитывается 28), административные трибуналы рассматривают в качестве суда первой инстанции большинство споров, вытекающих из административных правоотношений. Созданные во второй половине XX в., административные апелляционные суды (сегодня существует 7 таких судов) представляют собой вторую инстанцию в системе административных судов.

В) Суд по спорам о подведомственности

91. Для разрешения споров о компетенции. По причине существования во Франции двух судебных систем по разрешению споров — системы гражданских и уголовных судов и системы административных судов — суд высшего порядка — Суд по спорам о подведомственности — принимает решение о том, какой суд будет рассматривать дело, когда в процессе, начавшимся в гражданском или уголовном суде, префект, представляющий государство, отклоняет компетенцию этого суда и требует признания компетенции административного суда[1]. Суд по спорам о подведомственности на равных началах состоит из членов Государственного совета и Кассационного суда. Министр юстиции, председательствующий в этом суде, на практике участвует в его заседа-

[1] Суд по спорам о подведомственности может также разрешить «негативный конфликт» компетенций, когда привлекаемые суды один за другим отказываются от принятия дела к своему рассмотрению за его неподведомственностью.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ниях только в исключительных случаях — при достижении равенства голосов.

2. Правосудие в Германии

92. Государство со множеством Верховных судов. Конституция 1949 г. заложила основы настоящей судебной власти. Тем не менее германское правосудие является более приближенным к французскому, чем к английскому.

Это происходит благодаря разделению правосудия, также существующему в Германии. Оно прекрасно иллюстрируется большим количеством Верховных судов, заседающих в различных городах.

93. Юристы. Корпус юристов также не является однородным, потому что здесь различают судей *(Richter)*, работников прокуратуры *(Staatsanwalt)* и адвокатов *(Rechtsanwalt)*. Также следует отвести важное место *Rechtspfleger* (судебным чиновникам, участвующим в отправлении правосудия). Образование молодых юристов, тем не менее происходит на более унитарном основании по сравнению с Францией. Для того чтобы стать судьей, работником прокуратуры или адвокатом, молодой юрист обязательно должен получить звание *Gerichtsreferandar*, пройти стажировку и сдать соответствующий экзамен.

- **Судьи** *(Richter)*, работающие в судах, пользуются большой независимостью. Статья 97 Основного Закона устанавливает, что они подчиняются только закону. Их высокий статус соответствует конституционному принципу. Судьи назначаются из среды *Assessoren*, т.е. юристов, которые прошли стажировку и сдали экзамены на звание *Gerichtsreferandar*. После пятилетнего испытательного периода судьи назначаются на свою должность пожизненно, т.е. до достижения пенсионного возраста[1]. Независимость судей обеспечивается их несменяемостью, а также способом их продвижения по карьерной лестнице: она зависит от индекса, который изменяется автоматически по выслуге лет.
- **Прокуратура** *(Staatsanwaltschaft)*, учрежденная в XIX в. по французскому образцу, приобрела в 1949 г. самобытные черты. Она составляет иерархизированный корпус служащих, независимый в отношении других властей. Работники прокуратуры назначаются из *Assessoren*, как и судьи. Но карьера судьи и карьера работника прокуратуры весьма различны: в Германии не принято переходить с одной из этих должностей на другую. Прокуратура представлена при всех

---

1 Что касается судей, назначаемых на работу в суды земель, то их пенсионный возраст устанавливается законодательством каждой земли; а для судей федеральных судов пенсионный возраст составляет 68 лет.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ординарных судах. Она играет очень важную роль в уголовной сфере, особенно с того момента, когда она стала проводить расследование дел, и менее значимую роль в гражданской сфере (*Staatsanwalt* участвует, например, в делах о признании недействительными браков, в рассмотрении ходатайств о признании недееспособными лиц, страдающих психическими расстройствами, или слабоумных).

- ***Rechtspfleger*** является должностным лицом, которое участвует в судопроизводстве двояким образом: с одной стороны, он осуществляет задачи, обычно возлагаемые на секретаря суда, с другой стороны, он приобрел компетенцию по вынесению решений, обычно принимаемых судьями. Таким образом, он играет важную роль на практике (в его полномочия, например, входит ведение земельных книг). В настоящее время его статус и полномочия закреплены в Законе от 5 ноября 1969 г. Но если *Rechtspfleger* и обладает определенной автономией, то он, тем не менее, не обладает ни независимостью, ни несменяемостью, которые присущи судьям.
- **Адвокат** *(Rechtsanwalt)* является представителем свободной профессии, хотя он начинает свое образование также, как и будущие судьи и прокуроры. Допуск к осуществлению адвокатской профессии *(Zulassung)* происходит в определенном суде и объявляется Министром юстиции земли. Адвокатский корпус осуществляет самоуправление посредством системы «палат» (Федеральная палата адвокатов объединяет различные палаты). Адвокат обладает всей полнотой полномочий для дачи консультаций, а в случае необходимости — для представительства лиц в суде. В некоторых землях адвокат может равным образом осуществлять функции нотариуса.

94. Суды. Суды организованы по предусмотренному Конституцией принципу специализации, который различает пять видов судов, в которые не включен Конституционный суд, играющий важнейшую роль в правовой жизни Германии.

A) Конституционный суд

95. Конституционный суд был учрежден Конституцией 1949 г. (ст. 92). Его задачей является пресечение нарушений Основного Закона, которые может совершить одна из трех ветвей власти — законодательная, исполнительная и судебная, и обеспечение, таким образом, соблюдения основных прав.

Суд состоит из 16 судей и включает две палаты, в каждой из которых заседают по 8 судей. Суд расположен в Карлсруэ.

Конституционный суд является конституционным органом и одновременно — частью судебной системы. Он играет особо важную роль в силу широты полномочий, предоставленных ему для надзора за конституционностью законов, который осуществляется апостериори, т.е. в от-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
เนื้อหาคุ้มครองลิขสิทธิ์

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ношении уже действующих законов, подлежащих применению в судебных делах с участием граждан[1].

Прежде всего, в Конституционный суд может обратиться любой судья, если в рассматриваемом им деле может быть применена норма закона, в отношении которой существуют основания полагать, что она не соответствует Конституции.

Во вторую очередь возможностью обращения в суд пользуются сами граждане в случае, когда орган государственной власти (в том числе судебной власти) ущемляет одно из основных прав, предусмотренных в качестве такового Конституцией, или одно из прав, предусмотренных абз. 4 ст. 20, а также ст. 33, 38, 101 и 104 (такая возможность в отношении граждан была предусмотрена Законом 1969 г., внесшим изменения в п. 4 абз. 1 ст. 93 Конституции). При этом требуется, чтобы был исключен всякий иной путь обжалования, однако это не мешает гражданам широко использовать данное конституционное полномочие.

Б) Суды, составляющие ординарную юрисдикцию, или суды общего права

96. Суды, составляющие ординарную юрисдикцию, или суды общего права, выстраиваются в таком порядке, который напоминает судоустройство во Франции, однако существуют и важные отличия. Ординарная юрисдикция охватывает, с одной стороны, суды по гражданским делам искового и особого производства и, с другой стороны, суды по уголовным делам.

97. ***Amtsgericht*** (окружной суд) сопоставим с нашими судами малой инстанции. В гражданской сфере решение выносится судьей единолично: он является компетентным по рассмотрению в первой инстанции всех споров, по которым цена иска не превышает 5000 евро, а также по кругу дел, прямо указанному в законе (семейные дела, дела об установлении родства, споры об аренде). В уголовной сфере *Amtsgericht* в зависимости от определенных обстоятельств разрешает дела в составе одного судьи или в коллегиальном составе *(Schoffengericht)*, когда на помощь судье приходят граждане. Немецкое уголовное право разделяет уголовные правонарушения на основе двухзвенной классификации: деликты, являющиеся менее тяжкими уголовными правонарушениями, и преступления, более тяжкие правонарушения; *Amtsgericht* по общему правилу рассматривает деликты и только некоторые виды преступлений, судеб-

[1] Некоторые органы власти: федеральное правительство, правительства земель, члены Бундестага могут обратиться в Конституционный суд для оценки конституционности уже принятого акта (априорная форма контроля не допускается) даже при отсутствии судебного спора (так называемый абстрактный контроль).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Opphavsrettsbeskyttet materiale

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ный состав с участием граждан является обязательным для рассмотрения некоторых деликтов и всех видов преступлений.

98. *Landgericht* (региональный суд), разрешающий дела в коллегиальном составе из трех судей, обладает обширной компетенцией. В гражданской сфере он рассматривает по первой инстанции все дела, которые прямо не закреплены за компетенцией *Amtsgericht*. За исключением семейных дел и дел об установлении родства, он рассматривает апелляции на решения, вынесенные *Amtsgericht*.

В уголовной сфере *Landgericht* обладает различными полномочиями. Он заседает в составе Большой уголовной палаты, состоящей из трех судей и двух граждан, или в составе Малой уголовной палаты, объединяющей судью и двух граждан. *Landgericht* обладает компетенцией по первой инстанции, но может также заседать в качестве суда второй инстанции для рассмотрения апелляций, приносимых на решения *Amtsgericht*. Большая палата рассматривает дела по первой инстанции[1] и апелляции на решения *Amtsgericht*. Малая палата принимает к своему производству дела, по которым решение в окружном суде было вынесено судьей единолично, Большая палата — если решение вынесено с участием граждан.

Landgericht может также рассматривать дела в качестве суда присяжных, состав которых идентичен составу Большой палаты: § 74 Закона о судоустройстве определяет подведомственные ему преступления (речь идет главным образом об убийствах).

99. *Oberlandesgericht* (региональный верховный суд) заседает также в коллегиальном составе из трех судей и может быть сопоставлен с французским апелляционным судом.

В гражданской сфере он рассматривает апелляции, приносимые на решения *Landgericht*, при условии, что цена иска превышает 600 евро, и апелляции на решения *Amtsgericht*, вынесенные по семейным делам и делам об установлении родства.

В уголовной сфере компетенция региональных судов имеет большее своеобразие. Только если в его судебном округе заседает правительство земли, региональный верховный суд обладает полномочием на рассмотрение «посягательств на государственную безопасность». Согласно положениям § 120 Закона о судоустройстве его состав в этом случае состоит из пяти профессиональных судей. Региональные верховные суды не обладают полной свободой в принятии решений: если они намереваются отклониться от решения Федерального суда юстиции или даже выйти за пределы решения, вынесенного после 1 апреля 1950 г. другим регио-

---

[1] Она обладает остаточной компетенцией, т.е. ей подсудны дела, прямо не отнесенные законом к компетенции других судов.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Opphavsrettsbeskyttet materiale

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

нальным верховным судом, они должны передать дело в Федеральный суд юстиции, на который возлагается задача по обеспечению единства толкования.

100. Федеральный суд юстиции *(Bundesgerichtshof, BGH)* представляет собой верховный судебный орган по гражданским и уголовным делам. Созданный на основе ст. 95 Конституции от 23 мая 1949 г., он заседает в Карлсруэ. Федеральный суд юстиции, заменивший Суд империи *(Reichsgericht)*, имеет несколько образований: 10 гражданских палат, 5 уголовных палат, 7 специальных палат, рассматривающие категории дел, прямо установленные законом, и торжественные палаты (Большая палата по гражданским делам, Большая палата по уголовным делам, Большая объединенная палата[1]).

В гражданской сфере Федеральный суд юстиции является ревизионным судом, т.е. рассматривает ревизионные жалобы, подаваемые на решения региональных верховных судов, при условии соблюдения условий, определенных в § 546 и следующих *ZPO*.

В уголовной сфере Федеральный суд юстиции также обладает ревизионными полномочиями: ревизионное обжалование возможно в отношении решений верховных региональных судов, вынесенных по первой инстанции, оно возможно также в случаях, когда ревизионная жалоба на решения региональных судов не относится к компетенции региональных верховных судов.

B) Специальные суды

101. Другие ветви судебной власти. Существует целый ансамбль специальных судебных органов, структура которых позволяет говорить об отдельных ветвях судебной власти.

Споры, связанные с трудовыми отношениями, подпадают под компетенцию трудовых судов в соответствии с нормами Закона от 3 сентября 1963 г., которым были установлены три судебные инстанции: трудовой суд, региональный трудовой суд и Федеральный трудовой суд (который расположен в Эрфурте).

Для споров, связанных с применением законодательства о социальном страховании и социальной помощи, также организована специальная ветвь судебной власти, которая регулируется Законом от 3 сентября 1953 г.: суд по социальным спорам выносит решения по первой инстанции, региональный суд по социальным спорам и Федеральный суд по социальным спорам (который также расположен в Эрфурте) обладают полномочиями по рассмотрению жалоб.

---

1 Эти палаты привлекаются в том случае, когда существует риск того, что рассмотрение дела в ином судебном составе может привести к нарушению принципа единства толкования.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Opphavsrettsbeskyttet materiale

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Особенно четкой структурой обладают административные суды, организацию и компетенцию которых определяет Закон от 21 января 1960 г. Административные суды, где работают профессиональные и непрофессиональные судьи, распределены по всей территории страны и обладают обширной компетенцией по рассмотрению дел в первой инстанции. Верховные административные суды с таким же смешанным судебным составом представляют собой вторую инстанцию. Федеральный административный суд, расположенный в Лейпциге, является высшим судебным органом. В отличие от французского Государственного совета он имеет только судебные полномочия, рассматривая ревизионные жалобы, приносимые на решения верховных административных судов.

Наконец, существуют финансовые суды, которые включают только две инстанции: финансовые суды, обладающие статусом высших судов земель, и Федеральный финансовый суд, расположенный в Мюнхене.

Б. Главенствующая роль доктрины в Германии и Франции

Библиография. *Oliver Beaud, Patrick Wachsmann.* La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, PUF, Strasbourg, 1997.

102. Доктрина. Если не доминирующее, то по крайней мере весьма значительное влияние на правовую жизнь Германии и Франции оказывает доктрина, в то время как в Англии право совершенствуется на практике, работой судей.

Несомненно, доктрина существует и в Англии: достаточно привести великие имена Блэкстона и Бентама. Но в повседневной жизни доктрина играет весьма небольшую роль как в образовании юристов, так и в эволюции права. Совсем недавно противоречащим обычаям считалось цитирование в суде барристерами и солиситерами здравствующих авторов. Сами юристы были не склонны к разработке теорий; немногие писали научные работы, целью которых являлась бы систематизация права. Даже если в настоящее время мнения здравствующих авторов приводятся достаточно часто (можно найти примеры даже в постановлениях Палаты лордов), а роль юристов, профессоров или практиков в работе комиссий, занимающихся подготовкой реформ, постоянно возрастает, эта роль все же является довольно ограниченной, чтобы возводить доктрину в Англии до уровня правовых источников.

Совершенно иначе происходит в Германии и Франции. Там постоянно ссылаются на теоретиков права во время судебных прений, и нередко даже в самих судебных решениях приводятся их цитаты. Доктрина если и не является правовым источником, то по крайней мере обладает огромным авторитетом. Именно доктрина обеспечивает синтез права, его критику, выявление правовых пробелов, а также содействует различ-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ными способами разработке законодательства. В обеих странах может быть найдена зависимость между эволюцией права и развитием научных школ, которые сменяют друг друга. Если английское право является правом судей, то и французское, и немецкое право в большой степени представляют собой профессорское право.

§ 2. Источники английского, немецкого и французского права

103. Во всех трех странах, хоть и в различной последовательности, закон, с одной стороны, и судебные решения, с другой стороны, образуют технические основания права, его источники в юридическом смысле слова. Но если провести параллель между английским законом и французским и немецким законом, то это приведет к нахождению большого количества отличий, как это произойдет и в случае сопоставления судебных решений.

I. Английский закон в сравнении с законом французским и немецким

A. Представление закона

1. Представление французского и немецкого закона

104. Французский и немецкий законы формулируются общим образом: нормы, которые они содержат, выражаются наподобие принципов, из которых могут быть предусмотрены исключения, однако дело не доходит до того, чтобы законодатель занимался настоящей казуистикой.

В правовой системе Франции ведущая роль закона, культ закона, который сделал его ведущим источником права, была установлена французской революцией. И даже если сейчас его престиж немного упал, закон продолжает отвечать чаяниям юридического позитивизма и нашей картезианской склонности к правилам.

В Германии важность, придаваемая закону, явилась следствием унификации права. С момента окончания Второй мировой войны в законе также видят главную гарантию против произвола любой власти.

105. В обеих странах теория источников права придает термину «закон» очень обобщенный смысл: законом является всякая норма писаного права, которую органы, уполномоченные Конституцией, постановляют для всей совокупности граждан или по крайней мере для значительного их числа. Конечно, есть более точный смысл, определяемый конституционным правом (закон в формальном смысле представляет собой акт, принятый законодательным собранием). В теории источни-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ков права независимо от названия акта (закон, ордонанс, декрет-закон, декрет) внимание обращается на его происхождение (уполномоченный конституцией орган) и объект (распоряжение всеобщего значения).

106. Условия обязательной силы. Для того чтобы акт имел силу закона, он должен быть принят органом государства, получившим законодательную компетенцию в соответствии с Конституцией: это может быть и парламент, и правительство.

Во французском праве ст. 34 и 38 Конституции устанавливают основания разделения компетенции между правительством и парламентом, ст. 16 предусматривает исключения, имеющие место только в определенных случаях (в этом случае специальными полномочиями наделяется Президент Республики).

В немецком праве парламент обладает более эксклюзивными полномочиями, правительство может принимать только регламенты, определяющие порядок применения законов на основании полномочий, делегированных парламентом.

107. Обнародование законов и их вступление в силу. Главы обоих государств должны обнародовать законы (во Франции дата декрета об обнародовании, подписанного Президентом Республики, становится датой самого закона; в Германии акт об обнародовании принимается Президентом федерации и подписывается канцлером или компетентным министром).

В Германии момент вступления в силу должен быть обязательно указан в самом законе[1]. Закон публикуется в Сборнике федеральных законов *(Bundesgesetzblatt)*, и практикой установлено требование повторного опубликования всего текста закона, когда в него внесены изменения.

Во Франции возможна ситуация, когда сам закон определяет момент своего вступления в силу, но это происходит в исключительных случаях. Обычно публикация в *Journal officiel* определяет момент, когда акт становится обязательным для каждого гражданина.

108. Пределы обязательной силы. В немецком и французском праве закон не имеет обратной силы.

Во Франции это правило определено в ст. 2 Гражданского кодекса: «закон действует только на будущее время, он не обладает обратной силой».

В обеих странах отсутствие обратной силы соблюдается особенно строго в уголовной сфере.

В Германии сам Основной Закон формулирует в ст. 103 принцип: «Деяние подвергается наказанию, только если оно предусмотрено законом, вступившим в силу до его совершения».

---

[1] При отсутствии данной нормы акт вступает в силу на 14-й день после его опубликования в Сборнике федеральных законов.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Во Франции ст. 112-1 Уголовного кодекса содержит похожую формулировку, немного более развернутую. Конституционный совет на основании Декларации прав человека и гражданина 1789 г. интегрировал эту норму в «конституционный блок», сделав отсутствие обратной силы в уголовной сфере принципом конституционного значения.

109. Уровни обязательной силы законов. Некоторые законы являются императивными или законами публичного порядка: они налагаются на всех в категоричной форме.

Другие законы являются диспозитивными: они применяются только в той мере, в которой граждане не проявили своего намерения их устранить. Это касается, например, положений кодекса относительно мер обеспечения договора купли-продажи (ст. 1625 Гражданского кодекса).

Это различие руководствуется, таким образом, понятием публичного порядка, понятием, важным для юриспруденции, но трудным в определении, поскольку оно является гибким и эволюционирующим. Публичный порядок касается всего, что в данный момент предстает как наиважнейшее для общества и его граждан, наиважнейшее в сфере безопасности, экономики, морали, личной жизни. Он является изменчивым, потому что связан с обстоятельствами и требованиями политического и психологического свойства, которые постоянно эволюционируют. Так, публичный экономический порядок, важность которого возросла в последнее время, существует в постоянно меняющихся границах.

2. Представление английского закона

110. В Англии и Уэльсе статутным правом называют совокупность действующих законных и подзаконных положений. Статутное право является правом писаным, которое ранее не пользовалось расположением английских юристов, но которое утверждается в последние десятилетия.

Англия все еще не имеет писаной конституции в собственном смысле слова, но с учетом традиций считается, что некоторые акты формируют конституционное основание английского права.

- Римский и Маастрихтский договор, Хартия Европейского союза, Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, множество международных актов связывают Соединенное Королевство, даже если для придания силы их следовало интегрировать в английский закон.
- Законы, акты парламента представляют собой ключевые нормативные акты. Законодательная процедура является сложной. Чтобы стать законом, проект должен быть принят двумя палатами парламента и получить королевское одобрение, что является чистой формальностью. Разработка актов может происходить в обеих палатах. Далее следуют три чтения законопроекта. Но в случае крайней не-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

обходимости процесс может происходить весьма быстро. Палата общин обладает последним словом в случае расхождений. Английский закон составляется конкретным образом, как если бы он объединял ряд конкретных решений[1], поэтому он часто является пространным, со многими подразделениями. Нередко к нему присоединяются приложения, в которых уточняется смысл терминов. Закон обозначают по его названию и дате принятия (Акт о краже, 1968). Элементарное деление соответствует французской статье и параграфу *(s.)*, которые подразделяются на абзацы *(sub.s.)*.

- Также применяются многочисленные подзаконные акты *(subordinate legislation)*. Парламент может делегировать полномочия, и на практике законодательными прерогативами обладает множество исполнительных органов власти. Последующее делегирование полномочий также является возможным.

Б. Толкование закона

111. Методы интерпретации в английском праве отличаются от методов интерпретации немецкого и французского права. На континенте большинство положений уже содержится в законе. Следовательно, необходим такой метод интерпретации, который не слишком бы ограничивал значение актов, но позволял бы разрешать новые социальные проблемы. В английском праве фундаментальные понятия находятся в рамках общего права, поэтому возможна только более строгая интерпретация актов, согласующаяся с общим духом английского права. Тем не менее в определенных областях английская и европейские континентальные системы сближаются: так происходит при толковании уголовных законов, поскольку во Франции и Германии интерпретация уголовных законов является более строгой, чем интерпретация актов иных отраслей права.

1. Толкование закона во Франции и Германии

112. Получив (с разницей в один век) свои первые объединенные своды законов, французское и немецкое право столкнулись с разными проблемами толкования, однако сегодня их методы толкования являются схожими.

Во Франции на протяжении десятилетий, следующих за наполеоновской кодификацией, комментирование доминировало настолько, что величайшие французские цивилисты XIX в. представляли себя в качестве приверженцев «школы комментирования». Они действитель-

---

[1] Этот тезис прекрасно иллюстрируется *Theft Act*, 1968.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

но исходили из буквы закона, интерпретируя его при необходимости в соответствии с намерением законодателя, отыскиваемом главным образом в подготовительных законотворческих работах. Но с конца XIX в., под влиянием Салея и Жени, произошла поразительная модификация методов толкования. Смысл актов понимался с учетом потребностей граждан и новых аспектов общества (исторический метод, метод социальной цели, социологический метод). По вопросам, не предусмотренным в тексте, допускался свободный научный поиск. Таким образом, получалось более гибкое и амбициозное толкование. Даже в уголовной сфере, где строгое толкование считалось неизбежным следствием принципа законности преступлений и наказаний, доктрина и судебная практика путем толкования значительно расширили объект некоторых преступлений.

В Германии появление различных методов толкования произошло так же внезапно, а обновление интерпретационной деятельности было связано с принятием Основного Закона. Недавно принятые крупнейшие немецкие акты, отличающиеся своей скрупулезностью, тем не менее оставили место для толкования вследствие пробелов в законодательстве и появления новых жизненных обстоятельств. Были открыты новые методы толкования, которые не сильно отличались от методов, известных во Франции. Но вскоре после принятия Основного Закона 1949 г. возникла проблема совместимости предшествующих актов с новыми принципами. Не только Конституционный суд, но и другие судебные органы проделали большую интерпретационную работу по определению новых границ закона.

2. Толкование в Англии

113. Здесь сочетаются несколько правил толкования. Вот некоторые из них, позволяющие почувствовать различие между английской и континентальной системами:

- **Правило дословного толкования.** Первое правило заключается в том, что «словам следует (с первого раза) придавать их обычное (обычное, буквальное, грамматически правильное) значение», как утверждает М. Джеймс, в то время как иные авторы раскрывают это правило иначе, считая, что оно требует восприятия истинного значения слов.
- **Золотое правило.** Если применение первого правила толкования привело к абсурдному или безосновательному решению, задаются вопросом: можно ли избежать этой противоречивости, рассматривая акт в целом, опираясь на историю принятия акта? Среди дополнительных принципов, которые помогают сделать закон вразумительным, также называют «правило вредной нормы».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

- **Учет истории принятия акта и «правила вредной нормы».** В ходе толкования в случае необходимости прибегают к изучению истории принятия закона.

В английской традиции подготовительные законодательные работы не принимались во внимание, как это было во Франции, однако исследовался ход парламентских работ по всему пакету законов. Старались прояснить содержание закона, спрашивая себя: какая «вредная норма» общего права осталась без изменений, и какое средство решил применить законодатель, чтобы устранить это несоответствие (правило, примененное в деле Хейдона 1584 г.)?

Несколько лет назад Палата лордов допустила возможность принимать во внимание подготовительные работы[1].

В уголовной сфере эти правила толкования не утрачивают своего значения, однако с момента принятия закона, который квалифицирует деяния в качестве преступления и определяет наказание, налагается строгая интерпретация.

Довольно часто в самом тексте или в приложении закона уточняется смысл употребляемых слов и выражений.

Наконец, для толкования международных конвенций или права сообщества английские юристы стремятся копировать методы европейских юристов, по крайней мере методы, используемые судебными органами Европейского союза, расположенными в Люксембурге, и Европейским Судом по правам человека, расположенным в Страсбурге: цель или дух закона в этих случаях часто приводят к отклонению от его буквы, что не свойственно традиционным методам толкования английских юристов. В данной конкретной сфере изменение методов толкования сначала было закреплено Апелляционным судом[2], а потом и Актом о правах человека 1998 г.

II. Сравнительное изучение значения судебных решений в Англии, Германии и Франции

A. Значение судебных решений в Германии и Франции: убеждающее значение

114. В Германии и Франции судебные решения имеют определяющее значение для разрешения конкретных дел (принцип окончательности судебного постановления, вступившего в законную силу). Но их вклад в формирование права происходит во всеобщем масштабе. То, что

---

1 Pepper v. Hart (1993) A.C. 593.

2 Buchanan v. Babco Forwarding and Shipping (UK) Ltd (1977) 2 WLR, 112.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

называют судебной практикой, является совокупностью норм, из которых можно сделать вывод о преемственности судебных решений. Но одно постановление, пусть даже и вынесенное высшим судебным органом, не лишает суды, которые в последующем столкнутся с подобным вопросом, свободы в принятии решения. К тому же ничто не запрещает судам, которые заняли определенную позицию по какому-то правовому вопросу, изменить свою точку зрения и воспользоваться «поворотом». Судебные решения имеют только убеждающее значение.

Б. Значение судебных решений в Англии: правило об обязательности прецедента

Библиография: *Rupert Cross.* Precedent in English law, Oxford, Oxford University Press, 1979, 3 ed.

115. Соблюдение прецедентов. В английском праве суд должен соблюдать судебное решение, вынесенное по сходному делу как вышестоящим судебным органом, так и им самим: это правило *stare decisis* или *binding case* делает обязательным соблюдение прецедентов. Соблюдение прецедентов, обеспечивающее гражданам гарантию против судебного произвола, закрепилось на практике довольно рано. Но только в XIX в. Палата лордов прямо подтвердила обязанность судов по соблюдению прецедентов[1].

1. Нормальное действие правила

116. Необходимо ответить на два вопроса, чтобы разобраться в том, что является нормальным действием правила: как отыскать предыдущее решение, которое обладает силой прецедента, и какая часть этого решения является обязательной для судьи?

Как отыскать предыдущее решение, обладающее силой прецедента?

Сориентироваться позволяют два условия (сориентироваться, поскольку невозможно отыскать предыдущие решения с точностью компьютера, и адвокаты часто представляют различные решения в качестве прецедентов по данному делу): одно касается уровня судебного органа, принявшего решение, на которое собираются сослаться в качестве прецедента, другое требует, чтобы решение было вынесено по сходному делу.

Первое условие: решение, на которое ссылаются как на прецедент, должно быть вынесено судом более высокой ступени, чем тот, который рассматривает данное дело, или самим этим судом. Так, Апелляционный суд

---

[1] London Street Tramways Ltd. v. London Country Council (1898) AC 375.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Матеріал захищений авторським правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

должен соблюдать постановления, вынесенные Палатой лордов, а также свои собственные решения, но он не будет связан решениями, исходящими из Отделения королевской скамьи Высокого суда. В Высоком суде судья связан решениями Палаты лордов и решениями Апелляционного суда, но другие решения, вынесенные Высоким судом, даже если они и оказывают на него определенное влияние, не связывают его обязательным образом.

Второе условие: решение, на которое ссылаются, должно быть вынесено при тех же фактических обстоятельствах. Это условие весьма сложно для определения. Конечно, не следует требовать абсолютного сходства дел, поскольку никогда не встречаются два дела, абсолютно похожие друг на друга. Также не следует руководствоваться духом чрезвычайного обобщения (так и хочется сказать — «на французский манер»). Для договоров, заключенных в отсутствие сторон, постановление 1879 г. имеет силу прецедента[1]. В нем сказано: «Договор считается заключенным сразу же после того, как письмо с акцептом отправлено на почту... как если бы акцептант вручил свое письмо в руки курьеру, направленному оферентом». Но это же постановление не имеет силы прецедента, если письмо с акцептом направлено за границу или если акцепт происходит посредством телекса[2].

Какая часть решения является обязательной для судьи?

В решении значение прецедента привязывается к *ratio decidendi*, и исключается в отношении *obiter dicta*. *Ratio decidendi* — это юридическая аргументация, необходимая для обоснования резолютивной части вынесенного решения. *Ratio decidendi* не представлено в качестве такового в самом решении, и только спустя определенное время оно выявляется в работах судей, юристов, адвокатов, редакторов судебных отчетов... Его не всегда легко процитировать с полной уверенностью. *Obiter dicta* — это юридические мотивы, которые, несмотря на всю свою важность, не являются необходимой опорой данного решения. В прежнее время во французском праве можно было найти аналогию, когда необходимо было определить то, что в вынесенном решении по уголовному делу имеет значение для гражданского дела.

2. Исключения из правила

117. Соблюдение прецедентов осуществляется с определенной гибкостью, чтобы право не оказалось «замороженным» доктриной *stare decisis*.

Сначала Палата лордов заставила признать в декларации от 26 июля 1966 г., что в исключительных случаях она может не применять преце-

---

1 Household fire insurance Co. v. Grant (1879) 4 Ex D 216.

2 Entores Ltd. v. Miles for East Corporation (1955) 2 QB 327.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Матеріал захищений авторським правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

дент. Однако высший судебный орган ограниченно использует данное полномочие, особенно в уголовной сфере.

Уголовное отделение Апелляционного суда менее строго относится к прецедентам, чем отделение гражданское: если оно посчитает, что предыдущим решением закон был неправильно применен или истолкован, оно может не считать себя связанным таким решением[1]. В Апелляционном суде, который стремится не применять постановления, вынесенные *per incuriam*[2], даже происходили случаи отказа от соблюдения постановлений, вынесенных Палатой лордов.

Отделение королевской скамьи может избежать применения прецедента, если по причине изменения обстоятельств его соблюдение привело бы к несправедливому решению.

Во всяком случае суд, прибегая к данному методу, может всегда сохранить за собой свободу в вынесении решения, если посчитает, что дело, находящееся на его рассмотрении, отличается от дела, по которому вынесено постановление, на первый взгляд, рассматриваемое как прецедент. Внимательные наблюдатели отмечают, что как и в США и Канаде, хоть и в меньшей степени, сила прецедента в Соединенном Королевстве ослабла, поскольку все труднее различать «правильные» и «неправильные» решения.

Раздел 2

ВАЖНОСТЬ ЭЛЕМЕНТОВ, РАЗЛИЧАЮЩИХ СЕГОДНЯ ФРАНЦУЗСКОЕ И НЕМЕЦКОЕ ПРАВО

118. Французское и немецкое право, которые являются прежде всего правовыми системами, основанными на законе, и отличаются, таким образом, от английского права, носящего судебный характер, обладают различиями, важность которых не стоит недооценивать. Важнейшие отличия касаются конституционного порядка. Но и в рамках правовых отраслей, уголовного и частного права, которые являются основными элементами правовой системы, несмотря на наличие общей демократической и либеральной философии, технические конструкции и даже некоторые руководящие принципы сильно отличаются друг от друга.

---

1 R. v. Gould (1968) 2 QB 65; Young v. Bristol Aeroplane Ltd. (1944) KB, 718.

2 По небрежности, без достаточной осторожности. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Матеріал захищений авторським правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 1. Отличия конституционного порядка

Библиография. *C. Grewe, H. Ruiz Fabry.* Droits constitutionnels européens, PUF, 1996. La théorie allemande des droits fondamentaux: AJDA, 1998, p. 44. *Michel Fromont*. Droit allemand des affaires. *D. Rousseau.* La justice constitutionnelle en Europe, 2 éd., Montchrestien, 1996.

I. Влияние различий государственной структуры на правовые источники

119. Правовые структуры Германии и Франции не являются идентичными.

Франция является унифицированным и централизованным государством. Усиление полномочий регионов не имело фундаментального влияния на источники права.

Германия представляет собой федеративное государство, где существует особая теория закона. Конституция 1949 г. проявила желание укрепить позиции правового государства, что привело не только к торжественному провозглашению принципа законности, но и к организации строгого контроля за конституционностью актов, который не имеет своего эквивалента во Франции.

Конституционные положения четко определяют роль федерального государства и земель в законодательной сфере. Статья 70 Основного Закона предписывает:

«1. Право принимать законы принадлежит землям в той мере, в какой настоящий Основной Закон не наделяет федерацию законодательными полномочиями.

2. Разграничение компетенции федерации и земель осуществляется согласно положениям настоящего основного закона, касающихся компетенции законодательных органов, исключительной компетенции и конкурирующей компетенции».

Затем Основной Закон в ст. 74 относит к числу сфер конкурирующей компетенции законодательных органов «гражданское право, уголовное право, режим отбывания наказания в виде лишения свободы, судоустройство, судопроизводство, адвокатуру, нотариат и деятельность юрисконсультантов».

В действительности большинство законодательных полномочий являются федеральными. Во всяком случае ст. 31 Основного Закона, устраняя всякие противоречия, предписывает: «Федеральное право обладает приоритетом над правом земель».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Тем не менее существует и право земель с гораздо большим значением, чем подзаконные или административные акты, исходящие от французских местных властей.

II. Различия в осуществлении конституционного контроля

120. Если отличия французского и немецкого права на сегодняшний день только увеличиваются, то по большей части это происходит вследствие различного отношения к Конституции. По примеру Соединенных Штатов конституционное право Германии обильно питает различные отрасли права, чего еще нет во Франции. В Германии организация конституционного контроля не ограничивается федеральным уровнем, поскольку в каждой земле существует свой конституционный суд, задачей которого является обеспечение соблюдения конституции земли местными нормативными и административными актами. Если же обратить внимание на конституционный контроль, осуществляемый на федеральном уровне, то становится понятно, что каждая страна избрала свою концепцию контроля, что объясняет различное устройство и функционирование соответствующих органов.

A. Две концепции контроля

1. Немецкая концепция: наделение органов и граждан широкими полномочиями на обращение в Конституционный суд

121. Сама Конституция в ее нынешнем варианте четко наделяет Федеральный конституционный суд широкими полномочиями. Из ее норм явствует, что не только государственные органы, но и граждане обладают, при соблюдении определенных условий, правом на обращение в Конституционный суд, являющийся высшим органом судебной защиты конституционных прав. В разд. IX, посвященном судебной власти, Конституция в двух первых статьях излагает ясную позицию по этому вопросу.

Статья 92 (Судоустройство) после положения о том, что «правом осуществлять правосудие наделены только судьи», сразу же предусматривает, что «оно осуществляется Федеральным конституционным судом, федеральными судами, предусмотренными настоящим Основным Законом, и судами земель».

Статья 93 (Компетенция Федерального конституционного суда) развивает положение о полномочиях Конституционного суда. Она наделяет суд широчайшими полномочиями. Независимо от случаев предоставления полномочий отдельными положениями Конституции и федеральных законов, Конституционный суд в соответствии со ст. 93 наделяет-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Szerzői jogi védelem alatt álló anyag

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ся полномочиями, которые могут быть подразделены на три большие группы. В первую очередь, он должен разрешать трудности или споры, связанные с толкованием Основного Закона. Во вторую очередь, он наделяется полномочиями по рассмотрению некоторых споров из публичного права, которые не подпадают ни под какой иной способ судебной защиты. Наконец, Конституционный суд рассматривает (с момента присоединения к первоначальному тексту п. 4*а* и 4*б*) два вида конституционных жалоб: один вид доступен всякому, кто посчитает, что публичные власти посягнули на его права и полномочия, защищенные Основным Законом; другой вид доступен коммуне или группе коммун в случае нарушения законом права свободного управления, предусмотренного ст. 28. В этой совокупности норм право индивидуального обжалования является особенно примечательным.

2. Французская концепция: полномочием инициировать контроль за конституционностью законов до вступления их в силу наделяются лишь несколько органов (система контроля *«a priori»*)

Французская система намного больше ограничивает компетенцию Конституционного совета, что исключает этот орган из судебной системы, несмотря на всю его важность.

Только государственные органы могут обращаться в Конституционный совет, причем часть из них может это сделать до дебатов в парламенте, а другая сразу же после голосования по закону, до того как будет запущен процесс обнародования.

Но как только закон обнародуется, возможности по его обжалованию исчезают, даже если до этого он не являлся предметом оценки на соответствие Конституции. В случае нарушения прав человека и основных свобод французы ищут замену этого института в обращении в страсбургский суд.

Б. Организация и функционирование органов, отвечающих за конституционный контроль

122. Различие функций объясняет организацию Конституционного суда Германии и Конституционного совета Франции и их действительную роль в правовой жизни двух стран.

1. Организация органов конституционного контроля

- **Федеральный конституционный суд Германии** организован как судебный орган, призванный осуществлять каждодневную работу по разрешению целого потока дел.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Szerzői jogi védelem alatt álló anyag

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Шестнадцать судей Конституционного суда назначаются на двенадцатилетний срок, каждая палата федерального парламента обладает компетенцией по назначению половины судей, голосование осуществляется большинством в две трети голосов. Выбор лиц, призванных заседать в Конституционном суде, является ограниченным: шесть из них должны происходить из федеральных судов, остальные могут быть просто дипломированными юристами.

Две палаты по восемь судей образуют обычные судебные составы для вынесения решения; отделения, включающие трех судей, наделяются полномочиями по вынесению решений в отношении большинства индивидуальных жалоб.

- Конституционный совет Франции включает девять членов (в том числе председателя), срок полномочий которых составляет девять лет, при этом судьи не могут переизбираться повторно. Назначение председателя и двух других членов относится к компетенции Президента Республики. Председатель Сената и Председатель Национального собрания назначают по трех судей. Обновление состава Конституционного совета на треть происходит каждые три года. Конституционный совет рассматривает дела в полном составе в судебных заседаниях, периодичность которых значительно варьируется в зависимости от обстоятельств.

2. Роль Конституционного суда Германии и Конституционного совета Франции в правовой жизни двух стран

Можно обнаружить большей контраст между насыщением всего немецкого права судебной практикой Конституционного суда и все еще ограниченным влиянием решений Конституционного совета на французское право.

Без сомнения, это объясняется, прежде всего, «временными» причинами. Конституционный суд Германии смог начать свою деятельность раньше, чем Конституционный совет Франции. Он рассмотрел большое количество дел, начав свою деятельность в 1950-е гг., французский же Совет приступил к рассмотрению широкого круга дел лишь с 1970-х (с расширением способов обращения в суд и вынесением решения 1971 г., давшего твердую почву «конституционному блоку»).

Возможность индивидуального обращения в Конституционный суд Германии *a posteriori*, пусть даже и в отношении закона, уже вступившего в силу, одновременно делает его престижным и дает возможность оказывать влияние на право. Число ежегодных обращений исчисляется сотнями. Отсюда становится понятным значительное влияние судебной практики Конституционного суда на все ветви права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 2. Отличия основ частного и уголовного права Германии и Франции

123. Фундаментальные основания ряда ключевых отраслей — как материальных, так и процессуальных — также значительно различаются.

I. Главные отличия в основаниях некоторых материально-правовых отраслей: на примере гражданского и уголовного права

Библиография. *Michel Fromont.* Droit allemand des affaires, Montchrestien, 2001. *Delmas-Marty.* Procédures pénales d'Europe, Thémis, Paris, PUF, 1995. *J. Pradel.* Droit pénal comparé. *E. Prevedourou.* Les recours administratifs obligatoires, Etude comparé des droit allemand et français, LGDJ, 1996.

124. Хотя гражданское и уголовное право Франции и Германии покоятся прежде всего на писаном законе, интерпретируемом судами в случае необходимости, эти основополагающие отрасли права двух стран создали структуры, понятия и институты, которые различают их друг от друга настолько, что когда мы объединяем в одну правовую семью французское и немецкое право, следует все-таки проводить дальнейшее подразделение, дополнительную классификацию в рамках этой правовой семьи.

A. Гражданское право

125. Можно говорить об отличиях каждого источника права: так, обычай в немецком праве сохранил более значимую роль, чем в праве французском. Германское гражданское уложение содержит основные элементы для дифференциации гражданского права Германии и Франции.

1. Специфичная роль общей части ГГУ

В общей части Германского гражданского уложения с большой тщательностью и научной строгостью определяются понятия, конструирующие гражданское, можно даже сказать — частное право. Первое место среди этих понятий занимают конструкции субъекта права (физическое и юридическое лицо) и волеизъявления (признаются односторонние, равно как и двусторонние и многосторонние сделки, в то время как французский Гражданский кодекс говорит только о соглашениях). Однако существует и множество других общих параметров, таких как принципы возмещения вреда или сроки.

Считается, что эти первые 240 параграфов ГГУ были восприняты доктриной и юристами в качестве основы для посвящения в право, чему поспособствовало присутствие общей части в учебниках и научных тру-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

дах. Таким образом, юридический дух, характер работы юристов разнятся по обе стороны Рейна.

2. Различия в выборе концепций, служащих ориентиром для правовых институтов

Помимо прочего, в немецком и французском праве разнятся концепции, избранные для конструирования некоторых институтов, имеющих наибольшее значение в повседневной жизни.

- Принцип абстрактности играет важную роль в сделках, регулируемых немецким правом[1], идет ли речь об обязательствах или имуществе (относительно сложные операции, касающиеся договора купли-продажи, могут служить тому примерами): как только происходит соблюдение определенных формальностей, юридический акт обретает силу, независимо от существования основания, обосновывающего и оправдывающего такую сделку и определяющего отношение сделки к действительности. Во французском праве обязательство каждого лица должно обладать «основанием», т.е. определяющим мотивом, который опирается на точные факты и должен соответствовать закону и минимальным моральным требованиям, предъявляемым французским обществом.
- Понятие незаконности систематически используется при определении норм, которые устанавливают, на каких условиях деяние, причинившее ущерб, порождает обязательство его возместить, возлагаемое на причинителя или отвечающих за него лиц. Эта «незаконность» сближает, таким образом, гражданскую и уголовную ответственность.

Б. Уголовное право

126. Немецкое уголовное право также сильно отличается от французского уголовного права.

1. Сфера уголовного права

Немецкое уголовное право подлежит применению только в отношении физических лиц и только в отношении некоторых из деяний, нарушающих общественный порядок, поскольку наряду с ним было создано право об административных нарушениях.

Повлияла ли Конституция на ограничение круга субъектов уголовной ответственности физическими лицами? Об этом ведутся дискуссии.

---

[1] Свой вклад в разработку этого принципа внесли такие известные авторы, как Савиньи и Бар.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Но принцип личной ответственности оказал такое воздействие на немецкое право, что в противоположность французскому праву, которое в новой редакции Уголовного кодекса отвело видное место уголовной ответственности юридических лиц, немецкое право будет налагать на последних санкции только в рамках права об административных нарушениях.

Чтобы отграничить уголовные правонарушения от иных деяний, нарушающих общественный порядок и нормы морали, право об административных правонарушениях санкционирует множество посягательств на нормы, защищающие общество, экономику, окружающую среду, которые, несмотря на их тяжесть, выходят за рамки уголовного права. Без сомнения, существуют некоторые параллели в отношении норм, применяющихся, с одной стороны, к уголовным правонарушениям, и с другой стороны, к административным правонарушениям (Страсбургский Суд, применяющий Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, смог сформулировать понятие «уголовная сфера», чтобы таким образом выйти за рамки уголовного права в узком смысле слова и применять также право из административных правонарушений).

2. Классификация уголовных правонарушений

Знаменитая трехчленная классификация господствует во французском уголовном праве (новая редакция уголовного кодекса осталась ей верна): уголовные правонарушения делятся на преступления, деликты и нарушения. Эта классификация широко используется как для определения и организации материально-правовых норм, так и для осуществления процессуальных действий, расследования и вынесения судебного решения.

Немецкое уголовное право, отбросив нарушения, строится на двухчленной классификации уголовных правонарушений: преступления *(Vergeben)* и деликты *(Vergehen)*.

3. Принципы

Несколько основных принципов характеризуют немецкое уголовное право.

Принцип личной ответственности является фундаментальным принципом, который продолжает руководить выбором и мерой наказания.

Принципы соразмерности и гуманности гарантируют защиту против произвола и опасностей, которые могут быть связаны со слишком формальным применением закона.

Эти принципы не так четко выражены во французском уголовном праве, которое является слишком утилитарным.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Процесс

127. Немецкое и французское правосудие смогли сблизиться к концу XIX в., после вступления в силу крупных законодательных актов, осуществляющих грандиозное реформирование и опирающихся по многим основаниям на кодексы Наполеона. Тем не менее гражданский процесс всегда обладал большой своеобразностью, а в уголовном процессе довольно рано начался процесс внесения изменений, и ко второй половине XX в., отмежевавшись от французской системы, Германия определила для себя в качестве новой модели обвинительный процесс.

А. Гражданское процессуальное право

128. Система немецкого гражданского процесса, даже в те времена, когда существовало определенное влияние французских институтов, сильно отличалась от гражданского процессуального права нашей страны. Это отличие проявлялось в концепции роли судьи и в совокупности вопросов доказывания, значительно расходившихся с французской концепцией.

Но французская реформа 1970-х, даже если она вдохновлялась в большей степени итальянскими, а не немецкими идеями, объективно способствовала сближению двух систем. Это движение является прямо противоположным тому, которое произошло в уголовном процессе.

Б. Уголовное процессуальное право

129. 1 января 1975 г., одновременно с вступлением в силу значительных изменений Уголовного кодекса, был также обнародован акт о реформе уголовного процесса. Обвинительный характер уголовного процесса усилился, и с этой целью были заново определены полномочия прокуратуры, а также уменьшилась роль следственного судьи. Германский уголовный процесс и французский уголовный процесс отныне почерпнули различные основания.

Прежде всего, досудебная процедура двух стран расходится по ключевым позициям.

Предварительная процедура в Германии относится к компетенции прокуратуры. Именно прокурор направляет расследование, контролируя полицейские операции и в определенной степени участвуя в расследовании непосредственно. Судья по дознанию вмешивается для того, чтобы санкционировать определенные действия: обыск в помещении, взятие под стражу, но расследования судьи в прямом смысле слова больше не существует.

Во Франции, предварительное расследование по делам, представляющим особенную важность или сложность, относится к полномочиям прокуратуры, хотя информация остается открытой, что означает при-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

влечение следственного судьи, который под контролем палаты по расследованию собирает доказательства и производит их предварительную оценку перед направлением дела на судебное рассмотрение.

Промежуточной процедуры немецкого права, во время которой суд, привлеченный прокуратурой, исследует вопрос о том, подлежит ли дело рассмотрению, не существует во Франции (ей можно найти эквивалент только во французском суде присяжных).

Равным образом разное значение имеют процедуры вынесения решения.

В Германии *Hauptverfahren* является фундаментальной окончательной процедурой, во время которой, как и в английском *trial*, представляются доказательства, как если бы процесс только что действительно начался.

Во Франции процедура вынесения решения при всей своей значимости вынуждена «считаться» с уголовным делом, со стадией расследования. Было бы неверным говорить в настоящий момент о следственном процессе во Франции. Но немецкий уголовный процесс более последовательно реализует обвинительную модель, отказавшись при этом от заимствования английской модели.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Титул 2

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ ПОДХОД К ДРУГИМ ПРАВОВЫМ СИСТЕМАМ

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы

Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 1

МОЖНО ЛИ РАСПРЕДЕЛИТЬ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ ПО ГРУППАМ ИЛИ СЕМЬЯМ?

Библиография. *W. Capeller, I. Kitamura.* Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, Autor de Massaji Chiba, 1998. *René David.* Camille Jauffret-Spinisi. Op. cit. *Jaako Husa.* Classification of Legal Families Today, is it a time for memorial hymn: RID comp. 2004.

130. Юридическая география или генетика? Юридическая картина мира отличается невероятной сложностью[1]. И большой проблемой методологического порядка является вопрос о том, следует ли говорить о «юридической генетике» или довольствоваться более осторожной и скромной «юридической географией»? Первая перспектива является, без сомнения, слишком амбициозной, вторая — слишком скромной. Понятие системы, используемое многими юристами, позволяет занять промежуточную позицию. Несомненно, его можно обсуждать и критиковать; некоторые авторы предлагают вести речь о «правовых культурах»[2] или «правовых традициях»[3]. Но эти последние понятия, способствуя прояснению ситуации, кажутся нам более подходящими для «социологического сравнительного правоведения», чем для «сравнительного правоведения для юристов».

Классифицировать системы права — значит выяснить, обладают ли определенные правовые системы общими чертами, достаточно важными и многочисленными, чтобы объединить их в одну категорию, одну семью, одну группу[4].

---

1 После присоединения Швейцарии в 2002 г. Организация Объединенных Наций насчитывает 190 государств. Кроме того, следует заметить, что некоторые государства обладают одновременно несколькими правовыми системами.

2 См. работы Массаи Чиба.

3 См.: *H. Patrick Glenn.* La tradition juridique nationale: RID comp. 2003. P. 263.

4 Несмотря на единодушное признание данной проблемы, для ее разрешения может быть использована самая различная терминология. Мы выбрали термин «систе-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Отмечается значение классификаций: они являются прекрасной возможностью для тех, кто проводит исследования, анализирует и делает выводы, они помогают лучше понять, лучше усвоить рассматриваемые правовые системы. Они могут позволить вывести характеристики и константы, которые впоследствии облегчат сравнительные исследования и — более обобщенно — работу юристов.

Но классификации являются только рабочим подходом, в них не следует искать какую бы то ни было иерархию.

Они относительны, что не позволяет им охватить сразу всю реальность, существующую на данный момент.

Они недолговечны: картина мира может быстро измениться, а государства — познать важные перемены, и в зависимости от того или иного периода их можно ввести или вывести из определенной категории, которую принято использовать.

Множество классификаций уже было представлено. Во Франции в конце XIX в. Глассон создал замечательную классификацию, хотя он планировал ее использовать только в ограниченной сфере[1].

В XX в. были составлены более амбициозные классификации. В числе наиболее известных называют классификации Арманжона, Нольде и Вольфа, а также Цвайгерта и Кетца.

Но во второй половине XX в. одна классификация стояла особняком. Во всяком случае она принималась в расчет многими из тех, кто сталкивался с вопросами сравнительного правоведения, по крайней мере во Франции. И только начиная с 1980-х гг., картина мира стремительно претерпела такие изменения, что возникла необходимость в ее преемнице, когда следовало предложить новые проекты классификаций, лучше отражающих современное многообразие мира.

§ 1. Прекрасная, но недолговечная классификация: разделение правовых систем на три главных семьи, исходя из технического и идеологического критериев

I. Представление классификации

131. Именно французский компаративист, профессор Рене Давид в 1950-х гг. показал, что можно достаточно удачно классифицировать

ма» в том значении, которое наиболее часто используется во французской правовой науке.

[1] См.: *Glasson.* Le mariage civile et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, 1880.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

значительное число правовых систем мира на три большие правовые семьи, образованные на основании двух критериев: технического и идеологического.

А. Критерии

132. Рене Давид знал работы своих предшественников. Талантливые компаративисты уже показали, насколько юридическая техника различает правовые системы. Леви-Ульман провел параллель между «семьей систем общего права» и «семьей систем романо-германского права», приняв во внимание способы, которыми формируется и развивается право. Но Рене Давид рассудил, что существуют системы права, которые покоятся на одной технической базе, но которые обладают настолько отличным социальным смыслом и значением, что объединять их в одну семью было бы совершенно абсурдно: так, концепция государства и права, применявшаяся в СССР, настолько сильно разнилась с французской концепцией, что соответствующие правовые системы, хотя и имеющее общее основание в виде закона, могли быть отнесены только к различным правовым семьям. Таким образом, соединив два критерия, технический и идеологический, можно создавать правовые семьи. Это позволило Рене Давиду, выдвинувшему свою теорию в середине XX в., распознать три главные правовые семьи.

Б. Правовые семьи

1. Романо-германская правовая семья

133. Она объединяет системы права, где с точки зрения правовой техники судебные решения руководствуются в первую очередь писаным законом, а правосудие понимается там как конечная цель права.

В системах, отнесенных к этой семье, правовые нормы являются обобщенными и кодифицированными по большей части. Их применяют судьи, интерпретируя их в случае необходимости, но играя тем самым только вспомогательную роль в определении права (роль, которая к тому же не признается всеми юристами).

Право стремится к правосудию, что, конечно, не означает, что оно всегда его достигает, но эта цель ему предписывается государством, юристами, которые стремятся претворять эту цель в жизнь, в отношения государства и граждан (публичное право) и в отношения граждан между собой (частное право).

Значительное число европейских континентальных правовых систем, среди которых на первом месте стоят французская и немецкая, отвечают таким критериям.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Семья правовых систем общего права

134. Ее источником является английское право. Системы, способные к нему присоединится, в идеологическом аспекте должны иметь ту же конечную цель, какой обладает романо-германская правовая семья, поскольку английское право также видит вершину своего развития в торжестве правосудия. Но у него своя техника: право зависит главным образом от судьи, который, конечно, ссылается на акты писаного права, но фундаментальные положения, составляющие основу для большинства решений, он черпает из предыдущих постановлений судов в соответствии с правилом о соблюдении прецедентов.

3. Семья правовых систем социалистического права

135. Эта система находит принцип, определяющий ее идентичность, в идеологическом критерии. Она объединяет правовые системы, которые в техническом плане покоятся на законе, как это делают системы романо-германской правовой семьи, но в отличие от последних она руководствуется своеобразной конечной целью, созданием нового общества, коммунистического общества, в котором больше не будет возможностей для эксплуатации человека и в котором каждый будет иметь по своим потребностям, а государство и право будут постепенно утрачивать свою роль вплоть до полного отмирания. Эта концепция государства и права вдохновлялась философией марксизма-ленинизма, а Советский Союз являлся ее главным выразителем.

II. Проблема надежности этой классификации

136. Относительность, дополнения, спорные моменты. Эта классификация, даже до момента проведения крупнейших реформ в последние десятилетия XX в., оставляла место для оговорок.

Прежде всего, неудобство классификации состояло в том, что трех правовых семей было недостаточно, чтобы классифицировать весь ансамбль правовых систем, поэтому другие компаративисты предпочли воспользоваться иными подходами (см., в частности, «круги» Цвайгерта и Кетца[1]).

В особенности она не учитывала в достаточной степени весьма существенные различия самих систем. Эта критика может быть проиллюстрирована на примере уголовного права и процесса. Великий компаративист, Марк Ансельм, который весьма тщательно исследовал сферу уголовного права и процесса, присоединился к классификации Рене Давида и использовал ее для проведения собственных исследований. Это

---

[1] См.: *K. Zweigert et H. Kötz.* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3 ed. § 5.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

являлось логичным, поскольку уголовное право и процесс одинаково учитывали технический и идеологический аспекты, являющиеся основаниями для формирования правовой семьи. Однако, когда речь зашла об определенных материально-правовых или процессуальных аспектах, уголовное право некоторых стран оказалось состоящим в тесной зависимости от принципов конституционного порядка и судебного контроля. В уголовной сфере также следовало принимать во внимание эпоху кодификаций с ее научными идеями и криминологическими доктринами, имевшими огромное влияние. В результате в рамках одной романо-германской правовой семьи различие между уголовными кодексами оказалось огромным (можно привести только один пример коренного различия между французским и итальянским кодексами).

Может быть, посредством дополнительных классификаций удастся исправить недостатки общей классификации. Однако сегодня она испытывает настолько большие трудности в связи с потрясениями на Востоке (больше нельзя говорить о «правовой семье систем социалистического права»), что пришло время заняться поисками новой классификации. Хотя необходимо также отнестись с должным вниманием к направлению, стремящемуся придавать значение всем правовым системам, каковы бы они ни были, считая, что они заслуживают представления во всей своей самобытности в рамках всякой классификации, которая претендует на всеобщее значение. Это направление, которое, по мнению некоторых авторов, является протестом против гегемонистских точек зрения, прекрасно иллюстрируется статьями из работы «Введение в незападные правовые культуры»[1]. Можно понять идеи, которые там были выражены, но, тем не менее кажется не оправданным основывать всеобщую классификацию на разграничении западных и незападных правовых систем. Поэтому мы займемся своим исследованием, стремясь преодолеть возражения, которые были или могут быть сделаны. Следует, однако, признать, что вышеназванные классификации помогли осуществить настоящий прорыв сравнительного правоведения в XX в.

§ 2. В поисках нового подхода к правовым системам

I. Используемые критерии

137. Множественность критериев. Выделение трех правовых семей было важным моментом в поисках надлежащего подхода

---

1 См.: *W. Capeller et T. Kitamura.* Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, Autour de Massaji Chiba, 1998.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Urheberrechtlich geschütztes Material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

к сравнительному правоведению. Можно сохранить использование «технического» и «идеологического» критериев, которые верно отражают реальность и продолжают существовать. Но следует также принять во внимание концепции или факторы, обладающие сегодня особым влиянием.

Можно, в частности, задуматься об использовании разработок современной правовой мысли в том, что касается понятия «правовое государство». Интерес к данному понятию занимает значительное место в конструкциях многих юристов, которые связаны с реакцией на тоталитарное государство (нацизм, фашизм, марксизм-ленинизм), с их стремлением содействовать формированию государств по всему миру на демократических основаниях, которые могут гарантировать, насколько это возможно, развитие и свободу. Хотя это понятие можно увязать с философией права и политологией, оно покоится на множестве элементов юридической техники, что делает обоснованным его использование в методологических концепциях сравнительного правоведения.

Конечно, в этот период стремительных и кровопролитных потрясений следует также принять во внимание социологический фактор, определяющий эффективность институтов: в одних странах существует долгая правовая традиция, в других странах право мало что значит для его жителей. Компаративист, ищущий реальность за внешним обликом, должен учитывать этот важный аспект коллективной психологии.

Таким образом, можно попытаться осуществить новое представление классификации, основывая формирование групп и правовых семей на трех критериях:

- технический критерий (принятие правовых решений в системах, которые намереваются объединить в одну семью, должно основываться на одинаковой юридической технике);
- идеологический критерий (правовые системы одной семьи должны восходить к одной концепции права, государства и отношениям между этими двумя понятиями);
- исторический или социологический критерий (системы государств, не обладающих настоящей правовой традицией, не могут быть объединены в семью с теми государствами, где право эффективно функционирует в течение долгого времени и воспринимается гражданами как важная социальная ценность).

Речь идет об использовании наработок истории права, социологии и политологии: существуют эффективные правовые системы, которые одновременно обладают высоко развитой юридической техникой и образуют правовые государства с сильной зависимостью от религии или иде-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Urheberrechtlich geschütztes Material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ологии; другие системы не имеют этой эффективности или даже не обладают технической самобытностью[1].

II. Попытка новой классификации

138. Терминология. Будут использоваться различные термины и словосочетания: система, семья, группа систем, которую можно распределить по семьям; группа систем, которую можно скорее отнести к подгруппам, чем к семьям.

Таким образом, мы будем стараться принимать во внимание все разнообразие и сложность правового мира, представляя сначала основную классификацию, затем дополнительные классификации, которые развивают или исправляют последствия главной классификации.

A. Главная дуалистическая классификация

139. Мы разделим правовые системы на две группы: одну из них можно подразделить на семьи, объединяющие системы с общими чертами в техническом, идеологическом и социологическом аспекте; с другой группой мы поступим иначе, разделив ее на подгруппы и объясняя образование каждой подгруппы определенной идеей. Во втором случае общие черты этих подгрупп не так многочисленны и определенны, чтобы их можно было отнести к одной семье.

Мы полагаем, что таким образом можно с определенной последовательностью представить правовые системы мира в двух группах:

- Группа правовых систем, принадлежащих правовым государствам с длительной правовой традицией.
- Группа правовых систем, принадлежащих правовым государствам, не обладающим правовыми традициями, или государствам, подчинившим право религии или идеологии, что не позволяет их относить к правовым государствам.

1. Легитимность различия

140. Хорошо замечено, что в современную эпоху демократические ценности и свободы, являющиеся их непременным следствием, существуют только в тех государствах, чьи органы строго подчинены нор-

---

[1] Конечно, могут быть предприняты и иные подходы. Например, Вернон Валентин Палмер сумел показать, как осуществляются различные правовые влияния на конкретную правовую систему, что привело его к выделению третьей правовой семьи — правовой семьи смешанных правовых систем, которая стояла в одном ряду с семьей романо-германских систем и семьей систем общего права (Mixed Jurisdictions Worldwide — The Third Legal Family, Cambridge University Press, 2001).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Materiál chránený autorským právom

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

мам права: это и есть та реальность, которая охватывается словосочетанием «правовое государство». Однако следует отличать общества с долгой правовой традицией и общества, которые пока не поставили право в ряд своих ценностей. Право государств с давней правовой традицией обладает не только техническим совершенством и эффективностью, но также имеет философский и политический смысл, который делает его гарантом правосудия и свободы.

Существует (и не только в Европе) определенное число государств, право которых обладает достаточно древним происхождением и хорошей эффективностью, что позволяет ему достигнуть высочайшего уровня правовой техники. При этом важно учитывать, как в данный момент характеризуются отношения этих государств с правом, чтобы оценить положение гражданских свобод. Нацистская Германия, фашистская Италия, которые обладали правом с высоким уровнем юридической техники, не могли быть отнесены к правовым государствам. Другими словами, техническая самобытность права, его эффективность являются необходимыми, но недостаточными критериями: государство должно подчиняться праву.

Сегодня существуют страны, которые хотят быть правовыми государствами. Но если их общество не обладает настоящей правовой традицией, их сложно поставить в одну группу с государствами, в которых существуют гарантии эффективности права, его жизненной силы (примером служит Япония. Ее культура еще недостаточно ценит право, которое в техническом отношении достигло уровня правовых государств).

2. Масштаб различия

141. Эта классификация позволяет провести первое разделение правовых систем, открывая путь для дополнительных классификаций систем первой группы. Правда, правовых систем, принадлежащих правовым государствам с длительной правовой традицией, все еще очень мало.

- Первую группу формируют в Европе: Западная Европа, Северная Европа, Южная Европа, и несколько государств Центральной Европы, а также несколько государств Северной и Южной Америки. В остальном мире также существуют несколько государств, относящихся к этой группе (примером является Австралия), но некоторые государства из числа правовых в силу отсутствия у них правовых традиций и возможности оценить эффективность их права стоит отнести ко второй группе.
- Вторая группа является не менее важной, и из нее не исключается ни одна правовая система, существующая в мире и не отвечающая критериям первой группы. Но эта группа является очень разнородной, поскольку в нее вливаются совершенно различные правовые системы.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Materiál chránený autorským právom

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Внутри каждой группы впоследствии могут быть проведены свои отличия, но по основаниям, различающимся для каждой группы.

Б. Семьи, относящиеся к первой группе правовых систем

142. Идентифицировав первую группу, можно использовать технический критерий, чтобы выделить две семьи, которые содержатся и в классификации профессора Рене Давида: семью романо-германских систем и семью систем общего права. Но речь в этом случае идет только о первом разграничении внутри первой группы, дополнительные классификации также будут необходимы, чтобы подчеркнуть некоторые сходства или отличия, которые выбиваются из основной классификации.

1. Базовое разделение: романо-германские системы и системы общего права

143. Этот дуализм все еще помогает нам ориентироваться:

- Романо-германские системы, отдающие приоритет писаному кодифицированному праву, формируют семью, к которой можно отнести большое число европейских государств и несколько американских.
- Семья систем общего права объединяет английское право, ирландское право, право США, Канады, Австралии и Новой Зеландии: в этих системах право остается в большей степени судебным.

2. Дополнительные классификации, которые могут быть довольно многочисленными

144. Их можно осуществлять как на уровне всей группы, так и внутри каждой семьи.

1. Прежде всего, можно различать однородные и смешанные правовые системы.

Большинство правовых систем первой группы являются однородными, даже если они испытали несколько правовых влияний. Тем не менее среди них есть несколько систем, которые следует относить к смешанным[1]: шотландское право, право провинции Квебек и право штата Луизиана, хотя в публичной сфере аспекты общего права все еще обладают почти исключительным приоритетом. Проявление интереса к этим смешанным правовым системам объясняется не только их собственным

---

[1] См.: *Palmer*. Mixed Jurisdictions of the World: A Comparative Study, Cambridge, 2000.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

значением, но также их потенциальной ролью в образовании «нового европейского частного права»[1].

2. Следует различать правовые системы по значению, которое придается конституции или конституционном контролю. Эта дополнительная классификация является весьма актуальной и обладает большой важностью.

Соединенные Штаты выступают здесь в качестве модели. В их кильватере Германия, Италия, Португалия, Испания, Греция составляют группу государств с сильным влиянием конституционного права.

Франция находится, по крайней мере в настоящий момент, в другой группе государств, таких как Нидерланды и Соединенное Королевство.

3. Что касается отдельных отраслей права, например уголовного процесса, английское влияние привело к образованию новой дополнительной классификации, которая нуждается в нескольких группах, поскольку наряду с чисто обвинительными системами (Соединенное Королевство) существуют эволюционирующие следственные системы, в которых сильно влияние обвинительной модели и которые отказались от следственных судей (Германия, Италия), в то время как другие страны остались им верны (Франция, Бельгия).

4. В отношении определенных институтов — договора купли-продажи в частном праве, категорий правонарушений или суда присяжных в уголовной сфере, а также в отношении многих других институтов — также следует осуществить свою классификацию правовых систем (здесь будет особенно выделяться отличие французской и немецкой систем).

B. Подгруппы правовых систем в группе государств без настоящих правовых традиций или подчиняющих право религии или идеологии

145. Многочисленные системы этой группы могут быть без проявления излишнего субъективизма распределены по нескольким подгруппам. В этом аспекте будет непросто осуществлять поиск общих черт, позволяющих идентифицировать правовую семью, но могут быть выдвинуты идеи, достаточные для формирования подгрупп[2].

1. Правовые государства без настоящих правовых традиций

146. Некоторые государства относятся к правовым. Но в силу исторических причин и оснований социальной психологии их правовые ин-

---

1 *J. Marcou.* Justice constitutionnelle et systèmes politiques : Etats-Unis, Europe, France, PUG, 1997.

2 Особого внимания заслуживают работы Массаи Чиба, который изучал «незападные правовые культуры» и выделял «африканский мир», «индусский мир», «регион китайской культуры» и «мусульманский мир».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ституты, часто являющиеся подражаниями других систем, имеют все еще ограниченную эффективность (если не брать в расчет публичное и уголовное право, т.е. сферу, где эффективность права всегда является высокой): иллюстрацией может послужить Япония.

2. Государства, подчиняющие право идеологии или религии

147. Несомненно, всегда существуют связи между правовой системой и народным менталитетом, культурной основой общества, касающиеся моральных, интеллектуальных и религиозных аспектов права. Но в некоторых государствах право состоит в такой непосредственной зависимости от идеологии или религии, что его самобытность является лишь видимой, а само право не может быть технологией, достаточно стабильной и объективной, для того чтобы гарантировать права всех граждан.

- Подчинение права религии имело в прошлом вопиющие иллюстрации, пережитки такого подчинения остаются сегодня:
  - каноническое право является правом католической церкви;
  - мусульманское право представляет собой социальный аспект шариата, религиозного закона ислама. Таким образом, он не связан с государством, но его влияние осложняет анализ права в странах исламской цивилизации;
  - индусское право, «религиозное право» не утратило полностью своего значения: его невозможно игнорировать при освещении правовых институтов Индии.
- Подчинение идеологии объясняет правовые проблемы стран, некоторые из которых являются крупнейшими в мире:
  - СССР претворил в жизнь философскую концепцию государства и права марксизма-ленинизма, являющегося источником советской идеологии. Семья систем социалистического права канула в лету, но не существует уверенности, что разрыв с идеологией является окончательным во всех государствах, которые ранее принадлежали к этой семье;
  - Китай, не обладая, как и Япония, настоящей правовой традицией, сегодня сильно отличается от последней, хотя обе страны в течение определенного времени осуществляют эксперимент по «европеизации права». Япония встала на путь правового государства, Китай — на путь идеологически ангажированного государства и права, и марксизм, отличающийся от марксизма-ленинизма, еще сохраняет там свое значение.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

3. Право новых государств Африки, Азии и Океании после деколонизации

148. В Африке, Азии и Океании после деколонизации множество новых государств сформировали свое право. В большей части они сохранили правовую систему колонизатора, которая действовала на момент обретения независимости. По истечении нескольких десятков лет, проведенных в осуществлении собственного юридического эксперимента, разобраться в их правовых институтах представляется чрезвычайно затруднительным: «современное право» применяется прежде всего в городах и существует в стране вместе с обычаями, сложными для постижения. Суды формируют право, зачастую интерпретируя новейшее законодательство бывших колонизаторов. Политические ассамблеи принимают акты, число которых растет под влиянием самых различных источников. И все задаются вопросом: какова эффективность права?

Все это оправдывает наше обращение в начале исследования к системам, обладающим достаточным техническим своеобразием и даже определенным техническим совершенством, которые эффективно функционируют в обществе, воспринимающим право как важную ценность, инструмент правосудия и защитника свободы. Помимо английского, французского и немецкого права, существует множество других правовых систем, которые можно отнести к «великим системам» современного мира. Мы постараемся их идентифицировать, обосновывая свой выбор и представляя их главные отличительные черты.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 2

МИР ОБЩЕГО ПРАВА (РЕЦЕПЦИИ, КОНФЛИКТЫ, ЗАИМСТВОВАНИЯ)

Библиография: *Antoine J. Bullier.* La Common Law, Dalloz, 2002. *René David, Camille Jauffret-Spinosi.* Op. cit.

149. Мир общего права. Английское право в силу политических и экономических причин, а также по причине своего технического совершенства было и остается одной из величайших систем влияния в мире.

В рамках взаимодействия правовых систем существует множество отдельных влияний: некоторые из них являются изолированными[1], другие воздействуют на целые правовые отрасли[2]. Но если настоящие заимствования, позволяющие сделать вывод о существовании семьи систем общего права (семья, находящаяся внутри первой группы правовых систем) и имели место, то влияние английского права не помешало каждой правовой системе сохранить или утвердить свою идентичность. Таким образом, сегодня проводят различие между самим английским право и правовыми системами, которые первоначально его заимствовали или оказались под его влиянием.

Тем не менее существует «мир английского права», который характеризуется определенным единством, не имеющим аналога в романо-германской правовой семье.

---

1 Например, заимствования в области траста.

2 Новое уголовное процессуальное право Италии многим обязано английскому праву.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раздел 1

ЗАИМСТВОВАНИЯ И ВЛИЯНИЕ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА НА ТЕРРИТОРИЯХ, НАХОДЯЩИХСЯ В ОПРЕДЕЛЕННОЙ ЗАВИСИМОСТИ ОТ СОЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА

150. Прежде всего следует сопоставить английское право с другими системами, находящимися внутри Соединенного Королевства, поскольку последнему знакомо множество правовых систем. Однако существуют государства, которые, несмотря на свою независимость, принадлежат к Содружеству, политической реальности, в которой Соединенное Королевство играет главенствующую роль: правовые системы этих государств можно почти во всех случаях отнести к семье общего права, подчеркивая, однако, их отличие от английского права.

§ 1. Английское право и другие правовые системы внутри Соединенного Королевства

151. Соединенное Королевство обладает сложной структурой, которая никогда не была неподвижной. Там сосуществуют различные правовые системы. Однако некоторые из них, по крайней мере на сегодняшний день, совсем недалеко ушли от английского права. Другие обладают самобытностью, которая все еще не утрачена.

I. Системы, отождествляемые с английским правом

A. Право Уэльса

152. Уэльс. Право Уэльса — это английское право: с 1284 г., когда началось распространение английских решений на территорию Уэльса, присоединенного к английскому королевству в 1283 г., до 1830 г., когда произошла полная правовая унификация, прошло несколько этапов[1]. Но в настоящее время в Англии и Уэльсе применяются одни и те же законы и судебные решения.

Политическая автономия, которая лишь укрепилась в последнее время, — может ли она вновь привести к партикуляризму? Этого нельзя

[1] См.: *J.-H. Baker.* Introduction to legal History, 3 ed., Butterworths, 1990. P. 36.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

исключать, но в ближайшем будущем изменение облика правовой системы представляется маловероятным.

Б. Право Северной Ирландии

153. Северная Ирландия. Несмотря на наличие связей, которые исторически сложились между Англией и Ирландией, интеграции ирландских судов в судебную систему Англии не произошло. Но ирландские суды приняли общее право и применяли его так же, как это делали и английские суды[1]. Когда Ирландия в 1920 г. раскололась, Северная Ирландия учредила свою систему судов, и это позволило ей вновь применять английское право с его правовыми методами[2].

II. Системы, сохраняющие значительный партикуляризм: пример шотландского права

Библиография: *Hélene David.* Introduction à l'étude du droit écossais, LGDJ, 1971. *E. Marshall.* General Principles of Scots Law, 1999. *A. Paterson, T. Bates, M. Poustie.* The legal System of Scotland, 1999. *David M. Walker.* Principles of Scottish Private Law, Clarendon Press, Oxford.

154. Шотландское право. Политическая интеграция в Соединенное Королевство не всегда приводит к интеграции правовой.

На Нормандских островах и на острове Мэн правовые решения сохраняют значительный партикуляризм.

Но именно Шотландия сохраняет совершенно отличное собственное право.

Если Шотландия и является неотъемлемой частью Соединенного Королевства, процесс объединения проходил с определенными перипетиями. Он не привел к слиянию правовых систем, однако невозможно отрицать значимость влияния английского права.

А. Исторические перипетии

155. Политическое объединение и дуализм права. Шотландия стала независимым королевством в начале XI в. (Малькольм II, который правил с 1005 по 1034 г., является первым королем Шотландии после битвы при Кэрэме 1018 г.). Твид служит границей с Англией. Шотлан-

---

1 См.: *J.-H. Baker.* Introduction to legal History, 3 ed., Butterworths, 1990. P. 38.

2 Южная Ирландия открыла для себя новый период истории права. Основой ее права стала писаная конституция, отныне она обладает собственными законами. Однако многие положения английского права просто воспроизводятся ирландскими законами, а ирландские суды по-прежнему уделяют большое внимание судебным решениям, вынесенным в Лондоне.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

дия избежала покорения Вильгельмом Завоевателем, но определенное сближение с Англией все же произошло. Дэвид I, который правил с 1124 по 1153 г., провел в Англии свои молодые годы и обнаружил там феодальный режим, который он и установит в своей стране. С этого короля начинается история шотландского права (прежде всего правовой системы нижних земель, поскольку верхние земли до 1745 г. сохраняли клановую организацию).

В конце XIII в. произошел крупный конфликт с Англией, и Эдуард I захотел присоединить Шотландию, как он поступил с Уэльсом. Выиграв битву при Баннокберне (23 июня 1314 г.) шотландцы сохранили свою независимость.

Шотландия стала сближаться с континентом, что сыграет важную роль в эволюции ее права. Юристы получали свое образование во Франции, методы правового анализа отдавали приоритет общим правилам, большое место было отведено римскому праву. Поскольку при этом решения английских судов не имели силы в Шотландии, шотландское право в течение долгого времени будет развиваться независимо от английского общего права и права справедливости.

В конце XVII в. благодаря экономическим трудностям Англия и Шотландия вновь сблизились. В 1707 г. был подписан Союзный договор, который официально связал два королевства; формирование Великобритании произошло веком позже, отчасти благодаря наполеоновским войнам.

Тем не менее шотландское право будет сохранять свою самобытность. Союзный договор предусматривал, что Шотландия сохраняет свое право и свои судебные институты.

Парламент Великобритании также содействовал сближению правовых систем. Акт о Шотландии (1998) наделил парламент Шотландии важными полномочиями. К настоящему времени уже принято большое количество законов. Назовем в качестве примера наиболее важные из них: Акт о шотландской службе омбудсмена 2002 г., который наделил омбудсмена широчайшими полномочиями, Акт об уголовной юстиции 2003 г., Акт об уязвимых свидетелях 2004 г., Акт об урегулировании полномочий по расследованию 2000 г., который касается судебных вопросов, Акт об отмене феодального владения 2000 г. и Акт о земельной реформе 2003 г., который значительно реформировал права на недвижимое имущество, регистрацию этих прав и способы их передачи.

Все это привело к тому, что сегодня весьма непросто точно определить место шотландского права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Дуализм правовых систем и их сближение в современный период

156. Интеграция шотландского права? Останавливая свое внимание только на наиболее существенных чертах, можно поговорить об основаниях, на которых покоится право.

По сравнению с тремя сводами правовых решений английского права (общее право, право справедливости и статутное право), доминирующей ролью английских судов, соблюдающих в своей работе важные традиции (процедура предшествует праву, соблюдение прецедентов, казуистичный дух), шотландское право базируется на иных основаниях.

По Стэру (1619–1695), считающемуся «основателем шотландского права»[1] (приблизительно в 1660 г. он составил Институции Шотландских законов, которые будут опубликованы в 1681 г.), шотландское право обладает тремя источниками, вернее тремя составляющими:

- обычаи, которые вытекают из судебной практики (в которую было интегрировано множество положений римского права[2], равно как и церковного и феодального права);
- законы, которые в тот период были менее многочисленными (Стэр смог написать: «Мы счастливы иметь законы, которых так мало, но которые такие простые»);
- судебная практика (2315 решений процитированы в Институциях, в то время как во Франции, в работе Дома, современника Стэра, не было приведено ни одного решения).

Современное право несколько усложнится — в силу большей роли закона и влияния судебной практики Палаты лордов.

«Обычаи» судебной практики сохранили свою роль, но относительно иных источников их роль уменьшилась.

Законы стали более многочисленными. В зависимости от обстоятельств парламент распространял или не распространял силу своих актов на Англию и Шотландию. Сейчас Шотландская ассамблея сама принимает законы.

Решения судов всегда играли большую роль, особенно решения Сессионного суда, а также некоторые решения Палаты лордов.

Применение юристами этих источников свидетельствует о большой роли общих правил с меньшим влиянием судебной практики. Нор-

---

1 Философ, политический деятель, адвокат, судья, он прожил весьма насыщенную жизнь. На его правовые взгляды большое влияние оказали религиозные воззрения и доктрина естественного права.

2 Римское право не применялось само по себе, но его духом и положениями было проникнуто множество правовых обычаев.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ма о соблюдении прецедентов имеет меньшую силу по сравнению с английским правом: «*ratio decidendi*» решений понимается здесь более пространно, шотландские судьи в соответствии со своей традицией при вынесении решений в большей степени, чем английские судьи, исходят из общих правил, некоторые прецеденты могут потерять свою силу из-за отсутствия применения.

Сохранение самобытности отстаивается большинством юристов и судов, которые формируют судебную систему Шотландии.

Шотландские адвокаты, объединенные в коллегию *(Faculty of Advocates)* во главе с Председателем *(Dean)*, обладают характеристиками, несколько отличающими их от английских баристеров. Солиситоры также имеют свои собственные традиции, хотя с 1949 г. существует Шотландское правовое общество.

Различается и судоустройство в уголовной и гражданской сфере.

Местными судами по гражданским делам являются Суды шерифа (12 для 33 графств). Они обладают широкой компетенцией (только вопросы правового положения лиц подлежат ведению Сессионного суда) и выносят решения без права обжалования по небольшим делам, со сложной системой обжалования — в отношении более важных дел. Участие суда присяжных является редким: его созывают для рассмотрения дорожно-транспортных происшествий (суд присяжных также участвует в делах о возмещении ущерба, причем Внутренняя палата Сессионного суда не имеет права изменить размер присужденной суммы).

Сессионный суд[1] стоит во главе правовой жизни. Конечно, он не является верховным судом, поскольку некоторыми полномочиями обладает Палата лордов; но последняя рассматривает лишь небольшое количество дел, и потому Сессионный суд предстает как суд направляющий и контролирующий шотландское право. С XIX в. Сессионный суд включает Внутреннюю и Внешнюю палаты. Внешняя палата является судом общего права по гражданским делам. Внутренняя палата состоит из двух отделений, которые на практике специализируются на рассмотрении различных категорий дел. Внутренняя плата является наиболее важным судом второй инстанции в Шотландии. Она дает консультации нижестоящим судам и может выносить решение по делу по справедливости *(Nobile Officium)*, но пользуется этим полномочием лишь в исключительных случаях. Сессионный суд для рассмотрения наиболее важных дел может заседать в расширенном или даже пленарном составе.

---

1 Количество судей Сессионного суда было совсем небольшим, но все они отличались высочайшей квалификацией. Избираемые среди наилучших адвокатов, они назначались Королевой по представлению премьер-министра после проведения многочисленных консультаций.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Палата лордов распространяет свою компетенцию на Шотландию, место которой в ней гарантировано (по крайней мере один *Lord of Appeal in Ordinary* должен быть шотландцем, но их может быть и трое; в течение нескольких лет Лорд-канцлер был шотландцем). Постановления по ряду дел, относящихся к Шотландии, учитываются правом Соединенного Королевства[1]. Сегодня постановления Палаты лордов обычно распространяют свою силу на Шотландию, даже если постановления палаты основываются на общих принципах права, которые обязательны для Шотландии лишь в той мере, в какой они не противоречат ее позитивному праву.

§ 2. Английское право и право Содружества: пример Канады

Библиография: *Antoine J. Bullier.* La Common Law, Dalloz, 2002. *W. Dale.* The Modern Commonwealth, Butterworths, 1983. *Marie Goré.* L'influence du Code civil en Amérique du Nord, in 1804–2002, Livre du Bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004.

157. Общее право и Содружество. Развитие и сохранение Содружества произошло благодаря нескольким факторам, одним из которых является право. Но если государство входит в состав Содружества, его право почти всегда строится по образцу английских институтов: правовые решения, правовая техника английского права, некоторые методы английских юристов все еще не утратили там своего значения[2]. Это влияние характерно для всех государств, принадлежащих к Содружеству. Но верно и то, что влияние английского права не препятствует самобытности государственных систем, которая возрастает со временем, истекшем с момента получения соответствующим государством независимости от английских властей.

Канада является примером, на который охотно ссылаются французские юристы, и который действительно того заслуживает, если принять во внимание положение этого государства в мире.

Без сомнения, гражданское право провинции Квебек в течение долгого времени вносило свой вклад в самобытность канадского пра-

---

1 Одно из самых известных постановлений английского права — Donoghue v. Stevenson (1932) было вынесено по «шотландскому делу».

2 Заимствование английского права имело важнейшее значение для Австралии и Новой Зеландии. В Южной Африке долгое время доминировало «романо-голландское» право, однако начиная с XIX в. здесь начинается рост влияния английского права, который не прекращается до сих пор.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ва. Но это не единственная причина. Существование федерального государства, провинций и территорий, правовое положение которых является практически независимым, наличие нескольких официальных языков в некоторых провинциях, близость Соединенных Штатов и важность экономических и культурных связей, которые являются следствием этой близости, — все эти факторы оказывают свое воздействие на право.

Правовая система Канады является сложной, а среди факторов влияния, которые в зависимости от времени и сферы определяли развитие канадского права, следует выделить три правовые системы (английскую, французскую и американскую).

I. Фундаментальные основания правовых систем Канады

158. Признание «французских юридических фактов». Современное право Канады родилось под английским и французским влиянием. Среди его составляющих не следует учитывать индейские[1] или эскимосские обычаи, даже при том что многие сегодняшние канадцы являются выходцами из этих племен.

Территории, составляющие сегодня Квебек, первыми познали феномен правового заимствования. В 1643 г. Эдикт Короля Франции, создавший Верховный совет Квебека, распространил на Квебек французское право, наделив Верховный совет необходимыми полномочиями по его применению. Другие решения закрепили применение французского права с тем уточнением, что при применении правовых обычаев «необходимо всегда ссылаться на обычай виконства Парижа».

По Парижскому договору от 10 февраля 1763 г. территории, принадлежавшие до этого Франции, становились английскими колониями. Прокламация короля Георга Третьего от 7 октября 1763 г. наделяла жителей французского происхождения, живущих в Квебеке, свободой вероисповедания и сохраняла правовые институты, регламентирующие порядок их жизни, одновременно устанавливая оговорку на будущее: только в отношении частного права в строгом смысле обычаи Канады, включавшие французские правовые институты, сохраняли свою силу. Напротив, в отношении публичного права, особенно в том, что касается уголовных и процессуальных законов, обязательным признавалось английское право, которое также применялось на других канадских территориях, принадлежащих к английской короне.

---

[1] О социальной организации индейцев и их правовой жизни см.: *D. Jenness.* The Indians of Canada.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Акт о Квебеке 1774 г. закрепит применение «французских юридических фактов».

Своя история существует и у других провинций и территорий, поскольку Канада приобрела свой нынешний облик лишь с принятием конституционного акта 1867 г., Акта о британской Северной Америке. Но и там применялось английское право, если этому не препятствовали обстоятельства, с оговоркой о том, что его положения не мешали реализации постановлений, принимаемых на постоянной основе компетентными государственными органами.

A. Правовая система, заимствованная из Англии

159. Преобладание правовой системы, напоминающей английское право. Правовая система, заимствованная из Англии, составляет важную часть канадского права, поскольку она распространяется на всю совокупность институтов публичного права всех провинций, включая провинцию Квебек, и всех территорий. Уголовное право, судебное право, налоговое право являются составными частями публичного права.

1. Каков действительный масштаб этого заимствования?

160. Рецепция английского права? Можно прежде всего говорить о рецепции, что будет оправдано, принимая во внимание многочисленные заимствования правовых институтов. Тем не менее этот вопрос представляется не таким ясным, и время от времени судьи должны выражать свою позицию по вопросу о применимости или неприменимости английского закона, если в сфере, отнесенной к законодательной компетенции, не существует собственно канадских правовых постановлений.

Постановление, вынесенное 10 февраля 1970 г. Апелляционным судом Британской Колумбии[1], может прекрасно проиллюстрировать реальность рецепции и сложность ее применения. Можно ли было применять английский закон 1834 г. в 1970 г., для того чтобы обязать к уплате алиментов мужчину, чья жена до вступления в брак уже имела ребенка, родившегося вне брака от другого мужчины, но которого ее муж взял на иждивение и содержал до того момента, когда они разошлись? Суд допустил такое применение, подтвердив решение суда первой инстанции. Для того чтобы прийти к такому решению, судья Мак-Фарлан провел показательный анализ, прекрасно осветив феномен рецепции.

---

[1] McKenzie v. McKenzie (1970) WWR., 206.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

На протяжении лет английское право, по крайней мере в определенной части, заменялось на право канадское. Федеральная конституция, конституции провинций, статуты, принятые как на уровне провинций, так и на федеральном уровне, некоторые из которых из-за своих размеров даже были обозначены в качестве кодексов, составили важный корпус собственных писаных положений. Постановления апелляционных судов каждой провинции, а с 1949 г. — постановления Верховного суда Канады составили судебную практику, которая все меньше и меньше нуждалась в опоре на английские прецеденты. Постепенно утвердилась и доктрина, чему способствовало образование корпуса штатных профессоров, сильно выросшего за последние 30 лет. Но «национализация» права в Канаде не привела к его выпадению из правовой семьи общего права.

2. Канадское право является по большей части системой, которую можно отнести к семье общего права в силу концепций, на которых оно основывается, и методов их осуществления

161. Правовая система семьи общего права. Судьи в правовой жизни Канады сохранили роль, очень похожую на роль английских судей, которую они сначала получили в наследство, а затем усвоили в качестве модели.

Судоустройство и судопроизводство Канады, конечно, обладают определенным партикуляризмом, однако им можно легко найти параллели в английском судоустройстве и судопроизводстве. Корпус юристов, таким образом, обладает определенным единством, а *cursus honorum*[1] адвокатуры гарантирует престиж работы судей.

Концепции и методы, пришедшие из Англии, были сохранены современным канадским правом. Безвольный конформизм или интеллигентная приверженность? Какая разница? И тем не менее канадские юристы сожалеют о том, что в середине века право Канады, включая сюда и частное право (вне провинции Квебек), плелось в хвосте английского права, хотя более автономное развитие было возможно и желательно. Так, канадское право договоров, деликтное право в течение долгого времени черпали свои основания в английском праве. В конце XX в. говорить о такой сервильности, конечно, нельзя. Однако главные концепции и основные методы канадского права остаются концепциями и методами, характеризующими правовую систему, относящуюся к правовой семье общего права.

---

[1] Карьера. В Римской республике означала очередность продвижения должностных лиц по службе, была закреплена затем законами *Lex Villia annalis* (180 до н.э.) и *Lex Cornelia Sullas* (81 до н.э.). — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Партикуляризм частного права в провинции Квебек

162. Квебекское исключение. Существует «квебекское исключение», по крайней мере в отношении частного права. Точно определить право Квебека не так просто. Следует говорить скорее не о системе смешанного права, которая объединяет положения, пришедшие из различных систем, а о «дуалистичной системе»: модель «общего права» определят все, что не касается частного права, а частное право регулируется совокупностью положений, использующих основные понятия системы, принадлежащей к романо-германской правовой семье. Исторический дуализм продолжался в течении долгого времени по политическим, а также доктринальным и техническим причинам. Замечательно то, что жизненная сила системы частного права, обязанная качественной работе юристов и роли языка, смогла сохраниться в таких условиях на протяжении более двух веков, и что с осуществлением новой кодификации она получит современное основание, которое даст ей шанс обрести второе дыхание.

1. Частное право в Квебеке с конца XVIII в. до кодификации 1991 г.

163. Кодификация 1866 г. Если «французский юридический факт» и был официально признан в 1774 г., то его сохранение и укрепление многим обязано Гражданскому кодексу «на французский манер», разработанному в начале второй половины XIX в.

В течение двух веков, предшествовавших принятию кодекса 1866 г., частное право Нижней Канады не имело по-настоящему прочных оснований. Конечно, в силу существующего порядка следовало применять обычаи Парижа, но только до того момента, пока последние не утратили силу в самой Франции. В силу развития коммерческих отношений между канадцами, какого бы происхождения они ни были, общее право могло распространить свое влияние и начать изменять первоначальный облик права Нижней Канады. Гражданский кодекс 1866 г. принесет ясность и безопасность праву и позволит сосуществовать с общим правом правовой системе, которая будет действительно отличной от него.

Комиссия, призванная подготовить кодекс в самые сжатые сроки[1], была созвана на основании Закона 1857 г. в 1859 г. С заключением намечавшегося союза англоязычных провинций (Акт о британской Северной Америке будет принят в 1867 г.) сохранение собственного частного права представлялось одним из средств по сохранению самобытности

---

[1] Процесс кодификации описывается в замечательной статье: *Brierley.* Quebec`s Civil Law Codification, McGill Law Journal, vol. 14, 1968, n. 4. P. 522.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Квебека. Но не это было определяющим аспектом. Много говорилось об унификации права Канады, которой и могла бы поспособствовать кодификация. Однако победила точка зрения, согласно которой в первое время лучше ограничиться кодификацией в отношении Нижней Канады, где ее с нетерпением ждали, и что впоследствии можно будет осуществить более масштабную унификацию.

Комиссия, состоящая из трех членов (судей Карон, Дэй и Морин), начала свою работу с изучения существующих источников — сложных и временами мало понятных, не освещенных существующей доктриной; однако Закон 1857 г., определивший задачи членов комиссии, заставил опираться их на два кодекса: Французский гражданский кодекс 1804 г. и Гражданский кодекс Луизианы 1808 г. (повторно опубликованный в 1825 г.), которые на различных основаниях помогали искать ответы на вопросы, поднимавшиеся перед редакторами кодекса Квебека. Работа членов комиссии являлась по-настоящему независимой, и они не ограничились компиляцией, но предложили проект настоящего кодекса, даже если речь и не шла об использовании ими революционных принципов. Во многом был сымитирован Французский гражданский кодекс, разработчики придерживались его плана (тем не менее четвертая часть кодекса, не известная Французскому гражданскому кодексу, была посвящена аспектам коммерческого права). Составление статей происходило на французском и английском языках, обе редакции имели одинаковую силу. Гражданский кодекс был принят в 1865 г.[1] и вступил в силу 1 августа 1866 г.

Юристы Квебека гордились своим кодексом и трепетно относились к его реформированию. На протяжении века законодательные поправки были немногочисленны, и толкование, которое во многом зависело от Тайного Совета в Лондоне, оставалось в целом близким к тексту. Самобытная доктрина Квебека начала развиваться благодаря предпосылке, которая появится только 50 лет спустя. Этот важнейший аспект Гражданского кодекса представлял большую опасность:

«...благодаря образу, который он приобрел, а также роли, отведенной ему в квебекском обществе, он стал символом не постоянства, но косности, проявлением статичной концепции, т.е. застоя определенного социального порядка»[2].

Перед лицом экономических и социальных изменений, которые уже можно было наблюдать или предчувствовать, в 1955 г. был начат процесс ревизии Гражданского кодекса. Ожидая ревизию как средство для разрешения срочных проблем, разработчики предпочли технике приня-

---

1 Bill был опубликован 31 января 1865 г.

2 *P.-A. Crepeau*. Préface au Rapport sur le Code civil du Québec, Montréal, 1978.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

тия дополнительных законов путь внесения поправок в существующий кодекс.

2. Обновление гражданского права с принятием кодекса 1991 г.

164. Кодификация 1991 г. После принятия Закона 1955 г. была создана Служба ревизии, и на профессора Поля-Андре Крепо была возложена задача по подготовке проекта Гражданского кодекса. Этот проект, сопровождаемый докладом, был представлен 21 октября 1977 г.

Уже во время первого этапа была проделана большая работа (поиск новых принципов, сравнительно-правовая работа, консультации с многочисленными юристами из Квебека, Канады, из-за границы). Но затем следовало еще несколько лет дожидаться прохождения законодательной процедуры. И только 18 декабря 1991 г. новый кодекс получит законную силу. Созревание длилось больше 30 лет. Но это позволило взрастить прекрасный плод. Он засвидетельствовал настоящую приверженность юридической технике романо-германской правовой семьи. Без сомнения, большой удачей и гарантией долголетия нового кодекса является то, что условия его разработки позволили объединить положения, отражающие нужды Квебека.

Формально кодекс был составлен в стиле Французского гражданского кодекса 1804 г. и Кодекса Нижней Канады 1866 г. Их план не изменялся существенным образом. Тем не менее крупные изменения по существу отделяют новый кодекс от его предшественника 1866 г. Прежде всего он является кодексом граждан. Но поскольку Гражданский кодекс объединяет также правовые основы экономической жизни, он содержит многочисленные институты имущественного права и права обеспечения исполнения обязательств, которые учитывают новые потребности. Определенной модификации подверглось доказательственное право. Следует признать иностранное влияние на указанные институты, каковым бы ни было его происхождение: английское или американское. Но это не нарушило связанность ансамбля; частное право Квебека получило необходимую современную базу, сохранив свое своеобразие.

Вступление кодекса в силу в 1991 г., могло только укрепить развитие доктрины, набравшее полный ход. Эта доктрина, без сомнения, будет содействовать уважению нового кодекса на практике и в ходе правового толкования. Но гражданское право Квебека не сможет избежать влияния процессов, имеющих огромное значение для всей страны и заключающихся в сближении Квебека и остальных провинций.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Факторы сближения

165. С течением времени право федерального государства и право провинций обрели свою самобытность. Однако существуют и унифицирующие аспекты.

A. Конституционализация основных прав

166. Канадская хартия прав и свобод. Конституционные проблемы в течение долгого времени были выдвинуты на правовую сцену Канады, приобретая конфликтный, подчас драматичный характер. Несмотря на эти перипетии, произошло формирование основ конституционного значения, и их сегодняшняя роль может благоприятствовать сближению правовых систем, действуя в двух направлениях.

Повышение ценности писаного права, которое затронуло все провинции, смягчило техническую оппозицию между правовыми системами провинций и системой частного права провинции Квебек. Но право Квебека в своих наиболее самобытных аспектах — не кажется ли оно утратившим свою автономию?

1982 год является поворотным в конституционной истории Канады. В этот год произошла не только «репатриация» конституции, несмотря на оппозицию со стороны Квебека, но получила конституционное значение Канадская хартия прав и свобод. И даже если Квебек, со своей стороны, также примет специальную хартию, Хартию прав и свобод личности, одобренную 18 декабря 1982 г. и вступившую в силу в отношении большинства своих положений 1 октября 1983 г., Канадская хартия прав и свобод распространит свои принципы равным образом на все провинции и территории. В некоторых аспектах роль хартии как фактора, способствующего интеграции, уже представляется крайне важной. Так, рассуждая об уголовном праве и процессе, Анн-Мари Буасвер написала в 1993 г.:

«...с момента, когда Верховный суд Канады начал анализировать гарантии, содержащиеся в хартии, чтобы наделить конституционным статусом ряд правил, унаследованных от общего права, поглощение цивилистической традиции традицией общего права привело Квебек к пределу необратимости»[1].

Без сомнения, иначе обстоит дело с частным правом. Тем не менее и в этой сфере, независимо от Канадской хартии, кажется, что Верховный суд содействует сближению правовых систем.

---

[1] *A.-M. Boisvert.* L'intégration du droit pénal: le modèle canadien, un exemple?

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Увеличение роли Верховного суда

167. Верховный суд Канады является органом с богатой и долгой историей, поскольку он был создан Законом 1875 г. Несмотря на название, в течение ряда десятилетий он не был по-настоящему суверенным органом с полномочием принимать окончательные решения по делу, так как при соблюдении некоторых условий его постановления могли быть обжалованы в Тайном Совете в Лондоне. Но в 1949 г. эта возможность для обжалования исчезла, и Верховный суд увеличил свою роль, по примеру своего знаменитого соседа — Верховного суда Соединенных Штатов.

Верховный суд распространяет свою компетенцию на все провинции и территории. Может ли он с уважением относится к дуализму правовых систем? Организация Верховного суда позволяет ему делать это. Суд состоит из девяти судей, назначаемых федеральной властью, и трое из них должны обязательно назначаться из судей и адвокатов Квебека. В течение долгого времени практиковались различные методы применения источников, в частности, интерпретации законов в зависимости от того, подчинялось ли дело общему праву или системе гражданского права[1]. К тому же Верховный суд все в большей степени становился конституционным судом, рассматривая только в исключительных случаях дела уголовного или частного права.

Тем не менее руководствуясь одной только природой вещей, можно говорить о том, что Верховный суд содействует выработке общих решений и сближению методов работы юристов[2]. Множество решений касается норм права, действующих равным образом во всех провинциях и территориях. Техника составления решений является одинаковой, какова бы ни была сущность дела. Отсюда понятно, что судьи объективно были вынуждены унифицировать правовые решения для всей территории Канады. Около 30 лет назад появилась замечательная статья, показывающая, как Верховный суд отодвигает на периферию характерные черты гражданского права Квебека, особенно тогда, когда при наличии пробелов в законодательных актах он применяет общее право в качестве субсидиарного, вместо того чтобы искать решения, обоснованные общими принципами гражданского права. На некоторое время опасность искажения гражданского права, кажется, сократилась, но когда все сферы права будут охвачены конституционным контролем, возможности вли-

---

1 В течение довольно долгого времени уважение к этому дуализму проявлял и Тайный Совет в Лондоне.

2 Безусловно, можно провести аналогию с Палатой лордов, которая сегодня осуществляет сближение английского и шотландского права в рамках Соединенного Королевства.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

яния Верховного суда на правовую систему Канады значительно возрастут.

Раздел 2

ПРАВО СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ: ПРИМЕР ДОБРОВОЛЬНОГО ЗАИМСТВОВАНИЯ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА (АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ)

Библиография. *Antoine J. Bullier.* La Common Law, Dalloz, 2002. *J. Cedras.* Le droit pénal américain, PUF, 1997. *Joseph J. Darby.* Garanties et limites à l'indépendance et à l'impartialité du juge aux Etats-Unis d'Amerique: RID comp. 2003. *E. Errante.* Le droit anglo-américain des contrats — The Anglo-Amrican Law of Contracts, 2 éd., LGDJ, Jupiter, 2001. *Allan Farnsworth.* Le droit commercial aux Etats-Unis d'Amérique: RID comp. 1962. *Allan Farnsworth.* Introduction au système juridique des Etats-Unis, LGDJ, 1986. *A. Hage.* Le système judiciaire americain et ses problèmes, Ellipses-Marketing, 2000. *R.H. Folsom, A.A. Levasseur.* Pratique du Droit des Affaires aux Etats-Unis, Dalloz, 1994. *Hall Kermit, M. Weick, P. Finkelman.* American Legal History: Cases & Materials, New-York, Oxford University Press, 1996. *P. Hay.* Law of the United States, Dalloz, 2002. *M. Janis.* La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique: AJDA 1998. *Alain A. Levasseur.* Droit des Etats-Unis, 2 éd., 1994. *Williams Nelson.* The Americanization of the Common Law, Cambridge, Harvard University Press, 1975. *A. Tunc.* Le droit des Etats-Unis, PUF. *A. Tunc.* L'équité en droit anglais et en droit americain: AJDA 1998. *Ph. Raynaud et Elisabeth Zoller.* Le droit dans la culture américaine, éd. Panthéon-Assas, 2001. *Elisabeth Zoller.* Le droit des Etats-Unis, PUF, Que sais-je, 2000. *Elisabeth Zoller.* Grands arrets de la Cour supreme des Etats-Unis, PUF, 2000.

168. Соединенные Штаты появились на исторической сцене, когда колонии, сформировавшиеся и развивавшиеся на протяжении XVII и XVIII вв., с населением, являющимся главным образом выходцами из Англии, поднимут мятеж против основательницы колонии, которая в течение долгого времени пользовалась их лояльностью. Почему тогда, возникнув подобным образом, Соединенные Штаты долгое время осуществляли рецепцию английского права? Даже если читатель, проявляющий интерес к праву Соединенных Штатов, захочет ограничиться лишь беглым взглядом, он должен прежде всего обратить свое внимание на эту рецепцию, которая не станет препятствием для постепенного утверждения самобытности американского права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 1. Рецепция английского права

169. Несмотря на происхождение большинства колоний, трансатлантическое заимствование английского права не произошло само по себе. За время долгого периода развития колоний, предшествовавшего их независимости, общее право было воспринято не без колебаний. После обретения независимости всем стало понятно, что принятие наследия произойдет только «после тестирования». Как и при своем распространении в Англии, в период существования конкуренции правовых систем, общее право триумфально воцарилось в Соединенных Штатах, что свидетельствует о ценности его методов или по меньшей мере о его способности к обольщению.

I. Право колоний до обретения независимости

170. До обретения независимости правовая история территорий, которые войдут в состав Соединенных Штатов, уже развивалась по сложному сценарию: поскольку после фазы враждебности к английскому праву, которое хотели навязать колониям, поселенцы пришли к восприятию общего права как важной части своего наследия.

A. Фаза сопротивления общему праву

Феномен возникновения колоний начался в первой четверти XVII в.: в 1607 г. «отважные торговцы» закрепятся в Виржинии, в 1620 г. «пассажиры Мэйфлауэр» высадятся на берегах Новой Англии в Плимуте, Массачусетсе. Так, за несколько десятков лет образовалось 13 колоний. Однако *ubi societas ibi jus*: с момента основания первой колонии в деле Кельвина[1] в Лондоне в 1608 г. было решено, что общее право применяется «в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям жизни»; так же и в учредительных хартиях (например в хартии Бухты Массачусетс 1629 г.) было установлено, что законодательная власть должна соблюдать английские законы.

Несмотря на этот принцип, в течение долгого времени применялось право, достаточно отличающееся от английского. Свою роль сыграли политические мотивы: поселенцы по большей части являлись эмигрантами, которые преследовались в Англии и которые отныне жили в обществе, совершенно отличном от английского. Но даже при желании применять английское право этому противодействовали практические затруднения: не было ни юристов, ни документов, чтобы изучать общее

---

[1] 7 CO I, 17b, 1608.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

право. «Незнание, — как писал Роско Паунд, — было первым источником американского права»[1].

Применявшееся право было мало разработанным; иногда оно основывалось на положениях Библии. Судебные решения играли определяющую роль, однако во избежание произвола существовала и приверженность к писаным источникам, что вызвало попытки кодификаций (так произошло в Массачусетсе в 1634 г.). Новая фаза развития начнется со второй половины XVII в.

Б. Фаза утверждения общего права

Новые социальные условия приводят к восстановлению английского права. Уже возникла необходимость в менее архаичной правовой системе, и существовал корпус юристов для того, чтобы познавать и применять технически сложное право. К тому же общее право связывало между собой жителей английского происхождения, противопоставляя их французским выходцам Луизианы и Канады. Эволюция, произошедшая с общим правом в Англии, придала ему значение инструмента свободы, который может использоваться против Короля.

Кодификация приостановится (последним кодексом этого периода будет кодекс Пенсильвании 1682 г.). Суды применяют общее право и даже некоторые английские законы (например, Статут о мошенничестве 1677 г.). В 1771 г., спустя шесть лет после опубликования в Лондоне, Комментарии Блэкстона были напечатаны в Филадельфии. В сочинении, прекрасно освещающим историю права Соединенных Штатов, Б. Шварц написал:

«В 1774 г. Декларация прав Первого континентального конгресса категорически утверждала, что каждая колония имеет право ссылаться на общее право Англии. Было брошено воззвание: общее право является достоянием, которое мы унаследовали»[2].

II. Право Соединенных Штатов после получения независимости

171. На временной основе. Для революции умов было достаточно нескольких лет. Независимость была провозглашена в 1776 г. Но необходимо было дождаться 1783 г., когда после битвы при Йорктауне (1781) это событие можно было считать свершившимся: Конституция вступит в силу в 1789 г. Новые элементы, казалось, должны были отме-

---

1 Roscoe Pound expose. The deviation of America Law from English Law, 67 Law Quarterly Review, 1951 46—66.

2 *B. Schwartz.* Le droit aux Etat-Unis, une création permanente, 1979.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

нить предшествующие судебные решения. В отличие от Соединенного Королевства Соединенные Штаты были федеративным государством с писаными положениями — конституционными принципами — в качестве правовых основ. К тому же в глазах граждан, которые только что получили независимость, «английское право было последним символом и напоминанием о зависимости». Тем не менее на федеральном уровне быстро утверждается власть судей, которая прекрасно гармонирует с духом правовой системы, основанной на общем праве. В Соединенных Штатах английское право сохранилось только на временной основе. Но сначала его многочисленные решения, а затем уже его дух и методы будут целиком определять облик нового права.

A. Мгновенное признание Верховным судом своего полномочия по контролю за конституционностью законов

172. «Мэрбэри против Мэдисона». Хотя Конституцией это прямо не предусмотрено, с 1803 г. Верховный суд признает за собой полномочие по контролю за конституционностью законов и право на отказ в применении неконституционных законов.

Такое решение Верховный суд принял по делу Мэрбэри против Мэдисона. Мэрбэри был назначен мировым судьей президентом Адамсом, федералистом, у которого истекал срок полномочий. Акт о назначении, одобренный Сенатом, не был доставлен, потому что Мэдисон, государственный секретарь нового Президента Томаса Джефферсона, который принадлежал к партии республиканских демократов, отказался его отправлять. Мэрбэри обратился в Верховный суд, и его председатель Маршалл решил, что если Мэрбери и имеет право на уведомление, то Верховный суд все же является некомпетентным, чтобы выдать приказ о выполнении должностным лицом (в данном случае — государственным секретарем) требований истца. Это было обосновано тем, что хотя Судебный акт 1789 г. и предусматривает возможность подачи заявления с таким требованием, он нарушает в этой части Конституцию, которая создавала Верховный суд только как апелляционный суд, за исключением ряда специальных случаев.

Эта прерогатива по контролю за конституционностью законов, признанная за собой Верховным судом, была распространена также на контроль за конституционностью судебных решений и быстро утвердилась как фундаментальный аспект нового права Соединенных Штатов. Она значительно повышала роль судьи, утверждая в силе систему права, в которой судебные решения в иерархии источников были приравнены к писаным законам.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Éléments sous droits d'auteur

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Эволюция права в Соединенных Штатах

173. Общее право: дальнейшая эволюция. Утвердившись на временной основе, ожидая создания национального права, английское право, общее право воспользуется несколькими благоприятными факторами, для того чтобы продлить свое присутствие. Английский язык позволял использовать труды общего права в большинстве штатов, практика ссылок на общее право длилась уже много лет. Первые великие американские авторы — Кент и Стори, даже если они ссылались и на французское право (особенно Кент), оставались верными методам английских юристов[1].

Однако существовала и важная тенденция в пользу кодификации на французский манер. После проектов кодификаций, составленных сразу же после получения независимости, которые были быстро отклонены, судьи и авторитетные юристы, считавшие, что национальное право является более возможным и желательным, ратовали за разработку писаного права, основанного на кодексах. Работа Филда является особенно замечательной в этом отношении, и влияние движения в пользу кодификации было таким мощным в середине XIX в., что не менее искушенный наблюдатель, сэр Генри Майн, в 1856 г. полагал, что правовой системой, которая в итоге одержит верх, станет романо-германская система[2].

Тем не менее эволюция двинулась в иную сторону. В бывших английских колониях со временем все то, что могло угрожать общему праву, утратило свое значение. На территориях, ранее подчиненных другим законам (испанскому, французскому, мексиканскому), общее право станет регулировать большую часть уголовного и частного права, и сохранение прежних положений ограничится лишь определенными институтами, такими как поземельная система или имущественный режим отношений супругов: так, с 1840 г. Техас и в 1850 г. Калифорния станут штатами общего права, разорвав со своими традициями. Только в Луизиане сохранится система писаного права, заимствованная из Франции, по крайней мере в отношении частного права[3].

Вскоре после окончания Гражданской войны будут созданы первые правовые школы, и под влиянием новых юристов право Соединенных

---

1 Стори будет одним из судей Верховного суда в период вынесения решения по делу Swift v. Tyson (см. ниже п. 181).

2 О дебатах по этому вопросу, проходивших в XIX в. см.: *Levasseur*. Droit des Etats-Unis, n. 11.

3 Территория Нового Орлеана, являвшаяся ранее частью французской Луизианы, претерпела множество политических и юридических перипетий, пока не стала в 1812 г. американским штатом Луизиана. До этого ей не были известны положения, выработанные на английский манер. Однако общее право сумело и здесь оказать свое влияние (блестящую характеристику смешанной правовой системы штата Луизиана дает в своих работах Вернон Валентин Палмер).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
เนื้อหาคุ้มครองลิขสิทธิ์

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Штатов все больше и больше будет рассматриваться в качестве «системы», которая остается верной общему праву в том, что касается техники и методов работы юристов, однако это не будет препятствовать утверждению самобытности американского права.

§ 2. Поступательное утверждение самобытности права Соединенных Штатов

Библиография. *Loic Wacquant*. Crime et chatiment en Amérique de Nixon à Clinton, Archives de politique criminelle, 1998.

174. Сначала из английского права было заимствовано множество решений, относящихся к трем большим сводам (общего права, права справедливости и статутного права). Основным методом работы юристов стал метод соблюдения прецедентов *(stare decisis)*. Однако новые условия существования постепенно сделают право Соединенных Штатов оригинальной и значимой ветвью в рамках семьи общего права.

Значение федерального государства, каким оно было учреждено отцами-основателями[1], было ограниченным. Однако практика возвысила его роль и сделала федеральное право приоритетным.

I. Развитие федерального права, имевшее принципиальные последствия для своеобразия права Соединенных Штатов

175. Согласно первоначальной концепции (10-я поправка к Конституции, 1791 год) большая часть компетенции по правовым вопросам принадлежала союзным штатам. Федеральные власти обладали компетенцией только в сферах, предусмотренных Конституцией (кроме того, штаты имели «остаточную» компетенцию, т.е. субсидиарную компетенцию в областях, отнесенных к ведению Конгресса). После двух веков совместной жизни распределение полномочий было несколько изменено, однако это не привело к прекращению федерализма.

A. Этапы эволюции

176. Политика и обстоятельства. Федеральное право обязано своему развитию, с одной стороны, проводимому политическому курсу,

---

[1] Токвиль поставил американскую Конституцию в число наиболее прекрасных изобретений нового времени.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

и с другой стороны, определенным обстоятельствам (государство пережило несколько крупных кризисов).

1. Период до Гражданской войны

Федеральное право быстро приобрело большое значение в Соединенных Штатах благодаря Верховному суду, который с первых лет своего существования признал за собой широкое полномочие по осуществлению конституционного контроля, а также благодаря властям, которые отстояли толкование Конституции, не ущемляющее федеральную компетенцию.

Теория «подразумеваемых полномочий», сформулированная и претворенная в жизнь Гамильтоном, одним из министров Вашингтона, сделала очень многое в этом отношении. Она привела к признанию того, что федеральные власти обладают не только полномочиями, которые за ними прямо закреплены текстом Конституции, но и полномочиями, необходимыми для успешного осуществления полномочий первой группы (вторая группа полномочий, необходимая для успешного осуществления прямо зафиксированных полномочий, должна рассматриваться как закрепленная Конституцией подразумеваемым образом). Если речь идет об учреждении банка федеральными властями, то за ними следует признавать такое полномочие, поскольку банк необходим для облегчения торговли между штатами, что прямо относится к полномочиям федеральных органов; если полномочие по учреждению банков прямо и не предусмотрено, то поскольку создание банка является необходимым для развития торговли между штатами, такое полномочие предоставляется Конституцией подразумеваемым образом. Верховный суд утвердит такой ход рассуждений.

Тем не менее существовали и факторы, менее благоприятствующие развитию федерального права. В 1828 г. Президент Джексон был избран с минималистской программой (президент, провозглашал Джексон, является «обычным человеком», а правительство управляет чем меньше, тем лучше[1]). Со своей стороны, Верховный суд скомпрометировал свой авторитет вынесением постановления по делу *Dred Scott* в 1856 г.

2. От Гражданской до Второй мировой войны

Однако государство еще столкнется с величайшими кризисами, и федеральным властям будут предоставлены новые возможности для широкого применения федерального права.

Гражданская война является первым решающим периодом. Когда после избрания противника рабства Линкольна в 1860 г. штаты Юга

---

[1] После своего избрания Джексон иногда отступал от своей доктрины, и именно он смог укрепить влияние президента страны на членов правительства.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

произведут отделение, новый Президент, прибегнув к понятию крайней необходимости, заставит федеральные власти принять решения, которые покажутся ему необходимыми. Так, в 1862 г. было отменено рабство, и 13-я поправка, принятая в 1863 г., укрепит это решение более торжественным и окончательным образом.

После окончания войны в течение нескольких лет федеральное право вело себя более скромно (хотя 1868 г. будет годом принятия 14-й поправки, которая имела большое значение для защиты прав личности). Оно выйдет на первый план с возникновением новых экономических и социальных проблем. В конце XIX в. Конгрессом будут приняты крупные законы: Закон о торговле между штатами (1887) и Антитрестовский закон, названный Законом Шермана (1890). Другие акты своему появлению будут обязаны политике Президента Теодора Рузвельта в социальной сфере и Президента Вильсона в экономической сфере, когда последний реализует свою теорию большого правительства.

Но именно на долю Президента Франклина Рузвельта во время экономического кризиса 1929 г. выпадет придание федеральным актам и решениям особенно большого значения. Новый курс, несмотря на противодействие некоторых судебных решений, приведет к значительному расширению сферы действия федерального права.

Конечно, на протяжении этих десятилетий Верховный суд напоминал федеральным властям о конституционных ограничениях. Тем не менее Соединенные Штаты XX в. будут отныне принимать в расчет прежде всего федеральное право.

3. Начиная со Второй мировой войны

Развитие продолжилось вскоре после окончания Второй мировой войны. Регулирование гражданских прав, осуществляемое на этот раз при сотрудничестве трех властей, претерпело значительную эволюцию с принятием крупных постановлений[1] и законов[2].

Крупные волнения, вызванные делом Уотергейта, демонстративно показали, каким может быть «правовое государство». В некоторых отношениях постановление по делу США против Никсона имеет универсальное значение. Но прежде всего оно является иллюстрацией силы федерального права в Соединенных Штатах, права, возглавляемого судьями.

---

1 Постановления *Brown v. Board of Education* могут быть названы историческими. Первое постановление, вынесенное в 1954 г., изменило судебную практику, заложенную постановлением *Plessy v. Ferguson* (1896), которое являлось правовой основой режима сегрегации. Второе постановление *Brown v. Board of Education* (1955) заявило о необходимости проведения школьной интеграции в самые короткие сроки.

2 Закон о гражданских правах 1964 г. *(Civil Rights Act 1964)*.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Своеобразие некоторых источников

177. Несмотря на роль судебной власти, федеральное право Соединенных Штатов отличается своеобразием юридической техники. Прежде всего следует подчеркнуть руководящую роль фундаментального писанного закона, конституции, огромное значение судебной практики Верховного суда и существование целой отрасли права, сложно поддающейся квалификации, которая базируется на решениях и регламентах крупных комиссий.

1. Конституция Соединенных Штатов

178. В основе федерального права лежит писаный акт, Конституция, к которой добавляется декларация прав (Билль о правах). В этом кроется главное отличие от английского права. В период становления Соединенных Штатов отношение к конституции приобрело мистический характер: как отмечал Марк Ансельм, это привело к приоритету писаных норм в системе, изначально основанной на неписаном праве (общем праве). Для Марка Ансельма, хорошего знатока общего права, именно в этом «кроется в конечном итоге, наиболее специфичное различие английского и американского права»[1].

Но Конституция формировалась постепенно. Изначально она содержала (в 1787 г.) только семь развернутых статей. После этого было принято 26 поправок, одна из них, 18-я, которая устанавливала режим запрета алкогольных напитков, имела лишь временный характер. Этот ансамбль может показаться сильно ограниченным, чтобы регулировать проблемы сложного общества, однако для американских юристов он является символом основания государства и исходной точкой в интерпретационной деятельности.

Толкование Конституции является предметом продолжающихся дебатов. Одни, сторонники чистого экономического либерализма, поддерживают идею о том, что толкование должно осуществляться в соответствии с изначальным намерением составителей. Другие, приверженцы теории *welfare state* (государства всеобщего благосостояния), призывают к толкованию, осуществляемому в свете сегодняшних проблем. Каким бы интересным ни был этот спор, он остается в большой степени теоретическим. То, что действительно принимается во внимание для понимания настоящего значения Конституции, так это обильная и авторитетная судебная практика Верховного суда.

2. Судебная практика Верховного суда

179. Верховный суд играет важную роль в создании права. В 1803 г. по делу Мэрбэри против Мэдисона Джон Маршалл, Председатель Вер-

---

1 *M. Ancel.* La défense sociale nouvelle, op. cit. P. 49.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ховного суда, провозгласил: «Абсолютно достоверно, что к полномочиям судов относится создание права». И когда более чем полтора века спустя Верховный суд вынесет другое историческое постановление (США против Никсона), он будет использовать ту же формулировку.

Состоящий из девяти судей — Председателя Верховного суда и восьми судей, Верховный суд обладает показательной независимостью (его члены назначаются пожизненно, получают заработную плату и пользуются авторитетом, соответствующим высочайшим полномочиям). Процедура и методы работы позволяют суду выбирать дела, по которым он будет выносить письменные решения (при необходимости допускается конкуренция мнений): число этих дел не превышает двух сотен в год. Верховный суд не связан своими прецедентами.

Судебная практика Верховного суда предстает как главное основание права. Его постановления воспринимаются как общественно-политические события. Можно говорить о «судебном правительстве», поскольку Верховный суд толкует Конституцию, принимая во внимание факторы, которые кажутся ему ключевыми (экономические или социальные характеристики, направления мысли), что объясняет некоторые повороты судебной практики. Один из наиболее ярких из них коснулся осуждения расовой сегрегации. Так, в своем знаменитом постановлении, вынесенном в 1896 г., он допустил тезис о «равенстве в разделении», предоставившим юридическое основание для сегрегации; в 1954 г. он постановил, что сегрегация, понимаемая таким образом, когда каждый получает равные предоставления в одном месте, но сами места могут быть различными, является нарушением Конституции как противоречащая закрепленному в ней принципу равенства. Сегодня находятся юристы, которые считают, что Верховный суд играет слишком политизированную роль, что не соответствует духу Конституции (даже в самом суде судья Франкфуртер поддерживает тезис о необходимом «самоограничении»). Несмотря на эти оговорки, можно говорить о том, что Верховный суд стоит на вершине правовой жизни Соединенных Штатов.

3. Регламенты и решения, принимаемые крупными комиссиями

180. Административная власть? К трем крупным ветвям власти, предусмотренным Конституцией для федерального государства, на практике добавилась власть, которую американские обозреватели назвали административной. Речь идет о совокупности органов, в первом ряду которых находятся «крупные федеральные комиссии» или «федеральные агентства». Эти «крупные комиссии» были созданы Конгрессом. Они участвуют вместе с Президентом Соединенных Штатов в осуществлении полномочий по изданию нормативных актов (они содействуют Президенту и в определенной мер контролируют его).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Некоторые федеральные органы существуют длительное время. Межштатная торговая комиссия была создана в 1887 г. (она получила в числе своих полномочий возможность регулировать национальный транспорт, что означало тогда контроль за железными дорогами). Сегодня существуют комиссии, которые регламентируют все сферы экономической и социальной жизни (так, Комиссия по безопасности и обмену играет значительную роль в сфере регулирования деятельности хозяйственных обществ и банков, Федеральная коммуникационная комиссия наделена широкими полномочиями для надзора за телевизионной индустрией и регламентации информационных магистралей, Комиссия по безопасности потребительской продукции на основании Акта о безопасности потребительской продукции 1972 г. получила задачу контролировать большинство продуктов потребления; также следует подчеркнуть важность Национальной палаты по трудовым отношениям).

Методы работы комиссий сильно варьируются и являются настолько своеобразными, что возникает вопрос о том, как точно квалифицировать совокупность норм, исходящих из таких органов. В большинстве случаев юристы используют словосочетание «административное право». Однако следует придавать этому словосочетанию совершенно иной смысл, нежели тот, который придается аналогичному словосочетанию во французском праве. Рене Давид подтолкнул к мысли о том, чтобы увидеть в этом скоплении регламентов и решений «новое право справедливости» (английское право справедливости было результатом работы канцлера, административного органа). Эта аналогия помогает нам осветить суть вопроса. Но моральные аспекты, которые присутствовали в английском праве справедливости, здесь отсутствуют. Напротив, специальные гарантии американского права защищают граждан от произвола. 5-я и 14-я поправки к Конституции налагают принцип *due process of law*. Акт об административной процедуре 1946 г. также выдвигает ряд требований, контроль за которыми осуществляется федеральными судами. Поэтому мы будем довольствоваться словосочетанием «административное право», помня, однако, что речь идет об административном праве в американском значении, о своде оригинальных правовых решений.

B. Важное ограничение: «Не существует федерального общего права»

181. От дела «Свифт против Тайсон» к делу «Железнодорожная компания Эри против Томпкинса». Могло ли федеральное право приобрести еще большее значение? Многие отвечали на этот вопрос положительно. Достижимо ли было правовое единство в стране, где существовала система федеральных судов, распределенных по всей территории страны, с различными инстанциями, необходимыми для осу-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ществления надлежащего правосудия? Можно было предположить, что в Соединенных Штатах будет развиваться федеральное общее право, которое будет распространяться на всю страну? Судебный акт 1789 г., конечно, налагал на федеральные суды обязанность применять законы определенного штата. Но что следовало понимать под законами? Ограничивались ли они статутами, что позволяло федеральным судам разрешать дела на основании федерального общего права в отношении тех вопросов, которые оставались за сферой применения статутов?

Постановление Верховного суда от 1842 г., вынесенное знаменитым судьей Стори, выдало необходимый кредит доверия тезису о существовании федерального общего права. В деле «Свифт против Тайсона» следовало установить, мог ли предъявитель векселя противопоставить векселедателю принцип недопустимости возражений? Решение зависело от возмездности или безвозмездности приобретения векселя, которая, в свою очередь, зависела от вопроса: предоставлял ли предъявитель векселя эквивалент? Применению в этом деле подлежали законы штата Нью-Йорк, но ни один статут не предусматривал подобного случая. Судья Стори постановил, что предоставление эквивалента имело место согласно федеральному общему праву[1].

Большинство юристов Соединенных Штатов выступили против тезиса о существовании федерального общего права, который опирался на это постановление. Прежде всего их критика основывалась на конституционном порядке, поскольку, если бы подобная судебная практика восторжествовала, то это привело бы к вторжению федерального права в регулирование вопросов, которые Конституция намеревалась отнести к ведению Штатов. Но эта критика носила и практический характер, поскольку при существовавших нормах о компетенции федеральных судов (при соблюдении некоторых условий федеральный суд признавался компетентным для рассмотрения спора между гражданами, проживающими в разных штатах, при условии, что сумма иска достигала определенного предела) облегчался обход закона (перед подачей заявления истец мог поселиться в другом штате с единственной целью избежать действия статута, который был ему неугоден).

Тем не менее только в середине XX в. этот вопрос прояснился после рассмотрения дела по иску Железнодорожной компании Эри против Томпкинса. Речь шла о том, должна ли железнодорожная компания возмещать убытки, причиненные пешеходу дверцей вагона. Этот пешеход, Томпкинс, шел по дороге, пролегающей вдоль железнодорожных путей, когда к нему неожиданно приблизился товарный поезд, принадлежащий Железнодорожной компании Эри, местоположение которой находилось

---

[1] Swift v. Tyson (1842) 16 Peters 1 (US 1842)

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

в штате Нью-Йорк. Томпкинса ударила дверь, оставшаяся открытой, он свалился на землю и получил ранения. События произошли в штате Пенсильвания. Поскольку компания находилась в другом штате, Томпкинс обратился в Федеральный суд Южного округа штата Нью-Йорк. Из Судебного акта 1787 г. следовало, что должны применяться законы Пенсильвании, т.е. штата, на территории которого произошли события. Никто этого не оспорил. Железнодорожная компания Эри воспользовалась судебной практикой Верховного суда Пенсильвании, которая позволяла видеть в Томпкинсе нарушителя владения, лишенного права на возмещение ущерба. Томпкинс оспорил сферу применения судебной практики Верховного суда Пенсильвании; в частности, ссылаясь на дело «Свифт против Тайсона», он утверждал, что законами Пенсильвании являются статуты, которые ничего не говорят об этом вопросе, поэтому федеральному суду необходимо применить федеральное общее право. Судья федерального суда (Окружного суда) принял решение на основании такого общего права, и федеральный апелляционный суд, впоследствии рассматривавший это дело, оставил решение без изменения. Наконец, Верховный суд постановил[1], что должно было применяться общее право Пенсильвании. В речи судьи Брэндиса содержится категоричное *ratio decidendi*: не существует федерального общего права.

Американские юристы, озабоченные единством права своей страны, стали себя спрашивать, не стоят ли они перед лицом регресса. Распространившаяся интерпретация увидела в позиции Верховного суда не осуждение единства общего права, а скорее призыв к тому, что это единство состояло во взаимопроникновении решений общего права, а не в существовании федерального общего права, которое создают федеральные суды. Разумеется, в отношении вопросов, которые относились к федеральной компетенции, продолжали говорить о существовании федерального общего права.

II. Особенность права в штатах

182. Правовые системы штатов сохраняют, таким образом, свое значение[2], хотя несовпадение содержащихся в них решений составляет одну из главных проблем правовой жизни страны. Не все штаты являются штатами «чистого общего права». Но согласно общепринятому среди юристов мнению почти все они являются штатами общего права. Только что это означает сегодня?

---

1 Erie Railroad Company v. Tompkins (1938), 304 US 64 (1938).

2 См. 10-ю поправку к Конституции США.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

A. Правовая система, основанная на английском праве, существует практически во всех штатах США

183. Практически все штаты в XIX в. сохраняли большую часть наследия, доставшегося им от английского права, а некоторые штаты даже заменили часть своих институтов другими, скопированными с институтов, существующих в большинстве штатов, т.е. институтов, отмеченных влиянием английского права.

Наследие английского права представляло большое значение. В штатах применялось не только общее право в узком смысле, но также право справедливости и некоторые статуты. Тем не менее по прошествии нескольких десятилетий, отмеченных триумфом общего права, с конца XIX в. началось отклонение от общего права.

1. Другие источники, помимо общего права в узком смысле

184. Право в штатах утвердит свою самобытность по отношению к английскому праву, закрепив место за другими источниками (кроме общего права).

Быстрее всего была принята во внимание доктрина, и постепенно она станет играть значительную роль в правовой жизни Соединенных Штатов.

Право справедливости, заимствованное вместе со своими английскими характеристиками, открыло для себя сферу более пространную, чем в Англии. Браки, разводы, недействительность завещаний стали относиться к области права справедливости в силу причин исторического порядка: каноническое право никогда не будет применяться в Соединенных Штатах.

Важное значение приобрело статутное право. К статутам, заимствованным из Англии, присоединились новые, которые могли вытеснять английские. Американские юристы приобрели уважение к статутам быстрее, чем это сделали английские юристы. Приверженность к писаным текстам существовала в колониях еще до получения независимости, поскольку федеральная Конституция и конституции штатов всегда являлись актами, которые понимались как важнейшие основы права. К тому же статуты лучше интегрировались в правовую систему в силу расширения, по сравнению с Англией, приемов их толкования. Так, довольно быстро стали прибегать к анализу подготовительных работ (подготовительными работами были в меньшей степени сами парламентские прения, довольно ограниченные, но чаще материалы комиссий Конгресса). Многие штаты осуществили компиляцию своих статутов, которая зачастую являлась лишь простой классификацией статутов в алфавитном порядке, но которая, несмотря ни на что, облегчала изучение норм, имеющих огромное значение в правовой жизни. Эта работа началась в 1830 г.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

(Исправленные статуты Нью-Йорка 1830 г., Исправленные статуты Массачусетса 1836 г.). Ряд штатов, по крайней мере в некоторых правовых сферах, предприняли настоящие кодификации[1].

2. Общее право в собственном смысле слова

185. В соответствии с традицией общего права судебные решения в штатах играют главенствующую роль, однако здесь не практикуется, с такой же неукоснительностью как в Англии, метод соблюдения прецедентов. Отмечается, что в Соединенных Штатах доктрина *stare decisis* является менее абсолютной и более гибкой, чем доктрина *binding case*, применяемая в Англии.

Множество причин объясняют то, что наблюдатели описывают как ослабление авторитета прецедента в Соединенных Штатах. Прежде всего существует важная историческая деталь: во время внедрения в Соединенных Штатах общего права прецеденты в Англии еще не обладали той силой, которой наделила их Палата лордов в XIX в. Во вторую очередь американский менталитет, ценящий настоящее и будущее, больше чем прошлое, не предрасположен к принятию доктрины *stare decisis*, понимаемую как абсолютное правило. Наконец, с технической точки зрения, когда каждый год к уже значительной массе решений прибавляется еще 12 томов новых прецедентов, практика применения доктрины *stare decisis* становится все более сложной.

Многие специалисты, в число которых входят самые квалифицированные правоведы Соединенных Штатов, полагают, что судебные решения имеют больше рекомендательное, чем императивное значение. Однако это требует уточнения. Существуют консервативные штаты, где практика применения *stare decisis* приближается к английской. Также необходимо проводить разграничение в зависимости от областей: в сферах с повышенной правовой безопасностью (уголовное право, договорное право) наблюдается всеобщее и постоянное соблюдение прецедентов. К тому же юристы имеют большую склонность к отысканию потока решений, которыми можно будет обосновать принимаемое решение, чем выделять одно решение, которое своей *ratio decidendi* связало бы судью, рассматривающего сходное дело. Судья Холмс, «священная корова» права XIX–XX вв., который внес значительный вклад в формирова-

---

[1] Несколько штатов располагают гражданскими кодексами (Калифорния, Северная и Южная Дакота, Джорджия, Монтана) и большинство штатов — гражданскими и уголовными процессуальными кодексами. Кроме того, каждый штат имеет свой уголовный кодекс. Однако эти кодексы представляют из себя компиляции, объединяющие уже вынесенные судебные решения, и в отличие от континентальных европейских кодексов они не закладывают основы соответствующей области права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ние враждебного отношения к прецедентам, писал: «Право для меня состоит в предсказании работы судов и ничего больше»[1].

Необходимо подчеркнуть, что решения, вынесенные в одном штате, часто имеют влияние в других штатах[2]. Так, постановление по делу «Гринмэн против Юба Пауэр Продакт», вынесенное Верховным судом Калифорнии в 1963 г. при участии судьи Трэйнора, стало определяющим для решений, выносимых сегодня в большинстве штатов. Это постановление признало ответственность завода-изготовителя, который поставлял на рынок продукт, оказавшийся дефектным и причинивший ущерб лицу, хотя было известно заранее, что этот продукт будет использоваться без предварительного осмотра.

Б. Право штатов, подверженных романо-германскому влиянию

186. Обладает ли большим своеобразием право штатов, отмеченных определенным влиянием романо-германской традиции? Главным, но не единственным примером такого права служит правовая система Луизианы.

1. Право Луизианы

Библиография. *J. Dainow.* Code civil de la Louisiane, Introduction, 1947. *Vernon Valentine Palmer.* In a race against time: the founding of Louisiana's mixed legal system, 1803–1812. Vernon *Valentine Palmer.* Mélanges en l'honneur de Denis Tallon in Le Code Civil, 1804–2004, Livre du bicentenaire.

187. Настоящий Гражданский кодекс. До присоединения к Соединенным Штатам Луизиана пережила несколько потрясений. Являясь в течение долгого времени французской территорией, она была уступлена Испании, вновь куплена Францией в 1803 г., но на совсем короткий период, потому что спустя несколько месяцев она была продана Соединенным Штатам. Тогда правительство постаралось обязать граждан к применению общего права, в том числе в сфере частного права. Однако оно не смогло пренебречь сопротивлением населения, привязанного к положениям, которые в зависимости от места вытекали из французского или испанского права. Таким образом, был разработан Гражданский кодекс, который во многом руководствовался Французским гражданским кодексом, а также его подготовительным проектом. Этот кодекс вступит в силу в 1808 г. Подверженное влиянию мира общего права (публичное

---

1 Цит. по: *B. Schwartz.* P. 174.

2 Рене Давид отмечал, что американские правовые школы преподают не право Соединенных Штатов, которого не существует за рамками федерального права, но *jus commune*, образованное на основе сравнения правовых систем различных штатов.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

право и множество других областей права Луизианы похожи на правовые системы других штатов), частное право Луизианы претерпело определенные изменения, но не потеряло свои отличительные черты. Во всяком случае известно, что оно сыграло важную роль посредника в процессе разработки Гражданского кодекса Канады.

2. Другие штаты, которые сохранили институты, вдохновленные романо-германскими системами: французское, испанское, мексиканское влияние

188. Помимо Луизианы, только некоторые правовые институты штатов, стоящих у истоков образования США, сохраняют черты, напоминающие французское или испанское право. Территория Пуэрто-Рико, Конституция которой была одобрена американским Конгрессом 3 июля 1952 г., присоединившись к США, сохранила свою правовую систему, основанную на испанском праве (в особенности на Гражданском кодексе Испании), с некоторой адаптацией, явившейся следствием ее нового статуса.

В штатах, которые в прошлом принадлежали Испании, все еще существуют некоторые институты, доставшиеся в наследство от страны-основательницы. На западе в Калифорнии, на юго-западе в Аризоне, на юге в Техасе, Новой Мексике и Флориде сохраняются пережитки длительного влияния прежнего колонизатора.

§ 3. Современные проблемы правовой жизни в Соединенных Штатах

Библиография. *Gwénaele Calves.* L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprémé des Etats-Unis. Le problème de la discrimination positive, LGDJ, 1998.

189. Сложносоставное право. Спустя более 200 лет после получения независимости право Соединенных Штатов все еще не является единым, а федеральная структура государства позволяет штатам обладать важными полномочиями. Американское право представляется весьма сложным, трудным для постижения и квалификации.

При строгом анализе следовало бы говорить не о «праве Соединенных Штатов», а о «праве в Соединенных Штатах» и отличать федеральное право от различных правовых систем штатов. Тем не менее юристы имеют более общий взгляд на правовой ансамбль: «право Соединенных Штатов» является для них реальностью. Но каковой будет являться работа юристов в этом ансамбле, и какое качество правовых решений эта работа предоставит гражданам?

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Если сопоставить мир американского права и мир французского или английского права, то прежде всего надо будет констатировать, что в Америке более сложно найти положения, подлежащие применению.

Приспособление правовых институтов к социальным запросам не происходит само по себе. Но американские юристы так организовали свою работу, что если они и сталкиваются с многочисленными проблемами при познании и совершенствовании права, то они разрешают их с эффективностью, достойной всяческого уважения.

I. Судоустройство и мир юристов

190. Поскольку мы находимся в стране общего права, суды и юристы играют важную роль в жизни страны. Но отличия от английского общества все-таки являются очень значимыми.

A. Правосудие в Соединенных Штатах

Библиография. *Anne Deysine.* Justice aux Etats-Unis, PUF, 1998. *Agnès Mirandes.* La compétence inter-étatique et nationale des tribunaux en droit des Etat-Unis, thèse. *W.J. Wagner.* Le développement historique de la branche judiciare aux Etats-Unis: Cahiers de Clio, 1979.

191. Федеральная юстиция и юстиция штатов. Американское правосудие обладает гораздо меньшим единством, чем правосудие в Англии. Дело в том, что организация правосудия осуществляется различным образом на федеральном уровне и на уровне штатов. Существует большой контраст между структурой двух уровней правосудия. Помимо этого, запутанность судоустройства порождает использование сложных правил о разграничении компетенции.

1. Федеральная юстиция

192. В рамках федерального государства существует цельная система судоустройства.

Образованы многочисленные специализированные суды (Налоговый суд Соединенных Штатов для рассмотрения некоторых фискальных вопросов, Суд Соединенных Штатов по международной торговле, который принимает к своему рассмотрению споры, связанные с импортом, Исковой суд, рассматривающий иски о привлечении к ответственности государства). Но в отношении дел, относящихся к общей подсудности, существуют два уровня федеральных судов. Кроме того, при определенных условиях можно подавать заявление в Верховный суд.

- Федеральные суды первой инстанции *(United States district Courts)* Разбросанные по всей территории, около сотни федеральных окружных судов рассматривают по первой инстанции дела, по которым фе-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

деральная компетенция является возможной или обязательной: следовательно, один суд приходится на каждый штат или на часть штата. Судьи, состоящие в окружных федеральных судах, назначаются президентом Соединенных Штатов. Их оклад приравнивается к окладу члена Конгресса. Судебный состав, уполномоченный на разрешение дела, по общему правилу состоит из одного судьи. По требованию одной из сторон решение по фактическим обстоятельствам дела выносится судом присяжных.

При федеральных судах работает окружной прокурор, глава местной прокуратуры (в американском понимании), который является членом кабинета министров: его называют прокурором Соединенных Штатов *(United States Attorney)*.

- Федеральные апелляционные суды *(United States Courts of Appeal)*
  В США насчитывается 15 федеральных апелляционных судов, каждый из которых обладает компетенций на территории нескольких штатов, а один из них рассматривает дела в рамках Федерального округа Колумбия, в котором располагается Вашингтон, столица Соединенных Штатов. Статус судей идентичен статусу их коллег из судов первой инстанции, но для вынесения решения устанавливается коллегиальный состав (трое судей). На этом уровне стороны также могут потребовать участия суда присяжных.
- Верховный суд Соединенных Штатов
  Верховный суд состоит из девяти человек: Председателя Верховного суда и восьми судей. Назначение в Верховный суд осуществляется Президентом Соединенных Штатов под контролем Сената и представляет собой важное событие в жизни всей страны. Для того чтобы обеспечить независимость судей Верховного суда, они назначаются пожизненно и получают оклад, приравненный к окладу вице-президента Соединенных Штатов. Верховный суд заседает в коллегиальном составе.

2. Судоустройство в штатах

193. Суды, отправляющие правосудие в штатах, играют важную практическую роль, поскольку они рассматривают 95% споров. Их организация сильно отличается от штата к штату. Калифорния и Нью-Джерси модернизировали свою судебную систему в целях сокращения количества судов и упрощения процедуры. Некоторые штаты обладают более сложной системой, заложенной с момента их основания. Судья, заседающий в судах штатов, обычно является избираемым судьей, но в настоящее время во многих штатах определенное место отводится и назначению. По мнению наблюдателей, высочайшему качеству работы федеральных судей деятельность судов штатов обычно не соответствует.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Чаще всего в штатах используется одинаковая схема управления судами.

Местные суды рассматривают наиболее простые дела: мировые судьи заседают в деревнях, а муниципальные суды — в городах.

Окружные суды рассматривают в первой инстанции более значимые дела. Их обозначение и компетенция варьируются в зависимости от штата, но обычно эти суды обладают компетенцией по гражданским и уголовным делам. Дела рассматриваются судьей единолично, но для рассмотрения фактических обстоятельств дела может привлекаться суд присяжных.

Апелляционные суды существуют только в некоторых штатах. Они рассматривают дела в коллегиальном составе.

Верховные суды штатов (название которых различно) являются коллегиальными судами (пять, семь или девять судей): по общему правилу они занимаются исключительно вопросами права, фактические обстоятельства окончательно устанавливаются на предыдущей стадии судом присяжных[1].

3. Вопросы компетенции

194. Суды штатов имеют компетенцию в сфере общего права, а федеральные суды по логике Конституции должны принимать дела к своему рассмотрению только в исключительном порядке. Таким образом, можно всегда подавать заявление в суд штата, хотя и существует риск отклонения компетенции ответчиком. Суды штатов имеют общую компетенцию и по общему правилу рассматривают дела во всем сферах: гражданской, административной, уголовной и выносят решения, в зависимости от вопросов, поднятых в этом деле, на основании общего права или права справедливости (некоторые штаты, тем не менее обладают двумя разновидностями судов).

- Тем не менее федеральные суды обладают компетенцией по довольно значительному кругу споров.

Некоторые споры отнесены к компетенции федеральных судов в силу своего характера. В федеральных судах могут быть рассмотрены дела, в которых присутствует федеральный аспект, поскольку они разрешаются, по крайней мере в определенной части, на основании положений Конституции, федерального закона или международного договора. Теоретически речь не идет об исключительной

---

1 В отличие от Соединенного Королевства суд присяжных всегда играл большое значение в американском гражданском процессе. 7-я поправка к Конституции гарантирует сторонам возможность привлечения суда присяжных, как только цена иска достигает отметки в 20 долл.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

компетенции, но о ней часто говорят на практике. Некоторые категории дел подлежат федеральной компетенции в обязательном порядке, поскольку они подлежат исключительно федеральному регулированию: это дела о банкротстве, споры, в которых применяется морское право или право автора на литературное произведение.
Некоторые споры отнесены к компетенции федеральных судов в силу свойства участвующих лиц. Прежде всего речь идет о делах, касающихся Соединенных Штатов или штатов. По многим категориям дел компетенция федеральных судов является то обязательной, то факультативной. Что касается дел, в которых сторонами являются американские граждане, проживающие в разных штатах, то они могут быть рассмотрены федеральными судами при значительной сумме иска (в настоящей момент не менее 50 000 долл.). К компетенции федеральных судов также относятся дела, участниками которых являются дипломаты высокого ранга.

- Система обжалования, независимо от того, идет ли речь о федеральном уровне или уровне штатов, представляет собой большую сложность. В Верховные суды штатов и в Верховный суд Соединенных Штатов жалобы могут подаваться только в исключительных случаях.

Б. Юристы

195. Даже если роль, отводящуюся юристам в Соединенных Штатах, нельзя сопоставить с ролью этой профессии в Англии, она является значимой.

Образование юристов по сравнению с Англией носит более университетский характер, хотя профессиональные организации и здесь играют важную роль.

Адвокаты, юристы весьма многочисленны: их количество приближается к миллиону, и они играют большую роль в американской жизни. Им позволено рекламировать свои услуги, а также получать вознаграждение в процентном отношении; наблюдатели отмечают, что огромное количество судебных тяжб, ведущихся сегодня, по большей части объясняется подстрекательством к судебному рассмотрению спора, осуществляемом адвокатами.

II. Вопросы изучения, применения и модернизации права

196. Сегодня некоторые известные американские юристы прогнозируют кризис доверия к праву. И правда, система американского права сложно поддается усвоению, и несмотря на прекрасные публикации, доступные базы данных, изучение нормативных актов и судебных решений, ведение судебного дела, носящего спорный или бесспорный характер, требуют, пожалуй, большего внимания и осторожности, чем это

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

характерно для английского, немецкого или французского права. Тем не менее эффективные и оригинальные методы позволяют рассматривать право Соединенных Штатов как единое целое, что позволяет лучше его изучать и способствует его эволюции. Крупные профессиональные организации, такие как Американская ассоциация адвокатов *(American Bar Association)* или Американский институт права *(American Law Institute)*, сыграли и продолжают играть определяющую роль в этом отношении. В качестве примера продемонстрируем, что привнесло в правовую жизнь Соединенных Штатов существование огромных энциклопедий и введение единообразных законов, которые своей реализации обязаны именно этим профессиональным организациям.

А. Свод правил *(Restatement of the law)*

197. Американский институт права выработал, опираясь на главные правовые категории (договор, деликт, траст), некое подобие кодексов, объединяющих общие правила, которые могут быть выведены из судебных постановлений, как если бы в Соединенных Штатах существовало единое общее право. Комментарии отмечают особенности, на которые следует обращать внимание в штатах и которые отклоняются от общих правил. Сборники публикуются с 1932 г.: ансамбль, который включает около 20 000 страниц, был назван *Restatement of the law*. В настоящий момент ведется работа над третьим изданием.

Не являясь официальным документом, *Restatement* приобрел большое влияние (которое, однако, варьируется в зависимости от сферы): он значительно облегчает применение права. Так, в отношении ответственности, причиненной некачественными товарами, две статьи из *Restatement of torts (Restatement second)* предстают в качестве общих основ для решений, которые используются в судебной практике Соединенных Штатов.

Б. Техника единообразных законов

В Соединенных Штатах деятельность крупных профессиональных организаций, состоящих на службе праву и делающих его более доступным и последовательным, предстает сегодня как важный фактор в процессе разработки законов. На практике они дошли до разработки проектов законов, которые, при условии получения достаточного одобрения со стороны практиков и доктрины, часто берутся на вооружение компетентными органами штатов, которые, прибегая к законодательным процедурам, принимают их в качестве законов. Американский институт права внес значительный вклад в успех этого метода, который также опирается на деятельность организации, в которой представлены все штаты — *The National Conference of Commissionners on Uniform State Laws.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

UCC (Единообразный торговый кодекс) является самым ярким примером такого метода. Разработанный при содействии ученых и практиков, он был принят всеми штатами (тем не менее Луизиана приняла только часть кодекса).

Уже составлено около 1000 актов. И даже если судьба проектов является различной, а штаты при принятии проектов вносят в них определенные изменения; если толкование актов осуществляется по-разному в различных штатах, то все же можно считать, что в общем плане прием создания «единообразных законов» является благоприятным фактором для права Соединенных Штатов. Так, Единообразная модель акта об ответственности за товары 1979 г., даже если она еще официально не интегрирована в право Соединенных Штатов, привлекает большое внимание юристов. Модель уголовного кодекса сыграла огромную роль в процессе ревизии уголовных кодексов штатов.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 3

ЖИЗНЕННАЯ СИЛА РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ СЕМЬИ (СЛОЖНОСТЬ ВЛИЯНИЙ И ВЗАИМОДЕЙСТВИЙ)

Библиография. *René David, Camille Jauffret-Spinosi.* Op. cit. La circulation du modèle juridique français, T. XLIV des travaux de l'Association H. Capitant, Litec 1993. Le code civil 1804–2004, Livre du bicentenaire, op. cit.

198. Другие «великие системы» романо-германской семьи. Французское и немецкое право представляют лишь часть правового богатства романо-германской семьи. Кто еще принадлежит к семье? Можно ли ее покинуть или обрести вновь? Можно ли находиться с ней по соседству, избегая влияний, которые отмечают настоящую принадлежность к семье?

Семья, безусловно, обладает широким охватом, но если одни правовые системы входят в нее на полном основании, то другие имеют с ней лишь определенное родство. В Центральной и Южной Америке, Африке и Азии существует множество систем, которые могут похвастаться связями с семьей. Но в какой степени их можно действительно в ней объединять? Следует ли выделять различные круги и группы? Делать это становится все сложнее, поскольку отныне почти всегда отмечаются сложносоставные влияния и взаимодействия. Независимо от принадлежности государств к Европейскому союзу, где действуют унифицирующие силы, определить принадлежность их правовых систем чрезвычайно сложно, даже если мы упростим их и будем опираться лишь на некоторые черты.

В нашем подходе к великим системам современного права, при котором выбор осуществляется с учетом определенных ограничений, но при этом является в наименьшей степени произвольным, можно опираться на определенные объективные параметры, будь то «геополитика» или

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

юридическая техника. Существуют крупные государства, такие как Испания или Италия, которые в силу различных причин играют определенную роль в мировом праве. Существуют и государства с более скромным влиянием, чей Гражданский кодекс обладал или обладает ореолом, который оправдывает их освещение. Наконец, существуют государства, изучение которых в качестве примера может помочь в рассмотрении проблем, которые, как представляется, являются едиными для определенного региона мира (Скандинавия, Восток, Латинская Америка).

Раздел 1

ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ ИСПАНИИ И ИТАЛИИ

199. Системы, также обладающие сильным влиянием. История в течение долгого времени объединяла под одной властью территории, принадлежащие сегодня Испании и Италии но сегодня два государства живут своей собственной жизнью. Мировое право всегда испытывало их влияние. Влияние Испании на Латинскую Америку было и остается значительным. Италия благодаря качеству своего законодательства распространила свое влияние уже с первых лет после обретения независимости, несмотря на наличие неблагоприятных политических обстоятельств.

§ 1. Право Испании (образование современного испанского права)

Библиография. *Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolf.* Op. cit. *Hector M. Granillo Fernandez.* Le ministère public en Espagne, Argentine et dans quelques pays d'Amérique du Sud, Archives de politique criminelle. *Michel Fromont.,* Grands systèmes de droit étrangers. Op. cit. Introduccion al Derecho Espagnol, Editions Nomos, Baden-Baden, 1994.

I. Право Испании до политической унификации

200. Являясь долгое время римской провинцией (считается, что завоевание было завершено в 19 г. до н.э.), Испания начнет свой долгий путь к политической самостоятельности с пришествием вестготов (Вестготы установят и закрепят свою власть в VI в. после их поражения от Хлодвига в битве при Вуйе).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

A. Период Вестготов

201. В течение двух веков осуществлялась определенная унификация, и это слияние вестготских и романо-испанских элементов найдет определенное отражение в сфере права.

Долгое время сосуществовали два вида правовых решений. В законе 506 г. Аларик реформировал, чтобы придать ему силу, Кодекс Феодосия. Но продолжало применяться и собственное право вестготов: в нем обнаруживались элементы, которые можно было также наблюдать в некоторых германских и галло-римских обычаях.

Liber judiciorum, принятый в 654 г., является компиляцией законов королевства, в котором отныне применялось только одно право с превалирующим римским влиянием.

Б. Период арабского господства

202. Арабское господство установилось в 711 г. почти на всей территории. Тем не менее оно никогда не было полным. Несколько христианских королевств образовались на Севере, и однажды они предпримут и успешно завершат реконкисту.

Право каждой территории зависело от ее религии. Мусульманское право налагалось на приверженцев ислама. Христиане подчинялись вестготскому праву, основанному на праве римском, или местным правовым системам, являющимся отражением феодализма.

B. Период различных королевств

203. Осуществленная христианами реконкиста, тем не менее не привела к политическому единству. В течение долгого времени будут существовать различные королевства, и каждое из них будет иметь свое право, сохраняя определенное место для римских решений, которые все больше и больше будут рассматриваться как основа общего права. Пример Кастилии прекрасно иллюстрирует эту сложность, этот синкретизм. Именно Кастилия быстрее всех королевств начнет распространять свое влияние (в 1250 г. были объединены Кастилия и Леон, а затем в состав Королевства вошли и другие территории).

В конце XIII в. юристы разработали общее право, исходя из римского и канонического.

При Короле Альфонсе X (1252–1284) будет составлен труд, *Siete Partidas*, взявший за образец это общее право (1. Вера и церковь; 2. Политическая власть; 3. Процессуальное право; 4. Брак; 5. Гражданское право; 6. Наследование; 7. Уголовное право). Его влияние сохранится на долгое время.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Метаморфозы права до либерального возрождения 1978 г.

A. От политической унификации под крылом абсолютной монархии до Конституции Кадиса 1812 г.

204. В конце XV в. свадьба Королевы Кастилии Изабеллы и Короля Арагона Фердинанда явилась решающим моментом для всей Испании. Она способствовала объединению страны, которую завершит спустя 50 лет Карл V. Последующие короли уже вели себя как абсолютные монархи. Несмотря на желание некоторых из них установить единое право на всей совокупности территорий, они смогли достичь лишь приостановки развития местных правовых систем, общее же право оставалось в эмбриональном состоянии.

Влияние испанских юристов в Европе и даже в самой Испании оставалось ограниченным. Следовало дожидаться XIX в., который принесет перемены огромного масштаба.

Б. Первая модернизация испанского права: от Конституции Кадиса 1812 г. к Конституции от 27 декабря 1978 г.

205. Французская революция и последовавший за ней наполеоновский режим оказали влияние и на Испанию. Сначала произошла трансформация публичного права. Конечно, Конституция Байона 1808 г., навязанная французским императором, оказалось недолговечной, но если испанские юристы и считают ее инородным бытием, то они все-таки признают, что она «послужила детонатором для апробации Конституции Кадиса 1812 г.»[1]. Конституция Кадиса является отправной точкой долгого движения к либерализму, движения, происходившего не без колебаний и допускавшего временные отступления назад, но которое однажды все-таки сделало из Испании великое современное демократическое государство.

Конституция 1812 г. закрепила единство судебной системы и ввела принцип общих кодексов для всей Испании. Она непосредственно предоставляла гражданам некоторые фундаментальные права. Последующие конституционные положения как расширяли принцип либерализма, так и ограничивали его. Тем не менее возвращение к абсолютной монархии отныне было исключено. Следует также подчеркнуть, что с самого начала XIX в., публичная администрация получила но-

---

1 *Dr. Francisco Ballguer Callejon.* L'influence du modèle juridique français sur le droit constitutionnel espagnol, in La circulation du modèle juridique français.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вые структуры и новые основания в централизованном духе, по образцу Франции.

Частное право является кодифицированным с XIX в., однако кодексы построены по образцу различных моделей. В Торговом кодексе, обнародованном 30 марта 1829 г., наблюдается значительное французское влияние. Этот кодекс был заменен на новый Торговый кодекс 1885 г., который, хотя и вносил важные изменения, свидетельствующие об иных влияниях, по-прежнему опирался на объективную концепцию коммерческого права, что было присуще французскому кодексу. Гражданская кодификация была более трудоемкой. Проекты сменяли друг друга, оставаясь, несмотря на враждебность доктрины к французскому праву, всегда близкими к Гражданскому кодексу Франции 1804 г. Именно это зачастую являлось причиной их отклонений. Проект, достигший положительного результата (кодекс был обнародован в 1889 г.) также не избежал французского влияния: план кодекса соответствовал плану французского Гражданского кодекса, из него же было заимствовано множество статей. Тем не менее существовали и важные положения, которые являлись оригинальными или заимствованными из других моделей: например, купля-продажа подчинялась формальному режиму, присущему немецкой системе. Важно подчеркнуть, что этот кодекс обладал только субсидиарным применением в большинстве сфер, и в приоритетном порядке продолжало применяться региональное гражданское право.

В уголовной сфере также произойдут успешные кодификации. Первый Уголовный кодекс 1822 г. отмечен сильным французским влиянием. Впоследствии на него наложат отпечаток итальянская и немецкая модели.

Процессуальное право приобретет самобытный характер благодаря практикам, которые любят утверждать свою причастность к этому явлению. Процессуальные кодексы появятся в конце XIX в.: Гражданско-процессуальный кодекс в 1881 г., Уголовно-процессуальный кодекс в 1882 г. Однако в них можно обнаружить большие сходства с французскими кодексами, которые пока не утратили своей ценности.

В конце XIX в. Испания обладала современным правовым кодифицированным ансамблем. Как и во Франции и Германии, писаный закон являлся приоритетным источником права, а суды играли роль лишь в сфере применения и толкования закона. В XX в. после политических перипетий, которые приведут к глубокой трансформации права в 30-е гг., режим Франко парализовал эволюцию правовой системы. Но последняя четверть XX в. принесет праву Испании глубокое обновление.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

III. Фундаментальные аспекты права в современной Испании

Библиография. *Pierre Cambot,* La protection constitutionelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, Economica, 1998. *Murile Le Barbier-Le Bris*. Le juge espagnol face au droit communautaire, Rennes, Apogée. 1998.

206. Правовое государство. Вскоре после падения Франко испанцы сделали однозначный выбор в пользу государства с демократическим правом. Станет утверждаться публичное право с современными аспектами защиты фундаментальных прав. Весь правовой ансамбль познает динамику возрождения.

207. Конституция от 27 декабря 1978 г. пересмотрела вопрос о политическом единстве, организовав полуфедеративное государство с 17 автономными сообществами и предоставив каждому из них законодательную и исполнительную власть[1]. Но она также отвела важное место правам человека, не только определив и провозгласив их самым точным образом, но также и обеспечив их конкретной защитой, возложив охранительную функцию на Конституционный суд.

Конституционный суд является не политической организацией, но настоящим судебным органом, решения которого все больше принимаются во внимание в различных отраслях права.

Он состоит из 12 судей: юристов с обязательным пятнадцатилетним профессиональным опытом; 4 назначаются Конгрессом, 4 — Сенатом, 2 — правительством и 2 — Генеральным советом юстиции. Конституционный суд обладает разнообразными полномочиями. К нему может обратиться государство или сообщество с вопросом о конституционности определенных законопроектов. Судьи могут сделать запрос о конституционности нормативных актов. Он может рассматривать некоторые споры, в частности, споры, сторонами которых являются государство и сообщества. *«Recours d'amparo»* открыт для граждан, когда происходит посягательство на одно из прав, гарантированных Конституцией. Все это позволяет суду разрабатывать обширную судебную практику, которая принимается во внимание во всех отраслях права.

Модернизация права была предпринята в связи с эволюцией нравственных идеалов общества. Новый Уголовный кодекс был обнародован в 1996 г.

---

[1] Конституция восстанавливает конституционную монархию, где король обладает самыми минимальными прерогативами, а настоящей главой исполнительной власти является премьер-министр, избираемый парламентским большинством и ответственный перед депутатами. Законодательная власть осуществляется двумя палатами парламента: Кортесами и Сенатом.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В сфере частного права состоялись многочисленные реформы, некоторые из которых стали следствием членства Испании в Европейском союзе (например, Закон от 6 июля 1994 г. об ответственности за продукцию). Гражданские законы реформировали личный статут, новые акты были приняты в сфере права предпринимательской деятельности (законы о конкуренции, законы о защите потребителя). Трудовое право было модернизировано в 1980 г.

Была предпринята модернизация правосудия и процесса. «Генеральный совет судебной власти» является гарантом независимости правосудия. Административная юстиция приобрела некоторые усовершенствования с принятием Закона от 19 июля 1998 г. Был обнародован новый Гражданско-процессуальный кодекс (Закон от 7 января 2000 г.).

§ 2. Право Италии, молодое, но уже обновленное, как крупная система влияния

Библиография. *Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff.* Op. cit. *Michel Fromont.* Grands systèmes de droit étrangers op. cit. *Antonio Gambaro, Attilio Guarneri.* Italie, in La circulation du modèle jurigique français, Litec, 1993. *A. Pizzorusso.* Les droits fondamentaux en Italie: AJDA 1998. *Nicomo Lipari.* Juridiction constitutionnelle et juridiction civile en Italie, Journées de la Société de législation comparée, 1987. *R. Ricci.* Le procès constitutionnel en Italie, Economica — PUAM, 1996. *R. Sacco.* Modèle allemand et modèle français dans le droit civil italien: RID comp. 1976.

208. Подражающее право или право, оказывающее влияние? Крупный современный компаративист Родольфо Сакко представил свою страну, Италию, в качестве «страны-подражательницы»[1]. На самом деле вся Европа брала взаймы у итальянского права. Сначала в средние века, когда итальянские юристы были посредниками между римским правом и новым правом, формировавшемся в Западной Европе. Затем в современную эпоху вместе с успешными кодификациями, которые следовали друг за другом. Но правда и то, что сегодняшняя Италия познала некоторые влияния на свое право. Сначала будет доминировать французское влияние, затем немецкое. Мы увидим даже, что совсем недавно в сфере уголовной юстиции было оказано англо-американское влияние с интенсивностью, быть может, несколько преувеличенной, которая удивила большинство наблюдателей. Тем не менее, принимая во внимание

---

1 *R. Sacco.* La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, Paris, Economica, 1991. P. 74.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

и иные случаи воздействия на современное итальянское право, бесспорным является утверждение о его самобытности.

I. Право до момента проведения унификации государств, которые сформируют Италию

209. Итальянское единение датируется 1860 г. Но в государствах, которые сформируют Италию, право уже давно развивалось, начав свой путь со средних веков, когда наряду с римским правом применялось обычное право.

В эпоху средневековья (в XII в. Северная Италия, несмотря на политическую раздробленность, переживала экономическое благополучие и развитие культуры) замечательная доктрина продолжила работу римских юристов, которая в некоторых областях находилась на примитивном уровне. Университеты, среди которых на первом месте стоит Болонский университет, дали новую жизнь творению Юстиниана. Благодаря работе юристов, среди которых наиболее известными являются постглоссаторы[1], будет совершенствоваться уголовное право: в 1310 г. Альберто де Гандино составит свой *«Tractatus de maleficiis»* — первый дошедший до нас трактат по уголовному праву. Торговое право и международное частное право переживали эпоху высочайшего расцвета благодаря расцвету итальянских городов. Правовой жизни Северной Италии многим обязано *jus commune*, которое в течение нескольких веков будет применяться большей частью Европы, по крайней мере в определенных сферах.

Эпоха Ренессанса, главным образом XVI в., характеризуется новыми достижениями. Юристы этого периода стремятся к концептуализации, избегая практических вопросов. Римское право оставалось важным источником, а каноническое право увеличило свою роль. Но существовали и обычаи, которые сохраняли положения, пришедшие из древнего германского права.

С конца XVI в. до начала XVIII в. протекает долгий период «иностранного господства» (итальянские территории были присоединены к Испанскому королевству с 1559 по 1713 гг., затем установится австрийское господство, сначала в период 1713 по 1792, а затем с 1815 по 1866 гг.). Это сильно сказалось на итальянской правовой науке. Тем не менее в области уголовного права с конца XVIII в. с Италией будут считаться в Европе и во всем мире. Беккария (1738–1794) привел уголовное право к новой отправной точке. Мощное обновление, содержащееся в идеях, положенных в основу «Тракта о преступлениях и наказаниях»,

---

[1] В частности, Бартоль и Бальд.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

оказало влияние и на законодательство: были сразу же обнародованы новые кодексы, так что современные кодификации имеют важные исторические корни.

Наполеоновский период даровал стране «Итальянское королевство» и Неаполитанское королевство, созданные Наполеоном, а также кодексы, которые по большей части заимствовали французское законодательство. Тем не менее примечательно, что Уголовно-процессуальный кодекс вступил здесь в силу в 1807 г., тогда как Франция получила свой Кодекс предварительного следствия только в 1808 г., однако скоро они будут приведены в соответствие друг с другом. Уголовный кодекс 1810 г. будет параллельно распространен на большую часть Италии. В 1815 г., когда наполеоновская эра подходила к своему завершению, на всех итальянских территориях, за исключением Сицилии и Сардинии, применялись акты, почти полностью копировавшие французские кодексы.

Реставрация прежних властей повлекла отмену кодексов, навязанных французским господством. Но некоторые монархи являлись открытыми новым идеям и не довольствовались восстановлением старых законов: число кодексов умножалось, и если некоторые из них и были отмечены скорее попятным движением, то были и те, которые вдохновлялись французскими моделями[1], как это произошло в Пьемонт-Сардинии. Однако в сфере частного права Великое герцогство Тосканское и католические государства сохранили «общее право», а Ломбардия получила Австрийский Гражданский кодекс в итальянской редакции.

II. Первая кодификация объединенной Италии

210. Преобладание французского влияния. Добившись единения к 1860 г. (Король Пьемонт-Сардинии, который был одним из главных «виновников» этого события, взял титул Короля Италии в 1861 г.), страна нуждалась в новом законодательстве, даже если в первое время на всю Италию было распространено практически в полном объеме законодательство бывшего королевства Пьемонт-Сардиния. Будет реализована широкая кодификация, которая растянется на 30 лет и будет иметь различное значение.

---

1 В уголовной сфере благодаря усилиям Беккария предпринималось огромное количество кодификаций. Уголовный кодекс Королевства обеих Сицилий датируется 1819 г., Уголовный кодекс Герцогства Пармского — 1820 г. В 1832 г. церковные государства получили новый регламент, определяющий преступления и наказания. Наибольшее влияние в будущем приобретут кодексы, принятые в Пьемонт-Сардинии и Тоскане. Сардинский уголовный кодекс был принят в 1839 г. и был заменен новым кодексом в 1859 г., и именно этот кодекс (иногда называемый субальпийским) станет Уголовным кодексом объединенной Италии. Уголовный кодекс Тосканы также заслуживает нашего внимания в силу его выдающихся технических характеристик.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В 1865 г. были обнародованы Гражданский кодекс и Гражданский процессуальный кодекс, и в этом же году началось обновление уголовного процесса. Гражданский кодекс и Гражданский процессуальный кодекс итальянского королевства недалеко ушли от французских моделей, даже если в них можно также обнаружить влияние итальянских традиций. Уголовно-процессуальный кодекс взял во многом за образец закон, применявшийся на совокупности субальпийских территорий, в который он внес некоторые модификации, заимствованные из законодательства Тосканы.

Другая серия кодексов будет разработана позже.

Новый уголовный кодекс будет разработан с особой тщательностью: несколько проектов будут следовать друг за другом. Кодекс Занарделли (он носит имя Министра юстиции, являющегося его творцом) был обнародован только 30 июня 1889 г. Противостояние доктрин[1] оживило разработку нового кодекса: политический арбитраж вынес решение в пользу классических идей, но ряд вопросов был урегулирован новаторским образом. Большое число норм порывало с Уголовным кодексом Франции. В кодексе отмечается отказ от смертной казни, замененной специфическим наказанием, связанным с лишением свободы, *ergastolo*. Двухчастная классификация — деликты и уголовные правонарушения была избрана вместо трехчастной французской классификации — преступления, деликты, уголовные правонарушения. Кодекс долгое время считался одним из лучших действующих актов. Его влияние было огромным, и не только в Европе. Им руководствовались многие страны Латинской Америки, а в 1926 г. Ататюрк, желавший перенести в свою страну западные кодексы и одолживший у Швейцарии Гражданский кодекс, избрал Кодекс Занарделли в качестве Уголовного кодекса.

Постарались нагнать отставание и в сфере процесса. Был разработан новый кодекс, отступивший от французского Кодекса предварительного следствия и руководствовавшийся в некоторых аспектах немецким

---

[1] Знаменитому ученому Каррара не будет суждено увидеть этот кодекс (он умер в 1888 г.), однако именно его влияние на разработку нового кодекса оказалось наиболее основательным. В 1859 г. он опубликовал свой величайший труд *Programma di diritto criminale* — библия классической школы итальянского уголовного права. В этой работе уголовному праву был дан религиозное и моральное основание, которое одновременное укрепляет и ограничивает полномочия законодателя. Однако преступление здесь понимается как сугубо юридическая единица, обнаружение конститутивных элементов которой является исключительной привилегией представителей науки уголовного права. Помимо общей концепции уголовного права, Программа явилась первым настоящим научным исследованием отдельных видов преступлений, великолепным учебником по особенной части уголовного права. По своим научным взглядам Каррара был убежденным противником позитивистов, чьи идеи и воззрения как раз начинали обретать свою силу.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Ордонансом об уголовном процессе 1877 г. Сохранялась смешанная система из обвинительной и следственной модели, и значительное место было отведено праву на защиту. Хорошо принятый доктриной, этот кодекс не был любим практиками. В конечном итоге он был очень недолговечным, поскольку быстрое восхождение фашизма, последовавшее сразу же после окончания Первой мировой войны, повлечет создание новых кодификаций в сфере уголовного права и процесса.

Торговый кодекс 1889 г. оставался довольно близким к французскому образцу, однако содержал некоторые изменения, принимающие во внимание итальянские традиции и неудачный опыт применения некоторых французских положений.

Судебная система напоминала французскую. Однако надо было подождать еще несколько лет, чтобы в 1923 г. Кассационный суд получил задачу осуществлять контроль за соблюдением закона и обеспечивать единство его интерпретации.

Множество аналогий с Францией также характеризуют итальянскую административную систему. Государственный совет, учрежденный в 1885 г., следует, тем не менее скорее бельгийской модели, поскольку к его компетенции относятся административные тяжбы (за исключением тех, в которых затрагиваются субъективные права граждан).

До конца XIX в. большинство итальянских юристов принимали во внимание французскую доктрину, чтобы освещать и применять нормативные акты. Такое положение будет постепенно меняться (Родольфо Сакко говорит о «догматической революции»). Великие немецкие юристы, модернизировавшие римское право (среди них были и те, кто принадлежал к историческое школе, например Савиньи, и те, кто относился к числу пандектистов, например Виндшейт), имели своих поклонников в стране, где римское право всегда рассматривалось как драгоценное наследие. Талантливые итальянские юристы предпочли их метод французскому толкованию, которое в то время теряло свою силу. Начало XX в. характеризуется одновременно сменой вектора влияния и поисками самобытного итальянского права. Юридическая мысль Италии, особенно в уголовной сфере, несомненно, набрала высоту.

Перед тем как говорить о законотворческом движении, приведшим к разработке кодексов фашистского периода, следует упомянуть некоторые кодификационные работы.

По инициативе Министра Людовика Мортара в 1919 г. на комиссию под председательством Энрико Ферри будет возложена задача разработать новаторский Уголовный кодекс. Проект, законченный в 1921 г. и названный проектом Ферри, был сплошь проникнут идеями школы позитивизма. Это вызвало столько нареканий, что проект был отстранен.

Под другим влиянием был разработан франко-итальянский проект Обязательственного кодекса. Но он не отвечал чаяниям своего времени,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

и даже если влияние этого акта было большим, он не станет точкой опоры при разработке нового Гражданского кодекса.

III. Кодификация при фашистском режиме

211. Являющийся порождением политических событий 1922 г., фашистский режим приведет к законодательному движению большой важности. И несмотря на «первородный грех» законов, принятых под влиянием осужденной и отброшенной сегодня политики, технические характеристики позволят уцелеть большинству новых кодификаций.

212. Уголовная сфера. Два кодекса (кодексы Рокко) будут касаться уголовной сферы: Уголовный кодекс и Уголовно-процессуальный кодекс, которые будут обнародованы в 1930 г. и носить имя Министра юстиции Альфредо Рокко, который после принятия Закона о делегировании в 1925 г. получил задачу по реализации этой кодификации. Закон о делегировании оставался неясным (можно сказать, что речь шла о неограниченном правонаделении). Однако подготовительная работа была выполнена прекрасно (профессор Артуро Рокко отвечал за проект Уголовного кодекса, профессор Винченцо Манчини за проект Уголовно-процессуального кодекса); суды и правовые факультеты осуществляли консультации по вопросам проектов. Без сомнения, фашистская идеология оказала свое влияние, однако оно было достаточно сдержанным, что позволило новым кодексам получить поддержку итальянских юристов, которые были далеки от того, чтобы полностью разделять идеологию фашизма, и международного юридического сообщества.

Уголовный кодекс 1930 г. замечателен прежде всего значением, которое он придал нормам общей части. Там были тщательно определены понятия умысла, обстоятельств, устраняющих общественную опасность, и обстоятельств, устраняющих ответственность. Но помимо определенного совершенства формы, материально-правовые положения Кодекса также сделали из него образец для подражания. Кодекс не останавливался только на понятии уголовных правонарушений, он оставлял место понятиям, которые отражали личность преступника, в нем было закреплено понятие «типичного преступника». Социальная реакция была организована посредством дуплета «наказания — меры безопасности». Несмотря на вдохновлявшую его идеологию, кодекс будет пользоваться настоящим авторитетом благодаря своим инновациям (Уголовный кодекс Швейцарии по совершенно иным политическим мотивам будет руководствоваться им в определенной мере).

Уголовно-процессуальный кодекс, кажется, не обладал подобным своеобразием. Тем не менее можно отметить развитие полномочий прокуратуры, которые распространялись и на расследование. В отношении небольших дел на претора одновременно возлагались полномочия по

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

расследованию и вынесению приговора. Наконец, следует обратить внимание на реформу суда присяжных.

После процесса очищения Уголовный кодекс и более чем на 40 лет — Уголовно-процессуальный кодекс переживут войну.

213. Новый Гражданский кодекс. Замена Гражданского кодекса 1865 г. также явилась для этого периода важным правовым событием. Подготовительные работы растянутся на два десятилетия, поскольку, начавшись в 1923 г., они завершатся накануне войны. Кодекс вступит в силу 21 апреля 1942 г. Как охарактеризовать новый Гражданский кодекс Италии? Его разработка была проведена в период, когда итальянская доктрина переживала упадок авторитета, и будучи расколотой, она не смогла осуществить большого влияния на законодателя. Вследствие этого некоторые полагают, что кодекс обладает лишь ограниченным своеобразием и остается близким к французской модели. И правда, план, стилистика статей, множество материально-правовых положений могут напомнить Гражданский кодекс 1804 г. Но, тем не менее каковы отличия!

Самое заметное, может быть, состоит в том, что этот кодекс является кодексом частного права в большей степени, чем Гражданским кодексом в узком смысле: разработчики отказались от принятия Торгового кодекса, для того чтобы интегрировать в Гражданский кодекс фундаментальные институты права предпринимательской деятельности. Трудовым отношениям были посвящены положения, так же не имеющие своих эквивалентов во французском Гражданском кодексе. Были заложены основы международного частного права, в которых можно обнаружить верность идеям Манчини (1817–1888).

В композиции и редакции кодекса четко обозначается германское влияние. Хотя кодекс не обладает такой же развитой общей частью, как ГГУ, его первая глава, содержащая 31 статью, фиксирует источники права, способ их толкования и восполнения пробелов. Некоторые статьи прямо воспроизводят немецкие решения. В ряде случаев способ составления статей позволяет осуществлять толкование, напоминающее о немецких концепциях (примером тому является ст. 2042). Следовательно, можно говорить о множестве влияний. Но мы также бесспорно видим и определенную оригинальность, которая может быть усилена при толковании.

Оригинальность в вопросах гражданского права: ст. 2050 и 2054, закрепляющие, соответственно, ответственность за осуществление опасной деятельности и ответственность за вред, причиненный транспортным средством, не имеют аналогов ни в Гражданском кодексе Франции, ни в немецком ГГУ, ни в австрийском Гражданском кодексе. Еще большей оригинальностью отмечена Книга Пятая *(Del lavoro)*, где понятие предприятия становится основой для формулирования норм экономического и социального права (Торговые кодексы Франции и Германии останавливаются на понятиях коммерческих сделок и коммерсанта).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Множество юристов даже за пределами Италии увидели в новом Гражданском кодексе прекрасный труд, составленный ясным языком, который, не являясь революционным, обладает современным характером. Он не был отмечен глубокими следами фашизма, и поэтому Гражданский кодекс не стал мертворожденным, хотя такая опасность существовала.

214. Гражданский процессуальный кодекс. В одно время с Гражданским кодексом 21 апреля 1942 г. вступил в силу новый Гражданский процессуальный кодекс, обнародованный Королевским декретом от 28 октября 1940 г. Некоторые из его институтов обладали истинной оригинальностью. Можно, в частности, отметить расследование гражданских дел, возложенное на следственного судью (ст. 175 и след.)[1]. Этот кодекс привлек внимание французских юристов и следы его влияния можно отыскать в нашем новом Гражданском процессуальном кодексе.

IV. Стремление к модернизации права

Библиография. *J. Fougerouse.* La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001: l'évolution incertaine de l'Italie vers le fédéralisme, RID comp. 2003. *A. Pizzorusso.* Actes législatifs du gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience italienne. PUF, 1998.

215. Даже если в силу своей технической ценности крупные кодексы, принятые в период с 1930 по 1942 гг. смогли заложить основания права Италии той эпохи, реакция против фашизма, появившаяся вскоре после окончания Второй мировой войны, привела к глубоким размышлениям о роли государства и права. В новой демократической республике, которую закрепила и организовала Конституция от 22 декабря 1947 г.[2], желание защитить права граждан, при необходимости и от государства, явилось основанием для пересмотра правового порядка. Сам текст Конституции отводил значительное место правам и обязанностям граждан, которым была посвящена первая часть, содержащая 42 статьи. Каким бы важным ни было закрепление этих прав, следовало дожидаться 1956 г., когда начнет свою работу Конституционный

---

1 Уголовно-процессуальный кодекс устранил фигуру следственного судьи для рассмотрения уголовных дел.

2 В настоящее время Италия представляет собой федеративное государство. Президент Республики, избираемый на семь лет парламентом и делегатами от регионов, играет лишь представительскую роль. Исполнительная власть возлагается на Совет министров, ответственный перед парламентом и возглавляемый председателем Совета министров. Законодательная власть осуществляется двумя палатами парламента: палатой депутатов, объединяющей 630 членов, избираемых на пять лет, и Сенатом.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

суд, чтобы говорить о полноценной защите. Присоединение Италии к Римскому договору и Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод еще больше увеличило место отдельных принципов в правовой жизни страны. Несмотря на крупные общественные проблемы — терроризм и организованную преступность, — стратегия либерализма будет упорно претворяться в жизнь. Новые идеи потребовали проведения множества законодательных изменений и даже повторной кодификации. Но только в 1975 г. была предпринята амбициозная перестройка права.

Приспособление права к новому обществу прежде всего было осуществлено при помощи законов, появившихся сразу же после окончания войны, избавивших итальянское право от следов фашизма, несовместимых с демократическим обществом.

Затем были предприняты более крупные реформы — как посредством модификации кодексов, так и путем принятия новых законов.

216. Повторная кодификация, предпринятая в 1975 г. Желание реформ впервые проявится и будет успешно реализовано в сфере уголовного процесса. Вновь избранный метод привел парламент к фиксации оснований, а на исполнительную власть при содействии экспертов возложил работу по усовершенствованию кодекса с соблюдением принятых парламентом принципов. Но в отличие от Закона о делегировании 1925 г. речь больше не шла о неопределенном правонаделении. Подготовка кодекса была настолько долгой и сложной, что она потребовала принятия двух законов о делегировании.

Первый закон о делегировании, Закон от 3 апреля 1974 г. № 108, прежде всего устанавливал главные цели кодификации: с одной стороны, реализовать в сфере уголовного процесса конституционные принципы, приняв во внимание ратифицированные Италией международные конвенции, и, с другой стороны, адаптировать «обвинительную систему», соблюдая императивы закона, который предоставлял целую серию возможных решений, среди которых были повышение роли прокуратуры в собирании доказательств, повышенное внимание к стадии судебного разбирательства, введение в этой стадии перекрестного допроса. Комиссия, возглавляемая Д. Пизапия, разработала проект кодекса, который был опубликован в 1978 г. По различным причинам, но прежде всего в связи с крупными проблемами в сфере безопасности (итальянцы, вспоминая об этом периоде, говорят об *anni dell`emergenza*), реформа была приостановлена. Эта приостановка оказалась благоприятной возможностью для внесения изменений в Закон о делегировании, а также в сам проект.

В связи с этими переменами, а также истекшим сроком возникла необходимость в принятии второго Закона о делегировании. Закон от 16 февраля 1987 г. № 81 являлся еще более императивным, чем пер-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вый, поскольку можно было посчитать, что он принимал определенные решения по 20 новым пунктам по сравнению с законом 1974 г., который решал 85 вопросов. Закон был отмечен исчезновением следственного судьи и понижением самостоятельности следственной стадии. Он стремился быть более реалистичным в определении сроков, налагаемых на органы преследования и суды. Текст нового Уголовно-процессуального кодекса был принят и окончательно одобрен Советом министров 22 сентября 1988 г., его публикация состоялась в *Journal officiel* 24 октября.

Вступив с силу год спустя, 24 октября 1989 г., Уголовно-процессуальный кодекс явился событием в западном юридическом мире, несколько отступая от своей принадлежности к романо-германской семье[1]. Для итальянского правосудия он также знаменателен как начало авантюры, которая через несколько лет станет причиной крупнейших перипетий, оставляя неопределенным ближайшее будущее уголовного процесса Италии.

С момента окончания Второй мировой войны была предусмотрена и реформа Уголовного кодекса, однако ни один из подготовленных проектов так и не дошел до законодательной процедуры, и до сегодняшнего дня ревизия уголовных норм происходит с помощью метода принятия законов, осуществляющих частичное реформирование. Но такой метод, оказавшийся весьма эффективным, тем не менее подвергается критике многими юристами, которые сожалеют о чрезмерной роли специальных законов. Совсем недавно подготовка Закона о делегировании наводила на мысль о повторной кодификации, хотя мнения об оценке оснований и принципов, в соответствии с которыми должен разрабатываться новый кодекс, сильно разделились.

В сфере частного права новая кодификация не будет, кажется, осуществляться в ближайшем будущем, хотя некоторые итальянские юристы и «чувствуют, что кодекс (речь идет о Гражданском кодексе) постарел»[2]. Получая поддержку доктрины, судебная практика осуществляет необходимую адаптацию. Подчеркивается, что отныне эта судебная практика направляется не только Кассационным судом, но в первую очередь — Конституционным судом, как это происходит в Германии и Испании.

---

1 Правовая система, которая всегда являлась оплотом романо-германской семьи: не перешла ли она в том, что касается уголовного процесса, в семью систем общего права? Основательное изучение текста кодекса, помноженное на пятнадцатилетнюю практику его применения, приводит к нас к заключению о том, что значение произошедшей «революции» было во многом преувеличено.

2 *R. Sacco.* Op. cit. P. 169.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раздел 2

ГОСУДАРСТВА, КОТОРЫЕ ОБЯЗАНЫ СВОИМ ВЛИЯНИЕМ ГРАЖДАНСКИМ КОДЕКСАМ

Библиография. *Louis Vogel.* Le monde des codes civils, in Le code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004.

217. Если гражданское право и утратило часть своего влияния в большинстве правовых систем современности, тем не менее за ним сохраняется важнейшая роль в обеспечении правового развития. Гражданские кодексы, когда их готовили «по-настоящему», обсуждая в течение долгого времени и четко организовывая их структуру, всегда являлись первыми основаниями права в принимавших их государствах, а также позволяли осуществлять внешнее влияние, являющееся отправной точкой для сравнительного правоведения. Границы этого сочинения не позволяют дать характеристики всем государствам, но, ограничив свое внимание гражданскими кодексами, имеющими особую ценность, мы сделаем важный вклад в освещение юридической жизни планеты.

§ 1. Право Австрии: Австрийский Гражданский кодекс 1811 г. *(ABGB)*

Библиография. *Pierre Arminjon.* Baron Boris Nolde, *Martin Wolff.* Op. cit. *Ursula Flossman.* Osterreichische Privatrechtsgeschichte, Springer, 1983. *Herbert Hausmannger.* The Austrian Legal System, Manz et Kluwer Law International, 1998. *Helmut Koziol, Rudolf Welser.* Grundriss des burgerlichen Rechts, 7 éd., 3 vol. *Robert Walter, Heinz Mayer.* Grundriss des osterreichische Bundes Verfassungsrecht, 9 éd., Wien, 2001.

218. В современной Австрии мы обнаружим лишь часть наследства великой империи. Но в сфере частного права Гражданский кодекс продолжает оставаться в силе. Несомненно, немецкое право накладывает большой отпечаток на современное австрийское право. Но и австрийская система является достаточно независимой и оригинальной, для того чтобы оказывать влияние, которое даже во второй половине XX в. заслуживает интереса сравнительного правоведения.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

I. Австрийский Гражданский кодекс 1811 г.

219. Гражданский кодекс Австрии *(ABGB)* был подписан Императором Францем Первым 1 июня 1811 г. Опубликованный 24 июня, он вступит в силу 1 января 1812 г. Современник Гражданского кодекса Франции, он имел такую же долгую жизнь. Отличная от французской, но обладающая собственными достоинствами, его подготовка осуществлялась самым серьезным образом. Проведение параллелей между двумя кодексами все еще представляет большой интерес.

В 1790 г., после проведения первой кодификации, Император Леопольд II назначил комиссию, ответственную за подготовку проекта Гражданского кодекса. Председательство в ней было поручено Карлу Антону фон Мартини (1726–1800), одному из приверженцев школы естественного права. Проект был подготовлен в 1797 г., и Император тотчас же наделил его силой для применения на части территории. Тем не менее текст проекта был пересмотрен еще раз перед тем, как кодекс получил окончательное одобрение. Мартини был отстранен от работы в комиссии по болезни, и уже один из его учеников, Франц фон Цейлер (1751–1828), окажет решающее влияние на работу комиссии. Вместе с ним эстафету влияния подхватили кантианские идеи: именно благодаря Цейлеру в кодексе были закреплены принципы свободы и равенства граждан.

Если Цейлер и критиковал французский Гражданский кодекс за его форму, то все же сходство Австрийского кодекса и «Кодекса Наполеона» прослеживается. Очень похожи их планы, статьи австрийского кодекса так же сжаты, как и статьи Гражданского кодекса Франции, и так же написаны простым языком. Состоящий всего из 1502 статей, Австрийский Гражданский кодекс является образцом лаконичности.

По содержанию австрийский кодекс сохраняет патриархальное семейное право, однако концепции имущественного права и обязательственного права кажутся более современными. В отношении некоторых важных вопросов были приняты оригинальные решения. Так, австрийское право организует договор купли-продажи в каузальной логике, как это было сделано французским правом и отвергнуто немецким правом с его принципом абстрактности, но при этом подчиняет переход права собственности формальному принципу, что контрастирует с французской консенсуальностью и приближается к немецкому формализму. Помимо некоторых деталей правовых институтов, несколько важных принципов также различают Гражданский кодекс Франции и *ABGB*. Не обладая настоящей общей частью, *ABGB* помещает положения о толковании закона и заполнении пробелов в начало кодекса и делает это более развернуто, чем Гражданский кодекс Франции, свидетельствуя тем самым о влиянии доктрины естественного права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Последующая эволюция австрийского права и влияние немецкого права

220. В первые годы, последовавшие после вступления в силу *ABGB*, система «аутентичного толкования», утвержденная постановлением Имперского суда, и «комментаторский метод», скрупулезно соблюдаемый судами, смогли сохранить оригинальные черты австрийского права. Но вскоре на него наложило свой отпечаток немецкое право. С середины XIX в. влияние Савиньи и исторической школы заставило использовать австрийских юристов концепции, разработанные в Германии. Йозеф Унгер (1828–1913), один из крупнейших представителей австрийской доктрины, стал рассматривать *ABGB* глазами пандектиста. Подготовка Германского Гражданского уложения, его принятие и вступление в силу окончательно поставили австрийское право в кильватер права немецкого. После принятия изменений и многочисленных дополняющих законов сближение с немецким правом проявилось уже на уровне закона.

Тем не менее не все австрийские институты оказались в плену немецкого права. Например, в отношении договора купли-продажи в австрийском праве мы не находим «абстрактного вещного договора», который в германском праве составляет вторую необходимую операцию по передаче права собственности, в то время как первый договор только порождает обязательство, определяя объект продажи и цену, которую должен уплатить приобретатель. В определенных областях — в коммерческом праве, в уголовном процессе осуществляются иные влияния, по крайней мере косвенным образом (существует и влияние французского права, хотя в целом австрийский правовой опыт не многим обязан Франции).

Даже если его самобытность была несколько «поражена» силой немецкого влияния, австрийское право обладает собственным притяжением. Особенно это касается Гражданского кодекса, в течение долгого времени распространявшего свое влияние, одним из главных результатов которого, без сомнения, является Гражданский кодекс Швейцарии. Во времена, когда СССР оказывал большое давление на правовые системы социалистической правовой семьи, в некоторых странах Восточной Европы любили, по мере возможности, прибегать к решениям австрийского права.

Вступление Австрии в Европейский союз может явиться благоприятной возможностью для осуществления переворота в частном праве, поскольку свобода, предоставляемая органами сообщества при распространении директив, может быть использована в австрийских интересах.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 2. Право Швейцарии: Гражданский кодекс Швейцарии (Обязательственный кодекс 1883 г., Гражданский кодекс 1907 г.)

Библиография. *Pierre Arminjon.* Baron Boris Nolde, *Martin Wolff.* Op. cit. *J.-Cl.* Droit comparé, Kluwer, 1983. *Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier.* Droit constitutionnel suisse, Stampli Editions, Grand Traité de droit privé suisse, Editions Universitaires de Fribourg. *Andreas Trosch.* DE la structure du système juridique suisse in La structure des systèmes juridiques, Bruylant, 2003.

221. Швейцарская конфедерация обладает правом, которое всегда оставалось сложным, поскольку участники конфедерации вступали в нее как свободные государства, стремящиеся защитить свои интересы, отстоять свою самобытность и свои традиции. В конце XVIII в. каждый кантон практически в полной мере обладал собственным правом. В недолговечной Гельветической республике (1798–1803) в наполеоновскую эпоху была предусмотрена кодификация частного права, распространяющаяся на всю территорию Швейцарии, которая брала в качестве модели французский Гражданский кодекс, однако эта идея была быстро отвергнута. После Пакта 1815 г., восстанавливающего Конфедерацию на прежних основаниях, и даже после федеральной Конституции 1848 г., которая трансформировала Швейцарию в федеративное государство, кантоны сохранили свои полномочия, и несмотря на кодификации, произошедшие в XIX в., право оставалось разнородным[1]. Конечно, посредством межкантональных конкордатов иногда совершались какие-то совместные действия. Но понадобится проведение нескольких конституционных реформ, чтобы Конфедерация смогла разработать единые законы и появились кодексы, применимые на территории всех кантонов.

222. Кодификация частного права замечательна во многих отношениях. Прежде всего, она будет осуществляться в два этапа, посредством принятия двух кодексов.

После референдума 1874 г., на котором ей было вновь отказано в законодательных полномочиях в гражданской сфере, Конфедерация в 1876 г. получила ограниченные полномочия, которые позволили ей подготовить Обязательственный кодекс. Этот кодекс вступил в силу 30 июня 1883 г. По многим вопросам он руководствовался немецкими законами

---

[1] В некоторых западных кантонах — кантонах Женевы, Фрибурга, Тессина существуют подражания французскому Гражданскому кодексу; в центральных кантонах отмечается сильное влияние Гражданского кодекса кантона Берна, вступившего в силу в 1830 г.; в восточных кантонах моделью выступает Кодекс частного права кантона Цюрих.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

(в частности, Общегерманским торговым кодексом и проектом обязательственного права, представленным в Дрездене в 1865 г.).

Новый этап стал возможным в 1898 г., когда Конфедерация расширила свою законодательную компетенцию на весь ансамбль частного права. Ойгену Хуберту была поставлена задача подготовить кодекс, распространяющийся на вопросы частного права, которые не были урегулированы Обязательственным кодексом. Он начал с углубленного изучения частного права кантонов. Проект Гражданского кодекса был подготовлен к 1900 г. После периода интенсивных обсуждений он был принят 10 декабря 1907 г. Торговым кодексом было решено пренебречь, но Гражданский кодекс был отмечен как оригинальностью, так и высоким качеством.

Весьма близкий к ГГУ того времени, он составлен понятным языком и является менее научным, чем Германское уложение, для того чтобы его могли понимать граждане, не относящиеся к разряду профессиональных юристов. Также он не содержит развернутой общей части, а по своему стилю и делению напоминает больше Гражданский кодекс Франции.

После Предварительного титула (ст. 1–10) четыре Книги посвящены, соответственно, личному статусу (Книга 1), семейному праву (Книга 2), наследованию (Книга 3) и вещному праву (Книга 4).

Некоторые статьи введения являются замечательными. Первая статья содержит широкую концепцию источников права, наделяя судью широкими полномочиями в случае обнаружения пробелов в законе[1]. Статья 2 подчиняет осуществление прав и выполнение обязанностей принципу добросовестности[2]. Все это только примеры, поскольку мы можем обнаружить множество других общих формул как в самом Гражданском кодексе, так и в Обязательственном кодексе (Обязательственный кодекс, который был исправлен, является сейчас Книгой 5 Гражданского кодекса, но сохраняет собственную нумерацию).

Интерпретация многих положений следует примеру германского права.

Швейцарский Гражданский кодекс пользовался большим авторитетом. Парламент Турции при осуществлении модернизации права, задуманной Кемалем Ататюрком, 17 февраля 1926 г. принял решение, что Гражданский кодекс Швейцарии также становится Гражданским кодек-

---

1 Пристального внимания заслуживает и ст. 4: судья применяет правовые нормы, а также руководствуется принципами справедливости, когда закон закрепляет за ним полномочие по оценке или вынуждает его при вынесении приговора принимать во внимание обстоятельства дела или справедливые основания.

2 Каждый обязан осуществлять свои права и исполнять свои обязанности в соответствии с правилами добросовестности. Явное злоупотребление правом законом не защищается.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

сом Турции, а затем 22 апреля 1926 г. он проголосовал за рецепцию двух первых книг Обязательственного кодекса Швейцарии. Швейцарский Гражданский кодекс вдохновит и других законодателей. Так, например, представляется, что новый кодекс Нидерландов многим ему обязан. Со временем, особенно начиная с 1960 г., кодекс претерпел многочисленные изменения. В настоящее время осуществляется ревизия положений кодекса, посвященных гражданской ответственности.

223. Уголовная сфера. Кодификация, охватившая всю территорию Швейцарии, также произошла в сфере уголовного права, оставляя уголовный процесс на откуп праву кантонов. швейцарский Уголовный кодекс 1937 г. заимствовал несколько понятий Уголовного кодекса Италии 1930 г. и организовал социальную реакцию на преступления посредством дуалистичной системы «наказание — меры безопасности». Но итальянский кодекс являлся фашистским кодексом, а кодекс Швейцарии адаптировал принципы и понятия социальной защиты к либеральному обществу.

§ 3. Право Греции: Гражданский кодекс 1940 г.

Библиография. *Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff*. Op. cit. Introduction to Greek Law, edited by K. Kerameus, P.J. Kozyris, Kluwer, Sakkoulas, 1988. Epaminondas Spiliotopulos, Droit administratif hellénique, LGDJ, 1991.

224. Современная Греция образована в 1820-х гг., но — мы не можем об этом забывать — речь по-прежнему идет о земле Сократа, Платона и Аристотеля, равно как и Солона. Влияние Французской революции не было сторонним для движения за ее независимость. В рамках конституций и — более обобщенно — в рамках публичного права греческие юристы всегда ощущали настоящее влияние французской модели. Среди оригинальных греческих решений можно отметить косвенный контроль за конституционностью законов, осуществляемый как административными, так и обыкновенными судьями и «признаваемый как неотъемлемое свойство судебной функции»[1].

225. Гражданский кодекс со множественностью влияний. Частное право основывается по большей части на кодифицированных нормах, а сами кодексы свидетельствуют о плюрализме влияний. Современный Гражданский кодекс, принятый в 1940 г., чье вступление в силу было перенесено в связи с войной на 23 февраля 1946 г., имеет среди главных источников «древо римско-византийского права, взращенное пандектистами XIX в.». Им были заимствованы многие положения ГГУ.

---

[1] См.: La circulation du modèle juridique français, Ph. Vegleris, Droit public. P. 408.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Но в нем также проявилось определенное влияние Гражданского кодекса Франции, французской доктрины и даже судебной практики. В отношении некоторых статей кодекс напоминает положения, которые можно обнаружить в итальянском кодексе, составление которого совпадало по времени с греческим.

Статьи о гражданской ответственности прекрасно иллюстрируют некоторые сходства, которые могут быть здесь найдены.

Статья 914. Понятие. Тот, кто вопреки закону, причинит по своей вине вред другому лицу, обязывается к его возмещению.

Статья 915. Случаи освобождения от ответственности. Тот, кто причинит вред другому лицу, не осознавая своих действий или будучи лишенным рассудка вследствие умственного расстройства, не освобождается от ответственности.

Если он приведен в подобное состояние на момент совершения вреда посредством употребления алкоголя или иным подобным образом, он будет отвечать за вред, если только он не был приведен в вышеуказанное состояние не по своей вине.

Статья 916. Лицо, не достигшее десятилетнего возраста, не несет ответственности за причиненный им вред.

Статья 917. Лицо, достигшее десятилетнего возраста, но не достигнув четырнадцати лет, несет ответственность за причиненный им вред, если только он не действовал опрометчиво, те же правила применяются в отношении глухонемых.

Статья 918. Лицо причинившее вред и не несущее ответственности в соответствии со статьями 915–917, может быть приговорено судом, учитывающим положение сторон, к разумному возмещению вреда, если вред не может быть возмещен иным образом.

Статья 919. Посягательства на нормы морали. Лицо, намеренно причинившее вред другому лицу, действуя вопреки нормам морали, обязывается в его возмещению.

Определенные словосочетания (вопреки закону), некоторые положения (ст. 918) напоминают немецкое право, но их редакция является более простой (на итальянский манер). В других статьях мы часто слышим эхо французского право, например:

Статья 922. Ответственность работодателя. Наниматель или иное лицо, предоставляющее работу, отвечает за вред, причиненный вопреки закону его рабочим или служащим.

Этот эклектизм в заимствованиях также характерен и для торгового законодательства.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В судоустройстве, гражданском и уголовном процессе можно все еще проводить параллели с французскими институтами. Первый Гражданский процессуальный кодекс 1834 г., хотя и составленный баварским юристом Людвигом фон Маурером, воспроизводит множество положений, сформулированных в Гражданском процессуальном кодексе Франции. Немецкое влияние, имеющее огромное значение в сфере гражданского права, также укрепилось в сфере гражданского процесса, о чем свидетельствует новый Гражданский процессуальный кодекс 1967 г.

Напротив, до сегодняшнего дня уголовный процесс Греции, как и французский уголовный процесс, придает большое значение предварительной стадии, возлагая важные функции на прокуратуру, с одной стороны, и следственного судью, с другой.

Так же на французский манер организована система административных судов, в которой присутствует Государственный Совет и административные суды, что не исключает определенной оригинальности административного права Греции.

§ 4. Право Португалии: Гражданский кодекс 1966 г.

Библиография. La justice constitutionnelle au Portugal, Economica, 1989. *Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff*. Op. cit. *L.M. Arroyo-Yanes*. El Codigo de procedimiento administrativo de Portugal: Revista de administration publica, 1993. *A. Pinto Monteiro*. La Codification en Europe: Le code civil portugais: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992.

226. Право Португалии является хорошим примером правовой системы, нашедшей свою самобытность через подражания, которые, будучи успешными и достаточно разнообразными, не приглушили национальное сознание.

Можно провести параллели с Испанией, хотя исторические перипетии, которые предшествовали становлению современного государства, различались в этих странах. Как и в Испании, первая модернизация права произошла в XIX в., как и в Испании, в XX в. на долгое время была установлена диктатура. И практически в то же время, что и Испания, Португалия начала новый отсчет со своей «революции гвоздик» и новой конституции. Тем не менее черты португальского права всегда отличались от права ее могущественного соседа.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Urheberrechtlich geschütztes Material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

I. Образование португальского государства и эволюция права до XIX в.

227. История Португалии начинается в первой половине XII в.[1], когда Альфонс Анрике принял титул Короля, возвысившись путем освобождения страны от сюзеренитета Короля Кастилии и Леона. Король осуществлял свою власть в обществе, которое, как и французское, не знало «феодальной иерархии вассальной зависимости»[2].

В течение долгого времени в средние века суды (речь идет главным образом о *juizes da terra* — судах, составленных из судей, избираемых жителями) основывали свои решения на обычаях или римском праве. Влияние специалистов по каноническому праву было значительным, особенно в отношении церковных судов, чья компетенция оставалась широкой, даже после ее ограничения Альфонсом II и Альфонсом III.

Альфонс IV, правящий с 1325 по 1357 г., полностью реорганизовал правосудие. На местном уровне, в *concelhos*, он назначал судей, способных отправлять правосудие более независимым образом, чем *juizes da terra*: таких судей станут показательно называть *juizes de fora*, т.е. судьями, пришедшими издалека. На уровне регионов *(comarcas)* были учреждены суды, рассматривающие апелляции. В XV в. были обнародованы ордонансы, распространявшиеся на всю территорию. Они касались гражданского права, уголовного права, процесса, административного устройства и налогового права.

В XVII в. к ним присоединится другая группа ордонансов. Ордонансы, обнародованные в 1603 г., сохранят свою силу в сфере гражданского права до 1867 г.

II. Первая модернизация права

228. Португальское право в XIX в. получило новые основания. В 1833 г. будет обнародован Торговый кодекс. Он покоился на работе, осуществленной Ферейрой Борхесом, который, укрываясь в Лондоне, подготовил закон, не подчиняясь французской модели, но вдохновляясь — уже как компаративист — Испанским кодексом 1829 г., итальянскими законами и голландским проектом. Однако кодекс оказался неприспособленным к запросам общества, и только 25 лет спустя принялись за разработку нового кодекса, который будет обнародован 28 июня 1888 г., вскоре после вступления в силу Гражданского кодекса.

---

1 *Y. Bottineau*. Le Portugal et sa vocation maritime, Histoire et civilisation d'une nation, Paris, de Boccard, 1977. P. 9 et s.

2 *Y. Bottineau*. Op. cit. P. 51.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Судебная реформа также предшествовала Гражданскому кодексу, поскольку осуществлялась с 1837 г.

В 1850 г. на профессора университета Коимбры Луиса де Сабра возложили ответственность за подготовку Гражданского кодекса. Он, конечно, не мог игнорировать французский Гражданский кодекс, находившийся на пике славы, но смог отыскать свою изюминку в общем плане, в группировке институтов, а также в закреплении институтов, не известных французскому кодексу. После доработки проекта комиссией юристов, а затем и членами Кортеса, он был принят. Кодекс был обнародован 1 июля 1867 г.

Кодекс 1867 г., таким образом, выказывает меньшую верность французскому Гражданскому кодексу, чем это делает испанский кодекс.

Примечательно, что конституционный контроль довольно рано нашел свое место среди португальских институтов.

III. Эволюция права при диктатуре Салазара и до принятия Конституции 1976 г.

229. Гражданский кодекс в эпоху диктатуры. В течение почти двух третей XX в. Португалия будет переживать изоляцию и долгий период диктатуры. Вскоре после вооруженного восстания в Браге 26 мая 1926 г. профессор экономики Антонио Салазар будет призван к власти и на долгое время станет хозяином страны.

«Годы Салазара» растянутся с 1932 по 1970 г. Прославившись прежде всего в качестве Министра финансов, Салазар 5 июля 1932 г. станет председателем Совета министров и (*Estado novo* было учреждено 29 сентября 1933 г.) сохранит власть до того, как в 1968 г. он будет вынужден отказаться от нее по болезни (он умрет в июле 1970 г.). Его политика была ультраконсервативной, однако это не помешало принять новый Гражданский кодекс, обнародованный Законом-декретом от 25 ноября 1966 г. № 47-344, который вступит в силу частично 1 июня 1967 г., частично — 1 января 1968 г.

Не принеся желаемого обновления (особенно в сфере семейных отношений), новый кодекс не был лишен достоинств. Он был прекрасно составлен и во благо обществу содержал развернутые положения, посвященные отдельным аспектам частного права, подтвердившим свою значимость в современную эпоху: так, международное частное право получило свои основы в ст. 14–65; в Книге 2 Титуле 1 Главе 2 Разделе 5 гражданская ответственность раскрывалась на уровне, соответствовавшем той эпохе. Гражданский кодекс 1966 г. был отмечен отходом гражданского права Португалии от Гражданского кодекса Франции. Составители приняли во внимание немецкий, швейцарский и итальянский опыт.

Положения о гражданской ответственности (разделенные на два подраздела: ответственность за неправомерные действия и ответствен-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ность за риск) позволяют нам определить как влияния, так и самобытные черты.

Первый подраздел, посвященный ответственности за вред, причиненный виновными действиями, включает такие понятия, как «неправомерность» (абз. 1 ст. 483), «вменение в вину» (ст. 488), и тем самым напоминает немецкое и итальянское право. Также можно выделить ст. 487, касающуюся неосторожности:

«1. На потерпевшую сторону возлагается установление неосторожности причинителя вреда, если только не существует законной презумпции вины. 2. Если не существует иного законного критерия, неосторожность оценивается в сравнении с заботливостью рачительного главы семейства, принимая во внимание обстоятельства каждого дела».

Во втором подразделе, посвященном ответственности за риск, ст. 503 и след. определяют нормы, применяемые на случай автомобильных аварий. Способ их составления напоминает итальянские положения (см. ст. 2054 Гражданского кодекса Италии).

После нескольких лет диктаторского режима сентябрь 1973 г. принесет «движение капитанов», а затем «революцию гвоздик». Новый политический режим позволит провести широкие преобразования в праве.

IV. Право Португалии после принятия Конституции 1976 г.

230. Приспособление права к требованиям современного демократического общества. Современное демократическое государство было организовано Конституцией 1976 г., за которой последовали крупные правовые изменения. И почти сразу же Португалия решительно начала процесс интеграции в Европейское сообщество, которая завершилась 1 января 1986 г., что также было отмечено глубокой эволюцией права.

Конституция 1976 г. стала отправной точкой для множества изменений в правовой сфере, особенно под влиянием ее Книги 1, посвященной фундаментальным правам и обязанностям.

Тем не менее Гражданский кодекс смог выжить посредством внесения изменений, соответствующих новой манере понимания общества и отношений между государством и гражданами.

§ 5. Право Нидерландов: новый Гражданский кодекс

Библиография. *Pierre Arminjon.* Baron Boris Nolde, *Martin Wolf.* Op. cit. *Will Wedekind.* Diana Dankers-Hagenaars, Rapport sur les Pays-Bas. *Ewoud Hondius.* Le Code civil et les Néerlandais in Le Code civil, 1804–2004, Livre du bicentenaire. Op. cit. *A.V.M. Struycken.* L'evolution du droit des biens à travers

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

le nouveau Code civil néerlandais, in L'evolution contemporaine du droit des biens, PUF, 1991. *Denis Tallon.* The New Dutch Civil Code in a comparative perspective, a French view-point: European Journal of Private Law, 1993.

231. Право Нидерландов имеет важное значение для сравнительного правоведения. Нидерланды много дали правовой мысли Гуго Гроция. Они стали одной из главных основ международных правовых институтов, особенно в сфере международного правосудия. Модернизируя свое частное право способом, отличным от всех великих моделей, они создали кодекс, который сам привлечет к себе большое внимание.

I. Краткое изложение эволюции права в Нидерландах

232. Первоначальная Конфедерация, объединяющая «Семь Объединенных Провинций», датируется 1648 г., а Мюнстерский мирный договор пожаловал Республике Нидерланды независимость. Право оставалось разнородным до конца XVIII в. Но в 1795 г. «Голландская революция» открыла путь, который приведет к унификации. Тем не менее в течение почти 20 лет на образование нового права оказывали серьезное влияние политические события.

Это, прежде всего, «голландский» период. В 1798 г. вступил в силу первый конституционный закон: в его ст. 28 указывалось, что будет предпринята кодификация, имеющая законную силу на всей территории страны и включающая принятие Гражданского кодекса, Уголовного кодекса, Гражданского процессуального кодекса и Уголовно-процессуального кодекса. Но текст конституции изменится, и кодификация не будет реализована до совершения наполеоновского переворота[1].

Королевство Голландия было создано в 1806 г. Луи Наполеон, брат Императора, станет Королем Голландии. Монарх возложит составление Гражданского кодекса на адвоката Йохана ван дер Линдена; однако Император обяжет страну адаптировать французский Гражданский кодекс, в результате чего 1 мая 1809 г. вступит в силу «Кодекс Наполеона, адаптированный для Королевства Голландия». Когда в июле 1810 г. Нидерланды были присоединены к Франции, пять французских кодексов стали применяться по всей территории страны.

Освобождение произошло 21 ноября 1813 г., и почти тотчас состоялось объединение с Бельгией. Французские кодексы были сохранены на временном основании, а подготовке нового Гражданского кодекса мешали расхождения, происходящие между бельгийцами и голландца-

---

[1] В 1798 г. комиссия в составе 12 членов разработает проект, вдохновленный работами Гроция, идеями российской Императрицы Екатерины II и прусским кодексом 1794 г. Однако этот проект признали слишком доктринерским.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ми. Тем не менее новый кодекс был подготовлен к 1829 г., но разрыв с Бельгией, произошедший в 1830 г., снизил его эффективность (в конце концов, Бельгия сохранит для себя Кодекс Наполеона). Только 1 октября 1838 г. в законную силу вступят Гражданский кодекс Нидерландов и Торговый кодекс Нидерландов (следовало еще дожидаться появления процессуальных и уголовного кодексов).

II. Новый Гражданский кодекс: пример поиска национального права, опирающегося на опыт других правовых систем (влияния и инновации в новом Гражданском кодексе Нидерландов)

233. Создание нового Гражданского кодекса. Эдуард Моритц Мейерс (1880–1954) будет главным вдохновителем нового Гражданского кодекса. Уже перед началом Второй мировой войны он предложил ряд важных реформ[1]. Интернированный во время войны как еврей (в Вестерборок и Терезинштад), он работал над проектом реформы, руководствуясь главным образом ГГУ и швейцарскими кодексами, а также широко прибегая к помощи иных источников. Но только в 1947 г. королевский декрет возложил на него задачу по подготовке нового Гражданского кодекса. Смерть Мейерса в 1954 г. оставила его труд незаконченным, однако он уже внес свою лепту в будущий кодекс. Кодекс должен был объединять гражданские и торговые нормы. Вместо общей части на немецкий манер Мейерс предлагал создать предварительный титул (которого в конечном счете не будет), а также общую часть для всего имущественного права.

Мейерса сменила комиссия из трех человек, которая будет работать очень медленно. Вмешаются новые события: директивы Европейского сообщества (об этом влиянии свидетельствует право юридических лиц), унифицированное право (положения о договоре купли-продажи многим обязаны Единообразному закону о международной купле-продаже товаров).

Вступление кодекса в силу осуществлялось поэтапно. Первый этап состоялся 1 января 1970 г. с принятием Книги Первой (лица), которая, однако, не включала положения о разводах. Книга Вторая (юридические лица) появилась 1 января 1976 г., затем последовала Книга Третья (транспортное право и транспортные средства), применяемая с 1 апреля 1991 г. Часть, посвященная имущественному праву, рассматриваемая многими в качестве «ядра нового Гражданского кодекса», вступила в силу 1 января 1992 г.

Кодекс будет содержать девять книг: Книга Первая. Правовое положение лиц (включая семейное право); Книга Вторая. Юридические лица

---

[1] В 1928 г. он обозначил в кодексе 100 положений, которые нуждаются в реформировании.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

(включая право хозяйственных обществ); Книга Третья. Общие положения имущественного права; Книга Четвертая. Наследование (ее составление все еще не завершено); Книга Пятая. Вещные права; Книга Шестая. Общие положения об обязательствах; Книга Седьмая. Отдельные виды договоров; Книга Восьмая. Транспортное право и транспортные средства; Книга Девятая. Промышленная и интеллектуальная собственность (эта Книга, возможно, не будет принята по причине международных и наднациональных источников, существующих в настоящее время).

234. Гражданский кодекс Нидерландов, Кодекс частного права. Чтобы проводить различия между новым Гражданским кодексом Нидерландов и Гражданским кодексом Франции, можно избрать отличительные черты, рассматривать основные понятия и категории, проводить параллели между институтами, которые играют важную роль в любом Гражданском кодексе.

В отношении структуры Гражданский кодекс Нидерландов выглядит в настоящее время совершенно непохожим на Гражданский кодекс Франции. Их сферы применения не совпадают. Сфера Гражданского кодекса Нидерландов распространяется на многие вопросы торгового права. Напротив, она исключает вопросы доказывания, которые во французском кодексе занимают значительное место: положения о доказывании включены в Гражданский процессуальный кодекс.

Новый баланс между общими и специальными положениями отличается от выбора, сделанного в Гражданском кодексе Франции. В этом отношении примечательна Книга Третья. Она касается «общих положений имущественного права» и содержит нормы, которые применимы и к следующим книгам (наследование, собственность и вещные права, общая часть обязательственного права, отдельные виды договоров, транспортное право). Именно в Книге Третьей располагаются нормы, относящиеся к юридическому акту. Положения, касающиеся предъявления иска в суде, также фигурируют в Книге Третьей.

235. Хотя спектр влияний является очень большим, из него все же выделяются понятия и нормы, напоминающие нам о Германском Гражданском уложении.

Положения о гражданской ответственности, являясь оригинальными во многих отношениях, используют понятия (например «неправомерность»), принадлежащие к самой сути немецкой теории. Сюда относятся также положения об ответственности за ошибку, поскольку логика их построения также принадлежит мысли немецких юристов. Вот несколько примеров этих положений.

Статья 162 (6. 3. 1.1). 1. Тот, кто совершит по отношению к другому неправомерный акт, который можно поставить ему в вину, должен возместить причиненный вред.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Являются неправомерными, если только не существует обстоятельств, освобождающих от ответственности, посягательства на право, а также действия или бездействия, противоречащие законной обязанности или неписаной норме, которая формулирует то, что является приличествующим социальной деятельности.

3. Неправомерный акт ставится в вину его причинителю, если он вытекает из его вины или из основания, за которое он должен отвечать в силу закона или согласно общепринятому мнению.

Статья 163 (6. 3. 1.2). Обязательства по возмещению не существует, когда нарушенная норма не имеет в качестве своего объекта защиту от вреда, который был причинен потерпевшему.

Статья 164 (6. 3. 1.2а). Поведение ребенка, не достигшего четырнадцатилетнего возраста, не может быть поставлено ему в вину в качестве неправомерного акта.

Статья 165 (6. 3. 1.2б). 1. Тот факт, что лицо, достигшее четырнадцатилетнего возраста, совершило поступок, который следует рассматривать как действие, совершенное под влиянием умственной или физической неспособности, не препятствует тому, что такой поступок вменяется ему в вину в качестве неправомерного акта.

2. Третье лицо, которое в силу недостаточной осмотрительности разделяет ответственность в отношении потерпевшего, учитывается при рассмотрении дела причинителя вреда для распределения общей суммы, выплачиваемой в возмещение вреда потерпевшему.

Договор купли-продажи получил свои базовые нормы в Титуле Четвертом, Разделе Втором «О передаче имущества и отказе от полномочий, входящих в состав права собственности». Хорошо видно, что концепция, уже воспринятая в 1838 г., использована здесь вновь, и что, как и в немецком праве, купля-продажа происходит в два этапа: создание обязательства по передаче права собственности и действительная передача права собственности посредством вещной сделки (в этом разделе особенно внимательно см. ст. 89 о передаче недвижимых вещей и ст. 90 о передаче движимых вещей).

Но в кодексе содержится и множество оригинальных решений, что объясняет его сегодняшний авторитет.

Этот авторитет обязан и самому образу Нидерландов, а также ансамблю их права. Действующая Конституция принята 17 февраля 1993 г. Она закрепляет в первой главе определения фундаментальных прав. На основаниях либеральной философии и посредством хорошей технической работы было обновлено большинство кодексов.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раздел 3

СИСТЕМЫ ПРАВА, ХАРАКТЕРИЗУЮЩИЕ ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЦЕЛОГО РЕГИОНА

236. Множество других систем можно также привязать к романо-германской семье. Но для значительного количества государств принадлежность права к этой семье является менее очевидной. Изучение правовых систем некоторых регионов мира может быть осуществлено только с учетом определенных местных особенностей. В Европе это справедливо для Скандинавии, а также государств Центральной и Восточной Европы, которые отступили от России. В Латинской Америке правовые системы, которые, казалось бы, можно уверенно отнести к романо-германской семье, тем не менее также отмечены влиянием права Соединенных Штатов. В отношении каждого их этих крупных регионов единственный пример позволит нам более детально ознакомиться с современным состоянием правовых вопросов.

§ 1. Право в скандинавских государствах: пример Швеции — североевропейское правовое сотрудничество

Библиография. Série des Scandinavian Studies in Law, Stockholm Institute for Scandinavian Law. *Marc Ancel, Ivar Strahl.* Le droit pénal des Pays scandinaves, 1969. *Eugen Dietrich Grau.* Une esquisse du droit privé nordique, Mélanges Fritz STURM, Collection scientifique Université de Liège, 1999. *Frantz Wendt.* Cooperation in the Nordic Countries, published by The Nordic Council, 1981.

237. Существуют множество параметров, которые оправдывают общий подход к правовым системам государств, объединенных посредством геополитики в Скандинавию. Общая история, с ее сближениями и конфликтами, освящает их судьбу. Идентичной в них также являются и правовая структура, и общая философия. Тем не менее Дания, Норвегия, Швеция и Финляндия обладают и местными особенностями, достаточными для признания за каждой из них своей правовой системы. Швеция может быть взята в качестве примера: шведское право, интересное само по себе, также прекрасно содействует изучению правовых систем скандинавских государств.

I. Право Швеции

Библиография. *M. Bogdan.* Swedish law in the New Millennium, Stockholm, Norstedts Juridik, 2000. *Stig Stromholm.* Introduction to sweedish law,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2 éd., Norstedts, 1988. *Huho Tiberg, Fredrick Sterzel. Par Cronult*. Sweedish law, a survey, Juristforlafet, 1994.

238. История. Швеция, конституционная монархия с парламентским режимом (премьер-министр несет ответственность перед парламентом), стала членом Европейского союза 1 января 1995 г. Но ее право все еще обладает древними источниками и оригинальными аспектами. Периоды ее истории, которая до середины XI в. протекала изолированно от Западной Европы (особенно период викингов с 800 по 1050 год), отложили на нем свой отпечаток. Приняв христианство, шведское королевство поначалу управлялось при помощи различных местных обычаев. Союз с Данией, который продлится до смещения датского Короля, Кристиана II, в 1521 г.[1] принесет вместе с кодификацией новый пласт права. В последующие века независимое национальное шведское государство, в котором Густав Васа заложит основания наследственной монархии (он правил с 1523 по 1560 г. под именем Густава I), переживет значительные перипетии, некоторые из которых отразятся на праве. Во второй половине XVII в. Густав Адольф II сделал из Швеции образцовое государство, распространяющее свое влияние на всю Европу. XVIII и XIX в. будут для нее менее благоприятными во многих отношениях, а абсолютная монархия трансформируется в конституционную монархию на английский манер. Союз с Норвегией, заключенный в 1814 г., окажется в конце концов неудачным; он будет расторгнут в 1905 г. В XX в. Швеция продемонстрирует оригинальные черты (политика нейтралитета, социальный режим), которые привлекут к ней внимание Европы. Действующая Конституция страны была принята в 1975 г.

239. Источники права. В течение долгого времени источниками шведского права послужат местные обычаи, с одной стороны, и решения, пришедшие из канонического права и права Северной Германии, с другой стороны. В середине XIV в. были приняты национальные кодексы: один — для деревень и другой — для городов, и вместе с вносимыми в них изменениями они будут применяться до 1734 г. В начале XVII в. будет реформирована судебная система, покоящаяся в течение долгого времени на собраниях свободных граждан[2]. 1734 годом датируется принятие нового Национального кодекса Швеции (он применялся тогда и в Финляндии); он состоял из Книг, каждая из которых в действительности образовывала настоящий кодекс. Формально Кодекс 1734 г. все

---

1 Устав от многочисленных мятежей, Кристиан II в 1520 г. примет решение о казни 80 наиболее видных шведских граждан.

2 Густав Адольф создал новую судебную систему во главе с тремя апелляционными судами. Эта система распространялась не только на Швецию, но и на Финляндию, которая тогда принадлежала к шведскому королевству.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

еще является действующим, но большинство Книг обладают обновленным содержанием. В сфере уголовного права состоялась современная кодификация. Уголовный кодекс 1962 г. был отмечен компаративистами в качестве кодека «социальной защиты» с пониженной репрессивной функцией. Впоследствии в него были внесены изменения, которые, однако, не привели к изменению этого соотношения в уголовной политике.

Важную роль играет сегодня судебная практика.

Тем не менее нам не кажется, что в шведском праве можно различить черты общего права. Принадлежность правовой системы к романо-германской семье признается большинством шведских юристов, а некоторые даже полагают, что не стоит помещать скандинавские правовые системы в отдельную правовую ветвь в рамках этой семьи, поскольку если между скандинавским правом и другими системами романо-германской правовой семьи и существуют несколько важных отличий, то и между самими скандинавскими правовыми системами имеются примечательные расхождения.

Законодательство является приоритетным источником права, оно объединено в обновленных книгах Кодекса законов Шведского королевства (формально различаются законы в собственном смысле и декреты). Чаще всего прибегают к оригинальной и примечательной законодательной технике. Разработка закона является тщательной, проходящей с вмешательством независимых комиссий, с дискуссией, проводимой в заинтересованных кругах, с публикацией докладов, объясняющих и обосновывающих принятие определенных решений, допускающих трудности в толковании. Принятие закона парламентом может вследствие этого произойти достаточно быстро, без внесения поправок в последний момент. Значительно сокращаются спорные вопросы, связанные с толкованием. Тем не менее в распространении такой законодательной техники видят и определенную опасность: имея доступ только к тексту закона, гражданин не будет обладать надежными средствами, на которые он мог бы рассчитывать при демократическом правовом режиме. Недавно законы стали разрабатываться при помощи более простой юридической техники (рабочая группа в составе министерства), но в этом случае сожалеют о меньшей объективности в поиске всех за и против при принятии решений, а министерские доклады представляются одновременно менее обоснованными и тенденциозными.

240. Правосудие. Правосудие, основываясь долгое время на дуализме городских и деревенских судов, стало унифицированным во второй половине XX в.

Правосудие в судах общей юрисдикции осуществляется по первой инстанции судами, заседающими в различных составах в зависимости от характера дела. По уголовным делам и по большинству споров, регулируемых семейным правом, один профессиональный судья пользует-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ся помощью избранных граждан, которые принимают решения как по фактическим, так и по правовым вопросам. По большинству иных гражданских дел суд состоит из трех профессиональных судей. Суды первой инстанции, помимо разрешения споров, выполняют много других функций, и большинство юристов, даже если они не намереваются работать в судах, проходят в них стажировку, длящуюся в два с половиной года, перед началом свой карьеры в государственной или частной сферах.

Существует шесть апелляционных судов, в которых решение обычно принимается четырьмя судьями. Непрофессиональные заседатели участвуют в рассмотрении апелляции по уголовному делу.

Верховный суд в своих заседаниях обычно рассматривает как фактические, так и правовые вопросы. Вопрос о принятии дела к рассмотрению Верховного суда решается комиссией из трех судей.

Существуют и другие суды, в частности, административные суды и суды по трудовым спорам.

Омбудсмен, все реже и реже осуществляющий свои полномочия, не является больше влиятельным органом в шведской правовой системе.

II. Право в Скандинавии

Библиография. Дания: *I. Dubeck*. Introduktion til Dansk Ret, Editions Nomos, Baden-Baden, 1994. *Stig Jorgensen.* Les traits principaux de l'évolution des sources du droit danois: RID comp. 1971. **Финляндия:** An introduction to finnish law, Finnish Lawyers' Publishing, Helsinki, 1993. **Норвегия:** *J. Andenaes*. The general part of the criminal law of Norway, traduit en anglais par T.P. Ogle, Londres, 1965.

241. Общие и самобытные черты правовых систем государств

Два других скандинавских государства, Финляндия и Норвегия, в отдельный период своей истории обладали широкими связями со Швецией.

242. Финляндия. Финляндия, прежде всего, отмечена шведским влиянием, будучи долгое время шведской провинцией. До получения независимости в 1917 г. она успела побывать в составе царской России, в качестве Великого княжества Финляндского (1809–1917). Шведский кодекс 1734 г. в течение долгого времени применялся и здесь. Но с момента начала работы финского парламента в 1863 г. началась определенная модернизация финского права, и оно стало развиваться с присущими только ему чертами.

Главным источником финского права является закон, даже если здесь и не состоялось кодификации, сравнимой с французской или немецкой. Речь идет о законе в материальном смысле, поскольку помимо законов в узком смысле, принимаемых парламентом, существует множество актов, являющихся результатом работы органов исполнительной власти: Президента Республики, Государственного совета. Полномочия

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

по принятию нормативных актов также могут быть делегированы нижестоящим органам или местным коллективам.

Система судов общей юрисдикции включает три инстанции. В первой инстанции заседают окружные суды (судебная реформа, вступившая в силу 1 декабря 1993 г., следует шведской модели). Состав суда варьируется в зависимости от характера дела; часто вместе с одним профессиональным судьей работают заседатели. Существует шесть апелляционных судов, которые чаще всего являются последней инстанцией по делу. Верховный суд, расположенный в Хельсинки, играет решающую роль в толковании законов и осуществляет задачу по контролю за решениями, выносимыми нижестоящими судами. Однако после реформирования апелляционной инстанции в 1980 г., когда подача заявления в Верховный суд, за исключением некоторых случаев, стала зависеть от разрешения апелляционной инстанции, выдаваемого составом из трех судей, Верховный суд рассматривает лишь небольшое число дел (около 200 в год). Значение постановлений Верховного суда велико. Тем не менее не существует норм, обязывающих судей руководствоваться прецедентами.

Административные суды образуют настоящую судебную ветвь с тремя инстанциями: административными трибуналами, апелляционными административными судами и Верховным административным судом.

Однако существуют и другие специальные суды: некоторые из них известны другим странам (суды по трудовым спорам); другие являются достаточно оригинальными (страховые суды, суды, компетентные по спорам, касающимся воды).

Доктрина вносит свой вклад в утверждение самобытности финского права. Открытая влияниям, происходящим на континенте, особенно влиянию немецких школ, она свидетельствует о верности скандинавскому праву, принимая в расчет финский опыт.

243. Дания и Норвегия. Дания, древнее королевство, долгое время жила вместе со своими «провинциальными законами», компиляциями обычаев, одна из которых, *Jydske Lov*, стала играть роль национального законодательства. Во второй половине XVII в., будет принят кодекс (1683), который осуществит лишь ограниченную модернизацию права, однако необходимые изменения будут вноситься и судебной практикой (тем не менее мотивировка решений оставалось тайной, чтобы не связывать суды прецедентами). В XIX в. право при содействии крупных юристов возьмет за новую отправную точку сочинение Эрстеда (1778–1860), возвышающееся на общем фоне. Конституция от 5 июня 1849 г. позволит ускорить процесс модернизации. В 1866 г. будет принят Уголовный кодекс, который в 1930 г. будет заменен новым кодексом, отличающимся определенной смелостью (применение закона по аналогии, ограниченное действие обратной силы). Множество законов, касающихся сферы частного права, будут приняты в связи с осуществлением североев-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ропейского законодательного сотрудничества. Среди недавних законов, разработанных собственно Данией, можно привести законы о гражданской ответственности — Закон от 8 сентября 1986 г. о возмещении ущерба и Закон от 7 июня 1989 г. о гражданской ответственности за товары.

Норвегия, ставшая в соответствии с Конституцией от 15 мая 1814 г. конституционной монархией, познала несколько периодов различных завоеваний, перед тем как стать независимым государством. Ее территории в течение долгого времени принадлежали датской короне (с 1386 по 1814 г.), затем в течении века — Швеции. Смена подданства не оказала влияния на право: датское влияние продолжало существовать, что не мешало, однако, постепенному расширению норвежского партикуляризма. В 1687 г. был принят Норвежский кодекс, который просто воспроизводил Датский кодекс 1683 г., с некоторыми изменениями, принимающими в расчет национальные особенности Норвегии. В течении полутора веков эволюция норвежского права была приближена к эволюции права датского. Своеобразие норвежского права усилилось с обретением независимости. Норвежский Уголовный кодекс 1902 г. был встречен как крупнейший акт современной уголовной политики. В сфере частного права положения, появляющиеся с конца XIX в., чаще всего будут закреплять решения, принятые органами североевропейского сотрудничества.

244. Правовое североевропейское сотрудничество. В 1872 г. состоится Ассамблея североевропейских юристов. Инициатива исходила из Швеции, но первые заседания прошли в Копенгагене, и в них принимали участие датские, норвежские и шведские юристы (вскоре после Первой мировой войны к ним присоединятся финские юристы). За исключением нескольких периодов (1905–1919, 1939–1948), Ассамблея будет проводиться ежегодно. Начиная с 1953 г. Североевропейский совет, образованный в 1952 г. и составленный из парламентариев от четырех крупнейших скандинавских государств и Исландии, даст новый импульс сотрудничеству.

С целью унификации права будут разработаны крупные акты.

Модельный закон о переводном векселе (вдохновленный *Allgemeine deutsche Weckselordnung* 1848 г.) будет являться первым успешным результатом сотрудничества юристов. Дания сделает его своим Законом о переводном векселе 7 мая 1880 г., затем он будет принят Норвегией и Швецией. Постепенно в сфере частного права будут умножаться примеры актов, относящихся к унифицированному праву: Закон о морской торговле, Закон о чеках, Закон об интеллектуальной собственности. В 1899 г. с благосклонностью была воспринята идея совместной разработки Гражданского кодекса по примеру ГГУ. Эта идея не осуществится, но будут разработаны менее масштабные и, тем не менее важные акты, унифицирующие некоторые части договорного, имущественного и семейного права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Результаты сотрудничества будут также распространяться на публичное право и уголовное право.

С вступлением в Европейский союз Дании, а затем Швеции и Финляндии сотрудничество, безусловно, изменит свое содержание, однако, как нам кажется, оно будет продолжено.

§ 2. Вопросы права в государствах Центральной и Восточной Европы: пример Польши

245. Право государств Центральной и Восточной Европы гораздо сложнее постичь, нежели право скандинавских государств. Их принадлежность к семье систем социалистического права была неоспоримой еще в самое недавнее время. Но их право вновь обрело свою независимость, и если в течение нескольких лет можно было говорить о переходном праве, то теперь наступает время, когда уже можно обосновать принадлежность права большинства государств Центральной и Восточной Европы к романо-германской семье: произошла глубокая «ревизия» права, некоторые государства уже получили доступ в Европейский союз 1 мая 2004 г., другие стоят на пути к вступлению. Однако эволюция происходит так быстро, что скорость изменений препятствует наблюдению за правовыми системами. Польша является интересным примером перестройки правовой системы, осуществленной под влиянием двух тенденций: реставрации и модернизации. Кажется, что такие тенденции найдут свои аналоги в большинстве государств этого региона мира.

I. Право Польши

Библиография. *Dybowsky. Article Famille in J.-Cl.* Droit comparé. *Ireneusz C. Kaminski.* The Power of Aspiration. The Impact of Europaen Law on a Non-EU Country, in The harmonisation of European Private Law, edited by Mark van Hoecke and François Ost, 2000. *M. Krol.* Pologne, in La structure des systèmes juridiques. Op. cit. *Elzbieta Traple.* La codification et la justice: Les cahiers du droit, vol. 42, sept. 2001.

246. Польша имеет долгий правовой опыт. До того как стать народной демократией с социалистическим правом, она обладала правовой системой, которую можно отнести к семье романо-германских систем.

Французский Гражданский кодекс был введен в действие в Варшавском герцогстве в 1808 г., он остался кодексом Царства Польского, провозглашенного в 1815 г. Но очень быстро поляки захотели иметь национальное право и провести унификацию права в стране, хотя некоторые польские провинции были подчинены различным законодательствам (австрийский Гражданский кодекс и немецкое законодательство на юге

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

и западе, русское и балтийское законодательство на востоке). 27 октября 1933 г. был принят Обязательственный кодекс, применяемый на всей территории страны (титулы III, IV–XVII Книги Третьей французского Гражданского кодекса были отменены). Множество его положений приводило к мысли о том, что составители Обязательственного кодекса искали источник своего вдохновения в немецком ГГУ и швейцарском Обязательственном кодексе. Торговый кодекс, с высоким уровнем юридической техники, был принят в 1934 г., и в нем также можно было обнаружить аналогии с немецким Торговым уложением.

Во время социалистического периода новый Гражданский кодекс, обнародованный в 1964 г., несмотря на новые принципы, сохранял некоторые положения предыдущего права. Так, национализация земли была проведена лишь на относительно небольшой части территории, поэтому в Польше частное право смогло сохранить свое значение, утраченное в праве СССР. Использование земельных кадастров облегчило решение проблем, связанных с земельной собственностью, после 1989 г.

Польша, приближающаяся к 40 миллионам жителей на момент своего вступления в Европейский союз, начала с 1989 г. реорганизовывать свое право. Закон от 28 июля 1990 г. значительно модифицировал Гражданский кодекс. Последовало множество других актов. Фундаментальную правовую базу дала стране Конституция от 2 апреля 1997 г., принятая на референдуме, проведенном 25 мая 1997 г. Этот факт свидетельствует о сильной конституционализации права. В самой Конституции была признана сила международных источников, кроме того, Польша является членом Совета Европы и подчиняется решениям Европейского Суда по правам человека. Но если в отношении публичного права Польша предстает в качестве правового государства, то ее частное право, каким оно было закреплено и применяется в настоящее время, свидетельствует о принадлежности к семье романо-германских систем.

A. Система права, отмеченная сильным влиянием Конституции

247. Конституционный суд занял свое место среди польских институтов в 1985 г. (Закон от 29 апреля 1985 г.). Однако Конституция 1997 г. еще больше усилила его полномочия и изменила его структуру, а Закон от 1 августа 1997 г. дополнил положения Конституции, регулирующие его деятельность.

Статья 194 Конституции устанавливает число судей и девятилетний срок их полномочий, причем судьи не могут быть переизбраны. Судьи избираются в индивидуальном порядке Сеймом «из числа лиц, отличающихся своим знанием права». Президент Республики назначает председателя и вице-председателя Конституционного суда, а кандидатуры на его утверждение представляются Общим собранием судей Конституционного суда.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Полномочия суда зафиксированы ст. 188 и 189 Конституции. Они направлены на обеспечение соответствия Конституции всего ансамбля законов. Статья 191 говорит о полномочии на обращение в Конституционный суд, которым наделяются различные органы власти. Особо отметим основания, дающие право на «индивидуальное обращение». Статья 188 наделяет Конституционный суд полномочием выносить решения по «заявлениям, предусмотренным абзацем 1 статьи 79». Статья 79 в абз. 1 предусматривает в самом общем порядке (абз. 2 делает исключения только в отношении права на убежище и права на получение статуса беженца), что «всякое лицо, права или свободы которого были нарушены», наделяется правом «подать заявление в Конституционный суд на предмет соответствия Конституции закона или иного нормативного акта, в силу которого судебный или административный орган вынесли окончательное постановление, касающееся прав и свобод этого гражданина или его обязанностей, предусмотренных Конституцией».

Постепенно влияние Конституционного суда на все отрасли права становится все более значительным.

Б. Частное право, покоящееся на технических приемах романо-германской семьи

248. По логике новой концепции либеральной демократии право частной собственности, свобода предпринимательской деятельности и заключение договоров, вновь получившие законные основания для своего процветания, в том числе и в самой Конституции, являются главными основами правовой жизни.

Кодекс о семье и опеке сохраняет свою самостоятельность по отношению к Гражданскому кодексу. Он датирован 25 февраля 1966 г., но был уже несколько раз пересмотрен.

Трудовые отношения также регулируются специальным кодексом.

Акционерное право позволило сохранить Торговый кодекс.

Тем не менее частное право обнаруживает свои основания прежде всего в Гражданском кодексе (Гражданский процессуальный кодекс, принятый Законом от 17 декабря 1964 г., дополняет его в части судебной защиты прав).

Если решение о принятии нового Гражданского кодекса так и не было принято, то произошедшие с ним превращения позволили написать:

«Изменения, которые были внесены, обладали таким весом, что Гражданский кодекс стал, если можно так выразиться, новым законом по отношению к своей редакции, существовавшей до 1990 г.»[1].

---

[1] *E. Traple.* Jurisclasseur de droit comparé. P. 686.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Несколько критериев помогают классифицировать произошедшие изменения. Прежде всего речь идет об исключении или освещении под совершенно другим углом норм, которые регулировали отношения во времена социализма: так, неравенство, существовавшее между субъектами гражданского права, предоставлявшее преимущество «единицам социалистической экономики», исчезло, а сами «единицы социалистической экономики» не признаются больше гражданским правом; ограничения осуществления частных прав в связи с требованиями общества народной демократии получили иное освещение, исходя из начал публичного порядка и норм морали. Во вторую очередь были восстановлены институты, знакомые польскому праву довоенного периода и исключенные социалистической системой. Кроме того — и это составляет третью группу, — частное право обогатилось положениями, не существовавшими прежде и перенятыми из опыта других государств: к ним относится возможность оценки обязательства в денежной сумме. Гражданский кодекс делится на четыре части: общую часть и три части, посвященные вещному, обязательственному и наследственному праву. Редакция статей и их толкование неоспоримо свидетельствуют об использовании приемов юридической техники романо-германской правовой семьи.

Существует множество законов, вносящих изменения в действующее законодательство: зачастую они принимали во внимание «директивы Брюсселя» в предвкушении вступления Польши в Европейский союз.

II. Вопросы права в других государствах Центральной и Восточной Европы

Библиография. *René David, Camille Jauffret-Spinosi.* Op. cit. *D. Kitic.* Aspects juridiques de la privatisation et des investissments étrangers, PUF, 1995. *G. Vukadinovic.* Yougoslavie, On the structure of legal system, in La structure des systèmes juridiques, op. cit.

249. Разнообразные факторы породили определенную путаницу, конечно, временную. Среди них выделяются распад СССР, а также раскол Чехословакии и развал Югославии. Чары Европейского союза вызвали колебания, однако в совершенно различные стороны. Какой бы ни была эта путаница, большинство государств Центральной и Восточной Европы трудно не причислить к романо-германской семье.

A. Государства, интегрированные в Европейский союз 1 мая 2004 г.

1. Государства, являвшиеся частями Австро-Венгерской Империи

250. Республики Чехия и Словакия, которые, разделившись, 1 января 1993 г. заняли место бывшей Чехословакии, обладают долгой совместной

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

историей, поскольку территории двух государств равным образом принадлежали к Империи Габсбургов. Австрийский Гражданский кодекс, таким образом, в течение долгого времени стоял в основании права. Определенная германизация права юной Чехословакии произошла в период между двумя мировыми войнами. Когда последняя стала «народной демократией», она познала влияние социалистической концепции права: об этом свидетельствует Гражданский кодекс, принятый 26 февраля 1964 г. Но Закон № 42 1992 г. глубоко модифицировал право, приспособляя его к обновленной демократической и либеральной концепции права, восстанавливающей частную собственность и свободу договоров. Две республики, образованные на месте Чехословакии, обладают схожими политическими институтами; то же самое касается частного права. И если эволюция привела к некоторым различиям в правовых системах двух государств, то принадлежность к европейским институтам — Европейскому союзу и Совету Европы — содействовала сохранению большого сходства.

251. Венгрия, родина неславянского народа мадьяров, прежде чем стать частью Австро-Венгерской Империи, пережила долгий период независимости. Ее феодальная демократическая система во главе с монархом многим напоминала английскую систему. Она вновь обрела независимость в 1918 г., но не провела кодификации своего права[1]; законы, регламентирующие сферу частного права, воспроизводили австрийские решения, а также решения, исходившие из древнего венгерского права. Став «народной демократией» в 1949 г., Венгрия получила Гражданский кодекс, отражающий определенную идеологию. Кодекс был принят в 1959 г. и реформирован в 1977 г. После крупных политических перипетий, уничтоживших зависимость от СССР, конституционные реформы, произошедшие в 1989 и 1997 гг., позволили произвести перестройку права, адаптируя его к обществу, в котором была восстановлена частная собственность, а рыночная экономика сменила старый режим планирования.

252. Словения, являющаяся родиной славянского народа, долгое время находилась под господством Габсбургов. После крушения Австро-Венгерской Империи в конце 1918 г. она вошла в состав Королевства Сербии, Хорватии и Словении, будущей Югославии. В качестве республики Югославской федерации она получила в 1945 г. социалистическое право. Но 25 июня 1991 г. Словения провозгласила свою независимость и сумела ее отстоять ценой нескольких дней войны. Конституция страны датируется декабрем 1991 г. С этих пор Словения строит правовую систему, отражающую ценности парламентской демократии и общества с рыночной экономикой, готовясь занять свое место в Европейском союзе.

---

1 Австрийское Гражданское уложение действовало здесь только с 1853 по 1867 г.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Прибалтийские республики

253. Три прибалтийские республики имели схожую судьбу. Захваченные СССР, составными частями которого они являлись в течение 50 лет, они вновь обрели свою независимость в 1991 г. и реформировали свои институты, произведя коренную перестройку экономики и добившись быстрого вхождения в состав Европейского союза. Новые конституции датируются 1992 годом (латвийская была принята 15 февраля 1992 г., эстонская — 28 июня 1992 г. на референдуме, литовская — 25 октября 1992 г. на референдуме). Новый Гражданский кодекс был принят в Эстонии, а в других странах находится на стадии разработки. Готовясь к вступлению в Европейский союз, прибалтийские республики активно применяли его директивы.

Б. Государства, тяготеющие к Европейскому союзу

254. Желание вернуться в состав романо-германской семьи, кажется, распространилось даже на те государства Центральной и Восточной Европы, которые не вошли в состав Европейского союза.

Румыния[1], унитарное государство с 1862 г., вследствие различных политических перипетий обрела довольно хаотичное право. В конце 1864 г. там состоялась рецепция французского права, а затем 4 декабря 1864 г. был принят Гражданский кодекс, который во многом заимствовал положения Кодекса Наполеона. Однако эффективность нового законодательства в течение долгого времени была ограниченной. Что касается торгового права, то после первого закона, который все еще следовал французской модели, в 1887 г. был принят Торговый кодекс, обязанный большинством своих положений итальянскому кодексу 1882 г.; впоследствии он был заменен кодексом, подражавшим швейцарскому Обязательственному кодексу. На территориях, присоединенных вскоре после окончания Первой мировой войны, сохранялись прежние институты, которые в зависимости от местоположения копировали австрийское или венгерское право. «Социалистический период» был отмечен большим правовым единством, однако после принятия Конституции 21 декабря 1991 г. следовало вновь проводить правовую реформу. Если говорить о частном праве, то его основы все еще определяются старым Гражданским кодексом.

Другие государства также познают сложный процесс изменения ориентиров, вызванный отсутствием современной кодификации. Болгария[2], до того как стать народной демократией, не имела своего Граждан-

---

1 Присоединение Румынии к Европейскому союзу состоялось 1 января 2007 г. — *Примеч. переводчика.*

2 Присоединение Болгарии к Европейскому союзу также состоялось 1 января 2007 г. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ского кодекса, и применяемые положения носили скорее разнородный характер. Албания также вынуждена считаться с чрезвычайно туманным прошлым, поскольку до наступления социалистического периода ее гражданское право являлось довольно запутанным. Государства бывшей Югославии только оправляются от испытанных потрясений.

Может быть, когда-то мы будем вынуждены признать, что правовая система России законно занимает свое место в составе романо-германской семьи. Пока мы считаем, что это делать рано и что с большим основанием следует искать ответы на вопросы, обладает ли правовая система России настоящим своеобразием, и является ли она по-прежнему «флагманом» Восточной Европы?

§ 3. Специфика права в государствах Латинской Америки; два примера: Аргентина и Бразилия

Библиография. *René David.* L'originalité des droits d'Amérique latine, in Le droit comparé : Droits d'hier et droits de demain, Economica, 1982. *Camille Jauffret-Spinosi.* Rapport introductif in t. XLIV des Travaux de l'Association Henry Captian, La circulation du modèle juridique français, Litec, 1993. *Arnoldo Wald.* L'influence du Code civil en Amérique latine, in Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, op. cit.

255. Если мы захотим проявить уважение к неповторимой индивидуальности государств Латинской Америки и большинства государств Африки и Азии, то мы поколеблемся отнести их к романо-германской семье, даже если некоторые их характеристики побуждают нас сделать это.

Ряд важных факторов (недавнее обретение независимости, сосуществование противоположных элементов при формировании права) побуждают нас дать им другое освещение.

Тем не менее когда речь заходит о правовом государстве, которое обладает долгой правовой традицией и покоится на достаточно стабильной и унифицированной правовой системе, технические характеристики которой указывают на принадлежность к романо-германской семье, мы можем обоснованно записать такое государство в эту семью, принимая во внимание его самобытность, обязанную собственной истории или другим влияниям. Таким образом, государства Латинской Америки причисляются большинством компаративистов к романо-германской семье. Мы приведем два примера: Аргентину в отношении испаноговорящей Южной Америки и Бразилию в отношении португалоговорящей Южной Америки. Но помимо этих примеров, можно сделать общий обзор правовых вопросов этого континента.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

I. Аргентина

Библиография. *Gustavo Bossert.* Bicentenaire du Code Civil: l'Argentine, in Le Code civil 1804–2004, Livre du bicentenaire, op. cit. *Marcelo, Urbano Salerno.* Argentine, in t. XLIV des Travaux de l'Association Henri Capitant, La circulation du modèle juridique français, Litec, 1993.

256. Со своими 35 миллионами жителей Аргентина является одним из самых заметных государств Латинской Америки. Бывшая испанская колония, она стала независимой в 1816 г. Идейное движение, одновременно связанное с французской революцией и появлением на мировой сцене Соединенных Штатов, оказало большое влияние на новую нацию. Постепенно заменяя прежнее право, она сформировала конституционное право, вдохновившись примером США, и частное право под влиянием Франции. Дальнейшее развитие привело к тому, что первичное неприятие испанского мира было ослаблено, и современная демократичная Испания начала осуществлять свое воздействие: испанская Конституция 1978 г. вдохновляла в определенной мере работы, проделанные в Аргентине во время конституционной реформы 1994 г.

Конституция аргентинского народа была принята в 1853 г. Учредительным собранием Санта Фе. За прошедшие полтора века она подверглась многочисленным изменениям. Конституционная реформа 1994 г. упрочила ее демократический характер, отводя значительное место фундаментальным правам и укрепляя независимость судебной власти.

257. Институты. Федеративное государство объединяет город Буэнос-Айрес, подчиненный специальному статуту, с 23 провинциями. Действующая Конституция Аргентины датируется 1996 г. Политический режим является полупрезидентским: президент и вице-президент, избираемые на четыре года с правом переизбрания еще на четыре года, наделяются исполнительной властью, но глава правительства, которому принадлежат многочисленные полномочия по регулированию политической, экономической и социальной жизни страны, несет политическую ответственность перед Конгрессом. Законодательная власть принадлежит двум палатам Конгресса: Палате депутатов и Сенату.

На общенациональном уровне существуют судебная власть и прокуратура, независимые от иных властных органов.

Судебная власть покоится на Совете магистратуры и судах. Высший совет магистратуры обладает полномочиями, закрепленными в ст. 114 Конституции. Верховный суд рассматривает апелляции, когда они подаются в качестве последнего средства обжалования. Остальные национальные суды распределены по всей территории. Прокуратура обладает статусом, который полностью гарантирует ее независимость, поскольку ст. 120 Конституции наделяет ее одновременно автономными функциями и финансовой независимостью. Прокуратуру возглавляют Генераль-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ный прокурор и Генеральный защитник нации. Закон определяет число и правовой статус иных работников прокуратуры.

В штатах и Буэнос-Айресе законодательная, исполнительная и судебная власти организованы в соответствии с принципами, существующими на федеральном уровне. Например, в отношении Буэнос-Айреса судебные институты включают Верховный суд правосудия и суды низших инстанций. Независимость судов гарантируют Совет магистратуры и Дисциплинарный совет. Находясь внутри судебной власти, прокуратура обладает своей автономией, иерархической и функциональной; во главе прокуратуры стоят Генеральный прокурор, Генеральный адвокат и заместитель Генерального прокурора, ответственный за работу с недееспособными.

258. Частное право в Аргентине. Обстановка враждебности к Испании, которая явилась следствием обретения независимости — враждебности к институтам, враждебности к культуре, — привела юристов, перед которыми стояла задача разработки национальных кодексов, к руководству французскими кодексами и французской доктриной. Тем не менее существуют и другие влияния, что позволило говорить — и сегодня это очень любят подчеркивать, — что во время подготовительной работы разработчики использовали методы сравнительного правоведения.

Дальмацио Велес Сарсфилд (1800–1875) сыграл наибольшую роль в проведении кодификации. Он вместе с Эдуардо Асеведо содействовал составлению Торгового кодекса, принятого в 1862 г. В кодексе определенно чувствуется влияние Торгового кодекса Франции, даже если оно не было эксклюзивным и составители руководствовались также голландским (1826), испанским (1829) и португальским (1833) кодексами. Сарсфилд сыграл еще большую роль в подготовке Гражданского кодекса, на который также окажет огромное влияние французский Гражданский кодекс. Не только потому, что он хорошо знал его, но даже, может быть, в большей степени, в силу его престижа, с которым считались многие юристы Южной Америки: Гражданский кодекс, принятый в Чили Андресом Белло, был также разработан под влиянием Кодекса Наполеона[1]. Однако Сарсфилдом также были использованы проекты Гражданского кодекса Бразилии и Гражданского кодекса Испании.

Гражданский кодекс был принят Законом от 25 сентября 1869 г. № 340[2] и вступил в силу 1 января 1871 г. По способу составления статей, по содержанию большинства из них ощутимо влияние французского Гражданского кодекса. Но Гражданский кодекс Аргентины отличается

---

1 Чилийский кодекс датируется 1855 г. Однако он не стал первым кодексом Латинской Америки: Гаити приняла свой Гражданский кодекс в 1825 г.

2 Примечательно то, что законодатель в ст. 1 Закона № 340 официально назвал человека, являющегося творцом Кодекса.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

от него по многим аспектам. Прежде всего, он является более развернутым, поскольку содержит 4051 статью, которые группируются иначе, чем в Кодексе Наполеона: после первой книги, посвященной лицам, вторая книга регулирует обязательства, третья книга — вещные права, а нормы, которые одновременно регулируют вещные и обязательственные права (наследование, способы обеспечения обязательств), являются предметом четвертой книги. Что касается содержания, аргентинский кодекс также обладает множеством собственных положений: в качестве примера можно указать на важность первой части первой книги, посвященной юридическим лицам.

Если, оставив Гражданский кодекс, обратить внимание на другие законодательные акты, то мы увидим ту же технику составления. Содержание может быть оригинальным, работа юристов и доктринальное освещение отличаться от того, что они представляют на европейском континенте, и все же — об этом говорит и большинство аргентинских правоведов — правовая система Аргентины принадлежит к семье романо-германских систем.

II. Бразилия

Библиография. Association française des constitutionnalistes: La nouvelle République brésilienne (Essai sur la Constitution du 5 octobre 1988), Economica, 1991. *Joaquim B., Barbosa Gomes*. La cour supreme dans le système juridique brésilien, LGDJ, 1994. *Claudio Santos*. Qu Brésil, in t. XLIV des Travaux de l'Association Henri Capitant, La circulation du modèle juridique français, Litec, 1993. *Arnold Wald*. Brésil, ed. loc.

259. Бразилия, современная история которой начинается в 1500 г. с высадкой в Порту Сегуро португальского мореплавателя Педро Альвареса Кабрала, после получения статуса португальского вице-королевства в 1720 г., стала в 1822 г. независимой империей, а в 1889 г. — федеративной республикой. Бразилия как федеративное государство, объединяет 22 штата и пережила в XX в. несколько различных властных режимов.

260. Современные политические институты. Действующая Конституция датируется 5 октября 1988 г.: она установила президентский режим по американской модели. Верховный федеральный суд следит за конституционностью законов по примеру Верховного суда Соединенных Штатов (о неконституционности закона можно заявить и в обыкновенных судах, но тогда признание неконституционности будет иметь силу только для сторон). Как и в Соединенных Штатах, здесь существует двойная судебная система: федеральная судебная система и судебная система штатов. С 1988 г. крупные комиссии контролируют важные сектора экономической и социальной жизни: конкуренцию, энергетику, телекоммуникации. Все они являются независимыми юридическими лицами и располагают прерогативами публичной власти.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Ophavsretligt beskyttet materiale

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

261. Частное право. Кодификация началась в XIX в.

В Торговом кодексе чувствуется французское влияние, особенно при разграничении сферы применения торгового права с использованием субъективного критерия в отношении торговых сделок (торговыми сделками являются сделки, совершенные коммерсантами). Кодекс все еще является действующим, но он претерпел значительные изменения, а многочисленные специальные законы ограничили его значимость.

Для принятия Гражданского кодекса следовало дождаться момента, когда начнут утверждаться законы португальского происхождения. Качественный проект уже в 1860 г. был подготовлен Тейкейрой де Фрейтасом. Но парламент нашел этот проект, объединяющий гражданское и торговое право и относящий к ведению Гражданского кодекса положения, регулирующие трудовые отношения, слишком смелым. Тем не менее проект послужит будущему кодексу, образуя одну из его основ. Однако руководитель законодательной работы, Кловис Бевилаке, будет опираться и на множество других источников, осуществляя важную работу в области сравнительного правоведения. Он будет руководствоваться французской моделью, но в еще большей степени моделью немецкой: совершенно свежий ГГУ был на пике своего престижа.

Первый Гражданский кодекс Бразилии был принят 1 января 1916 г. Кодекс содержал, как и ГГУ, общую часть, и по важному вопросу частного права, договору купли-продажи, он закреплял дуалистичную и формализованную немецкую концепцию. Но в своей совокупности юридические факты были изложены на французский манер, а гражданская ответственность регулировалась нормами, напоминающими нашу ст. 1382 и след. Ревизия кодекса произошла в 1949 г. Новый кодекс был принят в январе 2002 г. Не являясь революционным, кодекс стал гораздо более эгалитарным (были расширены права женщин), в нем можно заметить влияние недавно принятого Гражданского кодекса Квебека.

III. Подгруппа в рамках романо-германской семьи

262. Разнообразие государств. Влияние Гражданского кодекса Чили. Талантливые компаративисты полюбили рассуждать о группе правовых систем Латинской Америки, хотя разница в размерах государств, отличительные особенности их политического опыта призывают не торопиться с обобщениями. Существуют крупные государства, в отношении которых можно проводить параллели с Аргентиной и Бразилией: это относится к Мексике[1]. Небольшие государства обладают своим оригиналь-

[1] После долгого периода колониальной зависимости Мексика в 1867 г. провозгласила себя свободной нацией. Мексика является федеративным государством, которое объединяет 29 штатов, две федеральные территории и федеральный округ, которым является город Мехико, столица федерации. В стране установлен президентский поли-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ным опытом, который отражается на всем правовом ансамбле. Гражданский кодекс Чили, разрабатываемый в течение многих лет Андресом Белло, принятый в Чили 14 декабря 1855 г. и вступивший в силу 1 января 1857 г., оказал свое влияние на всю Латинскую Америку[1]. Куба прославилась тем, что поставила себя особняком в латиноамериканском мире, установив правовую систему, заимствующую черты систем социалистического права. Тем не менее на этом континенте смогли разглядеть правовой ансамбль, принадлежащий к семье романо-германских систем.

А. Преобладание черт, которые обосновывают принадлежность к романо-германской семье

263. В техническом плане правовые нормы являются кодифицированными или включаются в законы, которые своей редакцией скорее напоминают европейские законы, чем законы английские или законы Соединенных Штатов. Если судебные решения и играют важную роль, то роль законов все же остается преобладающей, а чтобы осветить, оживить правовую жизнь, юристы стран Латинской Америки часто вдохновляются немецкой, французской и итальянской доктриной. Даже в сфере публичного права, где исторически влияние американского права было определяющим, эволюция привела к значительному удалению от американской модели. Тем не менее с недавнего времени ученые стали подчеркивать значимость влияния права Соединенных Штатов на некоторые области, регулируемые частным правом. Все эти данные в совокупности могут оправдать идентификацию подгруппы правовых систем Латинской Америки в рамках романо-германской семьи. Однако некоторые отличительные черты позволяют нам говорить об определенной самобытности.

Б. Отличительные черты, оправдывающие выделение подгруппы

264. Определенный эклектизм. Если влияние европейских кодифицированных правовых систем и является преобладающим, то чаще всего оно осуществляется опосредованным образом, благодаря работе компаративистов, которые выбирают то, что представляется им наилуч-

---

тический режим. Президент федерации избирается на 6 лет (он не может избираться повторно) и осуществляет большинство функций исполнительной власти. Законодательная власть принадлежит двум палатам парламента: Палате депутатов и Сенату.

[1] Андреас Белло (1781–1865), безусловно, находился под влиянием Кодекса Наполеона, однако «его кодекс» не является простым заимствованием французского кодекса в отличие от первых кодексов, принятых в Центральной и Южной Америке. Белло также черпал свои знания из традиционных испанских институтов и римской доктрины.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

шим в зарубежных источниках, понимаемых к тому же весьма широко (законы, судебная практика, доктрина): французское, немецкое, а также итальянское право были изучены здесь с особой тщательностью, и по некоторым вопросам законодатель пошел именно по их пути. В зависимости от областей отмечается следующее влияние: в отношении гражданского права это будет французский Гражданский кодекс или Германское гражданское уложение вместе с соответствующей доктриной; в отношении гражданского процессуального права заимствование, скорее всего, придет из Италии. Но важность элементов, «экспортированных» из систем общего права, также не должна оставаться без внимания. Подражание федеральной системе и конституционному контролю, опробованному в Соединенных Штатах, без сомнения, заслуживают нашего внимания в первую очередь. Тем не менее существуют и другие значительные заимствования. На стыке публичного и частного права можно отметить закрепление права на неприкосновенность личности и учреждение крупных регулирующих комиссий. В частном праве выделяют заимствование английского траста и адаптацию некоторых аспектов американского договорного права.

265. Верность некоторым «историческим институтам». В зависимости от государств выделяют те или иные институты, которые воспринимаются в качестве наследия, восходящего к традициям или отдельным национальным проблемам.

266. Движение по интеграции. В XX в. существование МЕРКОСУЛА[1] явилось важным фактором эволюции национальных правовых систем. Соглашения, заключенные в Оуро Прето в декабре 1994 г. между Аргентиной, Бразилией, Парагваем и Уругваем, образовали зону свободной торговли и Таможенный союз. Также существует Ассоциация по латиноамериканской интеграции *(ALADI)*.

---

1 26 марта 1991 г. Бразилия, Аргентина, Парагвай и Уругвай подписали Ассуньсьонский договор об основании южноамериканского общего рынка МЕРКОСУЛ. Ассоциированными членами этой региональной оргранизации экономического сотрудничества являются также Чили и Боливия: эти государства подписали соглашения о формировании зоны свободной торговли, но не участвуют в таможенном союзе. Договор был оформлен в виде создания таможенного союза и частичного ввода в действие зоны свободной торговли с 1 января 1995 г. Целью МЕРКОСУЛ является обеспечение свободного передвижения капитала, рабочей силы и услуг между четырьмя странами, которые договорились применять единую импортную квоту на ввоз определенных товаров. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 4

ПРАВО В РОССИИ И В НЕКОТОРЫХ ГОСУДАРСТВАХ, СОСТАВЛЯВШИХ СОЦИАЛИСТИЧЕСКУЮ ПРАВОВУЮ СЕМЬЮ

Библиография. *R. Clark, F. Felgbrugge. S. Pomorski.* International and National Law in Russia and Eastern Europe, Essays in honor of Georges Ginsburg, Nijhoff, 2001. *René David, Camille Jauffre-Spinosi.* Op. cit. *G. Ginsburgs, B. Barry, W.B. Simons.* The Revival of Private Law in Central and Eastern Europe, Essays in honor of F. Felbrugge, Nijhoff, 1996. *E. Lhomel.* L'Europe centrale et orientale: dix ans de transformations, La documentation français, 2000. *Jean-Pierre Massias.* Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est, PUF, 1999.

267. Право значительного числа европейских государств пережило в XX в. несколько противоречивых периодов, поскольку в течение нескольких десятилетий эфемерное федеративное государство, каковым являлся СССР, предоставило своим республикам право, которое стало использоваться в качестве модели другими государствами, привязанными к Советскому Союзу. Мы были вынуждены идентифицировать семью систем социалистического права, реальность и жизненная сила которой была неоспорима до 1980-х гг.; после этого образовались трещины, и все завершилось сенсационным расколом. Необходимо восстановить в памяти то, что представляла собой эта семья социалистических систем права, поскольку она занимала важное место в работах компаративистов второй половины XX в., и следует сначала предположить, что концепция государства и права, пользующаяся тогда уважением, все еще может объяснить некоторые пережитки. Чтобы продемонстрировать силу влияния этого права, следует сначала изложить эволюцию Российской империи к

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

СССР и семье социалистических правовых систем. Однако право России, которое начало новый отсчет, является в настоящее время достаточно организованным, чтобы анализировать его само по себе. Проведя этот анализ, можно задаться вопросом: может ли право России явиться моделью для отдельной правовой семьи, или же оно само стоит на пути интеграции в семью романо-германских систем, по примеру других стран, ранее входивших в социалистическую правовую семью?

Раздел 1

ОТ РОССИИ ИСТОРИЧЕСКОЙ К «НОВОЙ РОССИИ»

§ 1. От России к СССР и к семье социалистических правовых систем

268. Многие из тех, кто изучали историю права древней Руси, а затем пытались понять и объяснить правовую систему СССР, подчеркивали в первую очередь «слабость правовой традиции» в России. Может быть, эта слабость является преувеличенной.

269. Рюрик и Владимир. Часто историю России ведут от конца первого тысячелетия, с развития Киевской Руси. В 862 г. Рюрик, вождь племени варягов, установил здесь свою власть. Летом 989 г. один из его наследников, Владимир, женился на дочери византийского императора и принял крещение[1]: отныне Киевская Русь будет являться государством, с которым будут считаться в мировой истории. Тем не менее оно утратит свою независимость на два с половиной века. После освобождения царская империя будет реорганизовываться: сначала из Москвы, а затем подключив еще и Санкт-Петербург.

I. Право России до Петра Великого

270. Три периода.

Период Киевской Руси

Право древней Руси, сопоставимое по некоторым показателям с правовыми системами, применявшимися тогда в Западной Европе, не было

---

[1] В российской исторической литературе крещение Владимира и его брак с принцессой Анной, сестрой императора Василия II, относят к 988 г. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

лишено самобытности, поскольку оно состояло, с одной стороны, из местных обычаев, с другой стороны, из византийских номоканонов.

Обычаи Киева являлись не племенными обычаями, но территориальными. Их положения указывали на феодальный режим и свидетельствовали о наличии более развитого общества, чем скандинавские или германские племена той эпохи. Первая простейшая кодификация произошла в первой половине XI в. (1018): совокупность сборников обычаев будут называть «Русская правда».

Византийские номоканоны, которым подчинялась церковь, применялись непосредственно в отношении клириков и лиц, проживающих в пределах земельных границ церкви. Поскольку последняя пользовалась большим влиянием, византийское право обладало авторитетом в древней Руси (его следы обнаруживаются в содержании обычаев). Номоканоны были переведены на славянский язык в XIII в.: совокупность номоканонов, применявшихся на Руси, называют Кормчей книгой.

Право периода монгольского господства (1236–1480)

Золотая Орда в 1236 г. положила конец Киевской Руси, и в течение долгого периода монгольского господства не происходило никакого совершенствования права.

Публичное право, на которое оказала влияние монгольская концепция власти, являлось элементарным: Великий хан требовал немедленного и полного подчинения, и Московский князь, являющийся его наместником, переместил этот принцип на свои собственные отношения с подданными. Властная резиденция отныне находилась в Москве.

Частное право оставалось полностью замороженным. Монголы не были заинтересованы в его эволюции, поскольку у них существовали свои обычаи. Покоренные россияне привязывались к своим традиционным институтам и старались их сохранить. Влияние духовенства (а, следовательно, и византийского права) продолжало расти.

Право в период с 1480 г. до Петра Великого

Иван Третий освободил страну в 1480 г. и установил режим абсолютной власти, в котором царь претендовал на объединение двойного наследия — монгольской власти и власти Византии, перенять эстафету которой ему показалось легитимным после падения Константинополя в 1453 г. Самодержавному царю божественного права подчинялся каждый, и сама церковь уважала его власть. Эволюция общества и права не могла осуществляться решительным образом, хотя и предпринимались важные попытки по реформированию правосудия, а также произошло несколько ревизий законов.

Тем не менее сам Иван III претендовал на роль законодателя. Домострой, составленный в его время, содержал правила хорошего поведения в религиозной и социальной жизни. В течение долгого времени он будет

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

«неоспоримой догмой в обыденной российской жизни»[1]. В 1497 г. был принят Княжеский судебник, который, по мнению историков, дал России ее первые писаные законы.

В 1550 г. Иван Грозный, младший сын Ивана III, принимает Царский судебник, который не реформировал предшествующие нормы, но упорядочивал их, для того чтобы все судьи применяли одни и те же законные предписания. Были восстановлены бывшие местные суды; отныне в судах наряду с судебными чиновниками заседали магистраты, избираемые местными обществами. Домострой полностью удовлетворял царя. В 1551 г. он также предпишет осуществить издание Кормчей книги.

В свою очередь, царь Алексей Михайлович в 1649 г. произведет кодификацию Русской правды, которая будет состоять из 25 глав и 963 статей. Он пересмотрит редакцию Кормчей книги, подготовленную при Иване Грозном, и осуществит официальное издание нового текста.

II. Право России после Петра Великого

271. Считается, что именно в 1689 г. тот, кто будет править под именем Петра I и кого будут величать Петром Великим, установит свою власть в России. При нем начнут прорубать окно в Европу, что будет иметь свои проявления в сфере права.

С 1689 г. до Александра Первого

Петр Великий не осуществил правовой реформы, хотя под его началом была проведена крупнейшая модернизация страны.

Сменявшие друг друга комиссии, на которых была возложена задача по кодификации (руководствуясь шведской моделью), не достигали положительного результата. Частично проведенные реформы были несовершенны по причине существования слабой правовой системы.

Тем не менее следует подчеркнуть создание им в 1722 г. прокуратуры под руководством Генерального прокурора, задача которого состояла в наблюдении за законностью действий всех органов, входящих в состав правительства, как если бы за ними наблюдало «око государево».

Екатерина Великая (1762–1796) обладала, по мнению одного из ее биографов, настоящей «закономанией»[2]. Она пожелала разработки кодекса, основанного на доктринах естественного права, но этот кодекс не имел шансов на реализацию. Тем не менее в уголовной сфере в 1767 г. были составлены Наказы, вдохновляемые работами Беккария, которого Екатерина пригласила в Россию.

---

1 *H. Troyat.* Ivan Le Terrible, Flammarion, Paris, 1982.

2 А. Труайя.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Первые этапы модернизации права

Модернизация права началась в XIX в., но она оставалась ограниченной.

Александр I, вдохновляемый французским примером, поручил своему Министру Сперанскому подготовить реформу права. Сперанский принялся за приведение в порядок законодательства, но его труды были завершены только при Николае II, который ничего не хотел менять в содержании законов.

В 1830 г. были опубликованы 46 томов законов, принятых с 1649 г. Из них извлекли действующие законы, для того чтобы составить из них компиляцию, — Свод законов, принятый в 1832 г. и содержащий 42 тыс. статей, объединенных в 15 томов. В них может быть обнаружено французское и немецкое влияние. Тем не менее все это было далеко от современной кодификации.

Развивающиеся либеральные идеи нашли некоторое одобрение царя Александра II. Это и стало началом обновления права. Первый Уголовный кодекс опубликован в 1845 г. Крепостничество отменено в 1861 г. Судебная реформа 1864 г. преобразовала судебные органы и процедуры, следуя в зависимости от институтов французской (как в случае с прокуратурой) или немецкой модели.

Модернизация права, тем не менее оставалась очень ограниченной. Она не распространилась на гражданское право, и до 1917 г. так и не будет принято настоящего Гражданского кодекса. В отдельных сферах за модернизацией следовала реакция. Так, необходимость репрессий, связанная с развитием терроризма в конце века, привела к изъятию из ведения суда присяжных дел с политическим оттенком. Но даже в сфере общеуголовного права политическая власть препятствовала осуществлению правосудия. История объясняет изумление тех, кто изучает право России, перед малым доверием русских к праву и отсутствием интереса к нему.

§ 2. Закрепление марксистской концепции государства и права и ее претворение в общественно-политических институтах

272. Когда пришел Ленин. Ленин и его соратники будут актерами, скорее, даже ремесленниками одного из самых значимых событий в истории. Они вознамерятся построить общество в соответствии с определенной идеологией — марксизмом, каким он поначалу мыслился Марксом и Энгельсом, а затем был адаптирован Лениным.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

I. Теория государства и права в марксистско-ленинской идеологии

273. Постулаты, логика. Марксизм, марксизм-ленинизм обладает своими базовыми постулатами, возможно, оспоримыми с точки зрения философии, но подчиняющимися определенной логике.

A. Основные философские постулаты

Марксизм является универсальной философией, претендующей на объяснение всего мира и представляющий себя как руководство к действию.

Материя, определенная как несознающая действительность, является основной действительностью. Эта материя находится в становлении (действительность имеет свою историю, поэтому можно говорить об «историческом материализме»). Становление осуществляется согласно закону существования, который, по мысли марксистов, можно наблюдать научным образом, диалектическому закону, сформулированному Гегелем, который, тем не менее строил свои рассуждения исходя из духовной действительности (этот закон существования состоит в порождении своей противоположности, что приводит, таким образом, к процессу, прогрессу). Марксистский детерминизм не является, однако, детерминизмом механистическим, он оставляет место свободе человека и возможности его влияния на историю посредством деятельности (практики).

В анализе общества, материей, а, следовательно, и основной действительностью должна рассматриваться система производства, а мораль, религия и право являются ее надстройкой[1]. Диалектический закон, действующий в этой основной действительности, заставляет различные системы производства следовать друг за другом.

Со сменой систем производства связан феномен классовой борьбы. Энгельс показал, что в примитивном обществе не существовало ни классов, ни права: в нем каждый имел по своим потребностям. Разделение социального труда породило классы, один из которых, ставший хозяином средств производства, стал эксплуатировать другой. Тогда появились государство и право. Классы вступают в борьбу, поскольку согласно диалектическому закону новая система производства реализуется тем классом, интересы которого противостоят интересам класса-хозяина средств производства. Но условия бесклассового общества вновь восстановятся в коммунистическом обществе, где каждый будет иметь по своим потребностям.

---

[1] Работа Маркса «Критика политической экономии» содержит множество формулировок, способных подтвердить этот тезис.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Перенесение понятий в новую концепцию государства и права

Государство и право являются двумя взаимодополняющими понятиями, связанными с классовой борьбой. Речь идет о социальных инструментах, посредством которым класс, находящийся у власти, желает сохранить свои привилегии в противостоянии с другим классом.

Государство представляет собой органические институты, а право — социальные нормы и приемы, однако и право, и государство формируют ансамбль с единым значением и одинаковой конечной целью. К тому же право и государство являются временными явлениями, поскольку они связаны с классовой борьбой, которая не всегда существовала и не всегда будет существовать, и они исчезнут вместе с ней.

Теория отмирания государства и права имеет важное значение в мысли юристов, воплощающих марксизм-ленинизм. Тем не менее отмирание государства и права произойдет только в построенном коммунистическом обществе, где каждый будет иметь по своим потребностям. Для этого общества, как и для примитивного общества, будет достаточным существование норм морали и обычаев. Каждый будет соблюдать их неосознанно, и ни один человек в обществе не сможет больше чувствовать несправедливость.

Во время переходной фазы строительства нового общества государство и право должны быть сильными и являться инструментами борьбы против внутренних и внешних врагов, противостоящих возведению коммунизма пролетариатом, который приведен к власти историей, чтобы осуществить эту задачу. Концепция «социалистической законности» будет разработана для того, чтобы охарактеризовать государство и право этого периода, которые имеют своей окончательной и важнейшей целью создание общества, в котором каждый будет иметь согласно своим потребностям.

II. Реализация марксистской концепции государства и права

А. Крупные этапы

274. Можно различить несколько периодов в жизни социалистического государства, сильно отличающихся друг от друга.

1. Революционные годы

После октябрьской революции 1917 г., в течение около четырех лет, которые можно определить как «революционные годы», наблюдалась большая путаница.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Говорили о «пропагандистской законности». Государство основывалось на представительстве рабочих и солдат. Декрет от 22–24 ноября 1917 г. предписывал, что предшествующее законодательство остается в силе только в той мере, в которой оно не противоречит социалистическому сознанию права. Были созданы революционные суды. 10 июля 1918 г. была принята Конституция Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (отныне новое государство часто будут обозначать аббревиатурой РСФСР). Декрет от 30 ноября 1918 г. отменил царское законодательство, а суды должны были выносить свои решения согласно «социалистическому сознанию права». Были приняты первые «Руководящие указания».

2. НЭП

С лета 1921 г. для обеспечения восстановления экономики революционные принципы стали проводится в жизнь менее радикальным образом. Руководители государства даже допустили восстановление частных предприятий под строгим контролем государства.

Будет укрепляться концепция «социалистической законности», которая вследствие разногласий среди теоретиков режима обретет большую глубину. Речь должна идти, с одной стороны, о законности, порождающей определенные положения и институты, которые будут навязываться принудительным образом, чтобы изменить общество, воспитать граждан и бороться против внутренних и внешних врагов. Но, с другой стороны, эта законность является «социалистической», поскольку ей предписана конечная цель по созданию коммунистического общества. Выражение прекрасно соответствует переходному этапу, после которого государство и право отомрут, но только при условии реализации конечной цели.

НЭП является периодом, в котором уделялось большое внимание законотворческой работе. С 1922 г. будет принят целый ансамбль законов, среди которых выделяются Уголовный кодекс и Гражданский кодекс. Конституция от 31 января 1924 г., которая юридически оформила образование СССР (РСФСР и другие республики бывшей России, в частности, Украина и Белоруссия, будут объединены в федеративное государство), почти сразу же приведет к повторному опубликованию этих законов, с необходимыми поправками и дополнениями, принимающими в расчет новую организацию государства: отныне станут разрабатываться Основы, которые будут с точностью воспроизводиться в республиках.

3. Сталинские годы

В 1927 г. началось то, что можно назвать второй революцией. НЭП возымел относительный успех, создавая угрозу для будущего комму-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

низма. Была сформулирована новая политика, нацеленная на интенсивную индустриализацию страны и коллективизацию сельского хозяйства; она осуществлялась в рамках пятилетних планов. Сталин утвердил свою диктатуру на 25 лет, физически устраняя большинство людей, находящихся по отношению к нему в оппозиции. Кулаки были депортированы или ликвидированы.

С 1928 по 1936 год были приняты многочисленные законы, содержащие жестокие репрессивные меры. Коллективизация сельского хозяйства осуществлялась с 1930 по 1937 годы, торговля была национализирована, по крайней мере в городах. Сталинские «чистки» приобрели показательный характер (процесс по делу маршала Тухачевского 1937 г.[1]).

Конституция 1936 г. искусно определила социалистическое государство и право, формулируя их задачи. Она была воспринята некоторыми как возможная отправная точка в либерализации режима (гл. X была посвящена основным правам и свободам граждан). Но данная ей интерпретация и последующее практическое применение показали, что государство и право стали еще более репрессивными.

С 1936 г. до смерти Сталина (5 марта 1953 г.) протекал долгий период абсолютной диктатуры, к которой добавились военные и послевоенные тяготы, породившие весьма жесткую политику в отношении всех республик.

4. К закату СССР

После смерти Сталина цели руководителей не изменились, но террор прекратился, хотя уголовное право оставалось жестоким, особенно в отношении оппозиции.

Начиная с 1958 г. за несколько лет был обновлен весь ансамбль законов как на уровне СССР, федеративного государства с его Основами, так и на уровне кодексов различных республик. Лишь в некоторых сферах применялись единообразные законы (Воздушный кодекс).

В 1977 г. был пересмотрен текст Конституции. Однако брежневская Конституция не стала отправной точкой для новой ревизии законодательства, она, скорее, рассматривалась как венец уже провозглашенной либерализации законов.

Приход Горбачева к власти привел к пересмотру марксистско-ленинской концепции государства и права и к исчезновению СССР в конце 1991 г.

---

[1] Маршал Тухаческий был арестован в мае 1937 г., а 11 июня 1937 г. в прессе появилось официальное сообщение о вынесении секретным заседанием военного трибунала смертного приговора обвиненному в шпионаже и предательстве Тухачевскому. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Некоторые характерные параметры «советского права»

1. Основы права

275. Право формальной законности. То, что называют советским правом, заложившим основы для семьи систем социалистического права, не являлось правовой системой, отличающейся великим техническим совершенством.

Закон являлся главным основанием права. Редакция законов напоминала немецкий или французский метод. Он являлся объектом аутентического толкования, осуществляемого Президиумом Верховного Совета, и его конечная цель превалировала при его реализации.

Правосудие в СССР понималось главным образом как совокупность институтов, обязывающих к соблюдению законов, а также осуществляющих воспитание граждан. В судах заседали профессиональные судьи, избираемые на пять лет, и народные заседатели, избираемые на два с половиной года и участвующие в отправлении правосудия не более двух недель в год. Народные суды обладали в первой инстанции компетенцией по рассмотрению всех дел (однако определенные дела, особенно уголовного порядка, относились к ведению вышестоящих по иерархии судов). В каждой республике существовали разнообразные вышестоящие суды и Верховные суды республик. Верховный Суд СССР стоял на вершине системы. Не следует искать здесь какого-либо эквивалента судебной практики в ее немецком или французском понимании. Однако Верховный Суд обладал полномочием по принятию обязательных для нижестоящих судов директив. Экономические споры подлежали рассмотрению специальных судов, Государственных арбитражей, которые осуществляли работу под контролем Главного государственного арбитра СССР. Главный арбитр СССР также обладал полномочием по принятию директив в сфере своей компетенции.

Выделенная из состава судебных органов, прокуратура обладала функцией, основополагающей для советского права. Это учреждение получало в силу самой Конституции задачу по защите социалистической законности, обязывая к ее соблюдению все государственные органы. Генеральный прокурор СССР, являющийся ее главой, руководил очень разветвленным и влиятельным корпусом чиновников. Влияние прокуратуры на правосудие было значительным.

2. Примеры институтов

276. Ключевые понятия собственности и договора, которые в английской, французской и немецкой правовых системах довели частное право до технического совершенства, не обладали такой силой в советском праве. Собственность являлась прежде всего социалистической собственностью. Понятие договора будет применяться только в ограни-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ченной сфере и в отношении объектов пониженной экономической важности. Гражданское право в значительной степени утратило свое значение. Напротив, уголовное право приобрело важнейшую роль.

Собственность

В логике марксизма-ленинизма было такое определение режима имущества, которое не позволяло бы больше одним гражданам эксплуатировать других. Коллективизация средств производства предполагала рождение новых категорий в рамках права собственности. Социалистическая собственность становится главной формой собственности, оставляя лишь небольшую область для личной собственности.

Социалистическая собственность охватывала, с одной стороны, собственность государства, а с другой стороны, социалистическую негосударственную собственность. Согласно ст. 11 Конституции «государственная собственность — общее достояние всего советского народа, основная форма социалистической собственности». Ее сфера значительна: недвижимое имущество (земля, недра, вода, леса, большая часть городского жилищного фонда), основные средства производства в промышленности, строительстве, сельском хозяйстве, средства транспорта и коммуникаций, банки, имущество торговых, коммунальных и других предприятий, организованных государством, «другое имущество, необходимое для осуществления задач государства». Государство не использовало все имущество непосредственно: оно могло предоставить имущество колхозам, другим кооперативным или общественным организациям, за исключением частных организаций. Однако это имущество не могло являться объектом частных сделок.

Негосударственная социалистическая собственность — это собственность колхозов, профессиональных союзов и других общественных организаций. Этот режим не распространялся на имущество, предоставленное государством (особенно на землю, предоставляемую колхозам), но имел объектом средства производства или другое имущество, необходимое для осуществления уставных задач.

Личная собственность была предусмотрена в ст. 13 Конституции. Граждане имели право пользования земельными участками, предоставленными для ведения «подсобного хозяйства» или возведения индивидуальных домов. Право полной собственности распространялось на трудовые доходы и на некоторое имущество, приобретенное на такие доходы (объекты личного пользования и потребления, объекты комфорта, жилые дома небольшой площади, имущество, позволяющее иметь «подсобное хозяйство»).

Преступления, санкционирующие антисоветские деяния

Уголовное право имело чрезвычайное значение в СССР, не только потому, что смысл существования государства и права состоял в уста-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

новлении определенного типа общества, но также потому, что денежные гражданско-правовые санкции, особенно в рамках гражданской ответственности, не могли обладать настоящим значением при национализированной экономике.

Чтобы привести в качестве примера несколько характерных преступлений, мы будем использовать положения Уголовного кодекса РСФСР 1960 г. (с этих положений были, если можно так сказать, скопированы тексты уголовных кодексов других республик). В особенной части кодекса, в главе первой были определены и санкционированы «преступления против государства». Различали особо опасные преступления и другие преступления. К особо опасным преступлениям относились «антисоветская агитация и пропаганда», ст. 70 была несколько раз использована как основание для уголовного преследования писателей. Глава вторая была посвящена преступлениям против социалистической собственности, глава шестая экономическим преступлениям. В главе девятой, определяющей и санкционирующей «преступления административного порядка», ст. 190-3 касалась участия в запрещенных манифестациях и также использовалась против интеллектуалов, враждебных режиму. Глава 10 «Преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения» начиналась с квалификации хулиганства, наиболее часто используемой репрессивными органами для наказания членов оппозиции (помимо простого хулиганства, предусматривалось хулиганство средней тяжести и особо тяжкое).

Раздел 2

НОВОЕ ПРАВО РОССИИ

Библиография. *René David, Camille Jauffret-Spinosi.* Op. cit. *G. Ginsburgs.* From Soviet to Russian International Law, Nijhoff, 1998. *Alexeiev.* Les perspectives de développement du droit privé en Russie, RID comp. 2001. *Catherine Krief-Verbaere.* Recherches sur la notion d'ordre public en droit interne russe à l'aune du droit français (Etude de droit privé sur l'ordre public en droit comparé français et russe): RID comp. 2002.

277. Заимствования и утверждение собственных характеристик. По числу своих жителей, по историческому престижу, по своему политическому и экономическому потенциалу Россия, пережившая долгий период СССР, по-прежнему является одним из самых видных государств мира. Ее право, следовательно, заслуживает места среди «великих систем современного права», даже если оно находится на реконструкции и подвержено динамике, усложняющей его понимание. Тем не менее черты новой правовой системы России уже вырисовываются.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

О становлении правового государства свидетельствуют новые публичные институты. Частое право стало играть роль инструмента, необходимого как для развития новой экономики, так и для увеличения свободы граждан в организации их частной жизни и взаимоотношений друг с другом.

Помимо описания некоторых исторических решений, для освещения права новой России можно обратить внимание на разнообразные влияния, которые проявились в заимствовании немецких, французских и даже американских институтов, их прямом или опосредованном воздействии. В качестве примера можно привести разработку нового Гражданского кодекса, моделью для которого, кажется, послужил Гражданский кодекс Нидерландов. Но в силу различного характера этих заимствований и подражаний праву России будет легче утверждать свои собственные черты.

§ 1. Новые публичные институты

278. Российская Федерация как сложный ансамбль, закрепленный Конституцией. Действующая Конституция была принята 12 декабря 1993 г. и вступила в силу 25 декабря. Она закрепляет правовой характер государства в России и избирает для его управления республиканскую форму государственного устройства. Как и германская и американская конституции, она действительно предстает в качестве Основного Закона. Она дает федерации ключевые основания ее функционирования, провозглашает неприкосновенные права граждан, устанавливает иерархию норм, которая содействует приданию праву России своего облика и даже своей самобытности.

I. Ключевые основания

279. Федерация и ее субъекты. Российская Федерация состоит из субъектов, т.е. автономных членов различного характера и значения: республик, областей, городов федерального значения, автономных округов и автономной области. Все эти единицы провозглашены равными в правах субъектами Российской Федерации (число субъектов достигает 89[1]). Конституция наделяет федеральные органы обширнейшими полномочиями. Она также фиксирует основания децентрализации, стремясь уравновесить различные полномочия.

---

[1] По состоянию на 1 июня 2010 г. Российская Федерация насчитывала 83 субъекта. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

A. Исполнительная власть

280. Президентская система. Конституция наделяет Президента федерации значительными полномочиями, делая из правительства орган по проведению ключевых решений, которые лишь отчасти являются его собственными.

Президент федерации является важнейшим, символическим органом. Он избирается на основании всеобщего избирательного права. Срок его полномочий определен в четыре года, он может быть продлен на тот же срок, но только один раз. Предусмотрена процедура отстранения от должности по американской модели импичмента: она возможна только в случае совершения государственной измены или тяжкого преступления. Некоторые положения Конституции носят общий характер (см. ст. 80) и могли бы потерять свое значение при отсутствии ряда важных прерогатив. Президент назначает Председателя Правительства и по представлению последнего членов Правительства. Именно он определяет национальную политику, претворяемую в жизнь правительством. Глава исполнительной власти — Президент обладает полномочиями, распространяющимися и на законодательную сферу. Он может принять решение о проведении референдума, а также предлагать проекты законов. При отсутствии закона или во исполнение закона Президент уполномочен на принятие указов, которые будут обладать силой федеральных законов. Президент может распустить Государственную Думу.

Тем не менее Правительство также играет важную роль (ст. 110 и след. Конституции), поскольку, если оно и должно соблюдать ориентиры, определенные Президентом, то при этом ему подчиняются все государственные органы. Оно имеет право самостоятельно принимать постановления и распоряжения при условии соблюдении Конституции, федеральных законов и других нормативных актов (ч. 1 ст. 115).

Б. Законодательная власть

281. Две палаты. Законодательная власть осуществляется Федеральным Собранием. Его составляют две палаты: Государственная Дума и Совет Федерации, члены которых одинаково избираются на четыре года. Государственная Дума состоит из 450 депутатов. Они избираются по мажоритарной избирательной системе в один тур по пропорциональному представительству[1]. Совет Федерации объединяет 178 членов,

[1] С 2007 г. депутаты Государственной Думы избираются по пропорциональной системе (по партийным спискам). — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

избираемых по всеобщей мажоритарной системе в один тур[1], согласно нормам, соблюдающим равенство между субъектами Федерации: каждый субъект имеет два представителя от законодательной и исполнительной власти.

Осуществление законодательной власти не является больше эпизодическим, как это было в рамках СССР. Члены двух палат могут представлять проекты законов (Президент и Председатель Верховного Суда также обладают правом законодательной инициативы[2]). Обе палаты проводят голосование, но заседают раздельно, и Дума играет доминирующую роль. Президент обладает правом вето, которое может быть преодолено: проект закона может быть принят, если в его поддержку проголосует каждая палата в две трети голосов.

Помимо своих полномочий по законодательной работе в собственном смысле слова, Дума обладает иными важными прерогативами. Она должна давать свое согласие на кандидатуру Председателя Правительства, предложенную Президентом. Перед ней несет ответственность Правительство: абсолютным большинством своих членов она может проголосовать за недоверие Правительству. Совет Федерации также обладает некоторыми собственными полномочиями: так, именно он в случае необходимости уполномочивает Президента на использование Вооруженных Сил, он обладает также в силу ч. 2 ст. 129 Конституции правом назначать Генерального прокурора Российской Федерации по предложению президента, а также освобождать его от занимаемой должности. Закон наделяет его также правом назначения на высшие судебные должности по представлению Президента.

Возможность роспуска Думы Президентом предусмотрена ст. 117 Конституции в двух кризисных ситуациях: это может произойти в случае двойного вотума недоверия к Правительству, выраженного в короткий период (три месяца), или трехкратного отказа утвердить кандидатуру Председателя Правительства, предложенную Президентом.

B. Конституционные основы правосудия

282. Признание судебной власти. Большая седьмая глава Конституции касается правосудия. Часть 2 ст. 118 содержит словосочетание «судебная власть», и последующие положения предоставляют судам и

---

1 С 2000 г. Совет Федерации состоит из представителей, избранных законодательными (представительными) органами государственной власти субъектов РФ, или назначенных высшими должностными лицами субъектов РФ (руководителями высших исполнительных органов государственной власти субъектов РФ). — *Примеч. переводчика.*

2 В соответствии с ч. 1 ст. 104 Конституции РФ право законодательной инициативы принадлежит Верховному Суду РФ по вопросам его ведения. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

судьям гарантии, присущие правосудию в правовом государстве. Создание чрезвычайных судов не допускается (ч. 3 ст. 118). Но сама Конституция предусматривает определенную специализацию правосудия.

Конституционный Суд обозначается в Конституции не как политический институт, но как настоящий судебный орган, облеченный значительными полномочиями.

Затем устанавливаются две судебных системы. Судебная система по гражданским, административным и уголовным делам возглавляется Верховным Судом Российской Федерации, функции которого определены в ст. 126 Конституции. Судебная система по экономическим спорам имеет на своей вершине Высший Арбитражный Суд, функции которого сопоставимы с функциями Верховного Суда. Статья 118 поручает федеральному конституционному закону организацию и работу судов, которые осуществляют правосудие на всей территории страны.

Несколько принципов, затрагивающих статус судей, фигурируют в самой Конституции. «Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону». Они несменяемы, их полномочия могут быть приостановлены или прерваны только в соответствии с процедурой и по основаниями, установленными федеральным законом. Требования, предъявляемые к судьям, закреплены в ст. 119. Участие суда присяжных в судопроизводстве является возможным: случаи и условия его участия в отправлении правосудия предусматриваются федеральным законом.

Деятельность судов подчиняется нескольким основным принципам, сформулированным в ст. 123. В ч. 3 этой статьи закреплено: «Судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон».

Г. Органы контроля и регламентации правовой жизни

283. Органы контроля: прокуратура. Конституция непосредственно наделяет некоторые институты важными контрольными полномочиями. Однако большая часть контрольных функций по-прежнему осуществляется прокуратурой, даже если ее роль немного сократилась по сравнению с тем, какой она была во времена существования СССР.

Прокуратура поставлена в ряд судебных институтов ст. 129, которая предусматривает, в частности, субординационный характер этого органа. Его природа, тем не менее является двойственной, и роль прокуратуры не ограничивается вопросами правосудия, поэтому для лучшего представления о ее самобытности (она действительно отличается от прокуратуры в традиционном понимании) следует рассматривать ее как орган контроля, стоящий вне судебных институтов в собственном смысле слова.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Закон от 17 января 1992 г., посвященный статусу прокуратуры после исчезновения СССР, был изменен законом от 10 февраля 1999 г. Прокуратура всегда возвышалась на фоне остальных институтов, однако существуют симптомы сокращения ее действительной значимости.

Структура прокуратуры прекрасно определена в специальном законе. После того как в первой статье (разд. I «Общие положения») утверждается ее природа как единого, централизованного органа по контролю за законностью, разд. II закона развивает положения об организации прокуратуры, назначениях на должность — на федеральном уровне и уровне субъектов — и осуществлении принципа субординации между Генеральным прокурором, его службами и прокурорами других уровней (субъектов, городов, районов).

Функции прокуратуры все еще разделяются на две группы: полномочия по контролю за соблюдением законов всеми органами и специальные полномочия, осуществляемые в судах.

Полномочия прокуратуры по контролю являются объектом раздела III закона. Прокуратура осуществляет контроль за соблюдением всей совокупности законов. С этой целью она располагает важными информационными полномочиями (ст. 22) и полномочиями по совершению различных действий (ей предоставлены различные полномочия: принесение протестов или представлений, в соответствии с положениями, закрепленными в ст. 23, принятие более серьезных решений при соблюдении условий ст. 25, которые даже могут привести к уголовному преследованию). Следует подчеркнуть, что глава 2 этого раздела специально признает за прокуратурой полномочия по контролю за соблюдением прав и свобод человека и гражданина. Специальные полномочия также посвящены контролю за деятельностью органов дознания и следствия (гл. 3), органов и учреждений, осуществляющих исполнение наказаний (гл. 4).

Но прокуратура также обладает важными полномочиями по участию в судебных делах. Закон о прокуратуре предусматривает их в разделе IV. Объем таких полномочий и способ их осуществления уточняется в кодексах, недавно вступивших в силу и регулирующих различные виды судопроизводства. В уголовной сфере прокурор все еще обладает огромными прерогативами. В гражданской сфере они являются менее значимыми. В настоящее время на практике наблюдается конфликт между прокурорами, осуществляющими свои полномочия в прежней манере, и судьями, которые, утверждая свою независимость, намереваются предоставлять прокурорам только те полномочия, которые прямо предусмотрены законом.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Д. Полномочия субъектов и разграничение этих полномочий с полномочиями федеральных властей

284. Субъекты Российской Федерации обладают своими собственными конституционными основами, а в федеральной Конституции гл. 3 определяет их отношения с федерацией. Некоторые вопросы относятся к исключительной компетенции федерации: финансы, оборона, права и свободы граждан, судебная организация, таможня, внешние отношения. По ряду важных вопросов существует совместная компетенция (ст. 72): административное право, семейное право, жилищное право, земельное право, трудовое право. Субъекты независимы, и Конституция провозглашает их равенство. Эти принципы могут лежать в основании конвенционного права, договоров между субъектами и федерацией и договоров между субъектами. На практике существует множество таких соглашений. Но государственная власть осуществляется именно на федеральном уровне.

II. Фундаментальные права граждан

285. Примечательно, что уже начиная с первых глав Конституция формулирует принципы, общие нормы, которые будут оказывать реальное влияние на правовую жизнь, поскольку Конституция обладает прямым действием.

В первой главе, посвященной общим положениям, ст. 2 выражает новую философию, которая отныне будет лежать в основании права: так, в отношении права на труд (ч. 4 ст. 37), права на занятие предпринимательской деятельностью (ч. 1 ст. 34), права собственности (ч. 2 ст. 8), возможности учреждать юридические лица существуют конституционные основания, которые развивают концепцию построения нового российского общества.

Но именно во второй главе Конституции более точным образом формулируются определенные права и свободы человека и гражданина, которые квалифицируются ч. 2 ст. 17 в качестве неотчуждаемых. По своему месту, объему, по тщательности составления эта глава производит большое впечатление. Конечно, опыт подсказывает нам проявлять осторожность в интерпретации (вспоминается, что во времена СССР Конституция 1936 г. послужила основанием великой иллюзии для многих наблюдателей). И, тем не менее по своим внутренним институтам, по своим международным обязательствам сегодняшняя Россия не может больше придавать своим формулировкам лишь пропагандистский смысл. Без сомнения, здесь следует сказать о том, что Россия вступила в Совет Европы, что Европейский Суд по правам человека уже начал осуществлять свой надзор. Следовательно, можно полагать, что подробное описание содержания гл. 2 Конституции не будет напрасным: в ст. 17–64

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

воспроизводятся и закрепляются все права и свободы, с которыми связано современное демократическое государство.

III. Иерархия норм и их толкование

286. Не только Конституция, но также несколько других крупных законов выстраивают иерархию норм, призванных регулировать социальные отношения, принимая во внимание источники их содержания.

Конституция является основанием, на котором строится весь ансамбль (образ пирамиды, которым обычно выражают идею иерархии норм, безусловно, не подходит для данной ситуации), и обладает прямым действием.

Международные договоры также занимают видное место в иерархии, что иллюстрирует желание руководства России интегрировать страну в международное сообщество и сделать из нее правовое государство.

Затем идут законы, указы Президента, постановления Правительства и другие нормативные акты.

Следует ли сюда добавлять судебные решения? Статья 126 Конституции наделяет Верховный Суд Российской Федерации полномочием по даче «разъяснений по вопросам судебной практики». Высший Арбитражный Суд получил на основании ст. 127 такую же прерогативу. Ранее судебные директивы имели большое значение. Без сомнения, сейчас решения высших судебных органов будут иметь еще большее влияние. Кажется очевидным, что следует по-прежнему отводить место их указаниям среди правовых норм.

Не признаваемый властью обычай противостоял империи социалистического права. Теперь он вновь занимает свое место среди правовых источников, поскольку нормативная сила признается за обычаями делового оборота.

Норма, противоречащая вышестоящей по иерархии норме, не подлежит применению.

В первых статьях Гражданского кодекса имеется выразительная проекция этой иерархии норм.

Статья 3. Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права

1. В соответствии с Конституцией Российской Федерации гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации.

2. Гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов (далее — законы), регулирующих отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу.

3. Отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса, могут регулироваться также указами Президента Российской Федерации, которые не должны противоречить настоящему Кодексу и иным законам.

4. На основании и во исполнение настоящего Кодекса и иных законов, указов Президента Российской Федерации Правительство Российской Федерации вправе принимать постановления, содержащие нормы гражданского права.

5. В случае противоречия указа Президента Российской Федерации или постановления Правительства Российской Федерации настоящему Кодексу или иному закону применяется настоящий кодекс или соответствующий закон.

6. Действие и применение норм гражданского права, содержащихся в указах Президента Российской Федерации и постановлениях Правительства Российской Федерации (далее — иные правовые акты), определяются правилами настоящей главы.

7. Министерства и иные федеральные органы исполнительной власти могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами и иными правовыми актами.

Статья 5. Обычаи делового оборота

1. Обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

2. Обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются.

Статья 7. Гражданское законодательство и нормы международного права

1. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией Российской Федерации составной частью правовой системы Российской Федерации.

2. Международные договоры Российской Федерации применяются к отношениям, указанным в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора.

287. Толкование при наличие пробелов. Толкование применяется не только для заполнения пробелов, но и для установления истинного значения норм. Вопрос аутентичного толкования никогда не вызывал особых затруднений. Что касается судебного толкования, то на долю судебной власти выпадает большой объем работы, принимая во внимание размер предпринятой кодификации и способ составления кодексов. Гражданский кодекс закрепляет два уровня применения норм по аналогии.

Статья 6. Применение гражданского законодательства по аналогии

1. В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданско законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

2. При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

IV. Правосудие

288. Крупные изменения. Место адвокатов. Вслед за конституционными основаниями следует представить судебные институты, которые, несмотря на выраженное в Основном Законе стремление законодателя к упрощению системы, формируют довольно сложный ансамбль. Они регулируются несколько важными актами. Это прежде всего Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации», вступивший в силу 1 января 1997 г., федеральный закон от 17 декабря 1998 г. «О мировых судьях в Российской Федерации». Следует также принимать в расчет два процессуальных кодекса: Гражданский процессуальный кодекс и Уголовно-процессуальный кодекс. Во главе этого ансамбля стоят важные принципы.

Независимость правосудия вновь подтверждается и защищается различными техническими приемами.

Статус судей должен отвечать логике этой независимости. Федеральный конституционный закон о судебной системе стремится сделать его единым, формулируя принцип, который, тем не менее не является

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

абсолютным: все судьи Российской Федерации имеют единый статус и различаются только по своим полномочиям и компетенции. Особенности правового положения определенных категорий судей определяются федеральными законами, а в случаях, предусмотренных этими законами, — законами субъектов Российской Федерации (статья 13). В ст. 2 закон от 17 декабря 1998 г. о мировых судьях сближает их статус со статусом иных судей.

Участие граждан в отправлении правосудия в качестве присяжных, народных или арбитражных заседателей предусмотрено в качестве базовой нормы (ст. 8 закона от 31 декабря 1996 г.).

Судебные органы выстраиваются согласно схеме, в которой следует принять во внимание существование федерации (вместе с субъектами федерации) и, с другой стороны, желание руководства страны продолжить советскую практику по рассмотрению экономических споров специальными судами.

В России также существуют адвокаты, которым обеспечена свобода деятельности и свобода выражения мнений. Но на сегодняшний день адвокаты, как и судьи, все еще должны бороться за то место, которое обычно принадлежит им в демократическом обществе.

A. Конституционный Суд Российской Федерации и конституционные суды субъектов Федерации

289. Конституционное правосудие. Конституционный Суд Российской Федерации и конституционные суды субъектов Федерации понимаются как настоящие судебные органы.

Состав, компетенция и деятельность Конституционного Суда Российской Федерации, учрежденного в 1988 г., регулируются Конституцией и федеральным конституционным законом о судебной системе.

Суд состоит из 19 судей. Они назначаются Советом Федерации по предложению Президента Российской Федерации на 12 лет без права продления срока полномочий.

Многочисленные полномочия суда имеют большое значение. Существует несколько особых полномочий, которые осуществляются только в исключительных случаях (суд дает свое заключение о соблюдении процедуры привлечения Президента Российской Федерации к обвинению в государственной измене или тяжком преступлении). Другие полномочия оказывают постоянное и фундаментальное воздействие на право. Их можно привязать к четырем идеям. Прежде всего, суд выносит постановления о соответствии Конституции актов, исходящих из федеральных органов или из органов субъектов Федерации. Он дает толкование Конституции, если к нему обратились с этой целью федеральные органы государственной власти или законодательные органы государственной власти субъектов (квалифицированное большинство в две тре-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ти голосов судей необходимо в этом случае для принятия постановления). Он разрешает споры о компетенции между федеральными органами и между федеральными органами и органами субъектов Федерации. Также в него может быть подано заявление о нарушении прав и свобод, определенных Конституцией в качестве неприкосновенных. На каждую из этих разновидностей полномочий существует своя процедура.

По общему правилу постановления принимаются простым большинством голосов. Суд должен мотивировать свои постановления, а судьи уполномочены на составление особого мнения.

Каждый субъект Федерации может обладать собственным конституционным (уставным) судом в соответствии с положениями федерального конституционного закона о судебной системе (ст. 3).

Б. Судоустройство в собственном смысле слова

290. Простая схема и сложные нормы о компетенции. Под судоустройством в собственном смысле слова можно понимать систему судов, призванных рассматривать гражданские, уголовные и административные дела. Именно здесь наблюдается определенное единство, хотя военные суды не входят в основную схему и существует идея об организации особых административных судов. Верховный Суд Российской Федерации осуществляет свои полномочия по всей совокупности дел (если оставить в стороне сферу экономических споров). Как только мы оставляем уровень судов нижнего звена, каждый суд обладает компетенцией по первой инстанции и одновременно полномочиями по рассмотрению жалоб, подаваемых на решения нижестоящих судов. Можно отметить реальную приверженность к судебной системе, существовавшей до 1991 г. (тем не менее в ней больше нет места для «товарищеских судов», учреждение которых восхвалялось в советский период, хотя их действительный вес не был таким значительным).

291. Верховный Суд Российской Федерации. Верховный Суд Российской Федерации является, как сказано в ст. 126 Конституции, «высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции». Статья 19 закона от 31 декабря 1996 г. устанавливает его полномочия более развернутым образом.

Председатель Верховного Суда назначается Советом Федерации по предложению Президента Российской Федерации. Судьи назначаются тем же органом после рассмотрения их кандидатуры квалификационной коллегией, заключения Председателя Суда и представления Президента Российской Федерации. Суд рассматривает дела в коллегиальном составе, который состоит из трех судей.

Главным образом он обладает полномочиями по рассмотрению жалоб, которые, несмотря на свое обозначение (кассационные жалобы),

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

оставляют место исследованию как правовых аспектов, так и аспектов фактических[1]. Суд также обладает полномочиями по первой инстанции. Его роль в толковании законов и унификации судебной практики также реализуется в особой форме: согласно ч. 5 ст. 19 Федерального конституционного закона о судебной системе, который напоминает ст. 126 Конституции, «Верховный Суд Российской Федерации дает разъяснения по вопросам судебной практики».

Помимо полномочий, затрагивающих вопросы материального и процессуального права, Верховный Суд наделяется важными функциями по управлению правосудием. В ст. 31 федерального конституционного закона о судебной системе содержатся принципы осуществления этой функции: «Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации и входящие в его систему органы организационно обеспечивают деятельность судов общей юрисдикции и органов судейского сообщества, предоставляют в их распоряжение необходимые ресурсы». Специальные акты устанавливают структуру, полномочия и правила работы Судебного департамента и органов, являющихся частью его структуры.

Председатель Верховного Суда обладает собственными полномочиями. Помимо важных полномочий в отношении назначений на судебные должности и определения структуры судов, председатель обладает полномочием по представлению законопроектов, имеющим огромное значение для права.

292. Суды промежуточного звена. Федеральный конституционный закон о судебной системе от 31 декабря 1996 г. устанавливает ряд судов, находящихся между Верховным судом и судами нижнего звена, устройство которых напоминает схему, существовавшую в советские времена.

На уровне субъектов Федерации, помимо конституционных (уставных) судов, находятся суды, которые также обладают статусом федеральных судов: речь идет о судах, обозначение которых зависит от субъекта, в котором они образовываются (ст. 20), и их места в схеме (областные суды, окружные суды); военные суды и специализированные суды равным образом представлены среди федеральных судов на основании ст. 4.

Но среди федеральных судов выделяются районные суды (ст. 21 закона), которые не принадлежат к промежуточному судебному звену, рассматривающему жалобы или дела особой важности, но обеспечивают вместе с мировыми судьями большую часть повседневной судебной работы. Судебными органами, которые можно квалифицировать в каче-

---

[1] Кроме того, Верховный Суд РФ обладает функцией пересмотра дела в порядке надзора. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Материјал заштићен ауторским правима
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

стве судов промежуточного звена, являются судебные инстанции, непосредственно возвышающиеся над районными судами и функционирующие на территории субъектов Российской Федерации.

Согласно принципам, регламентирующим организацию правосудия, суды промежуточного звена обладают компетенцией по рассмотрению жалоб, но также и компетенцией по первой инстанции.

293. Повседневное правосудие: районные суды. Районные суды являются федеральными судами, но они осуществляют на местах большую часть судебной работы как по рассмотрению дел в первой инстанции, так и в качестве вышестоящей инстанции по рассмотрению жалоб на решения мировых судей. Статья 21 конституционного закона от 31 декабря 1996 г. характеризует их функцию следующим образом:

«Районный суд в пределах своей компетенции рассматривает дела в качестве суда первой и второй инстанции и осуществляет другие полномочия, предусмотренные федеральным конституционным законом».

Полномочия по рассмотрению дел в первой инстанции имеют важное значение как в уголовной, так и в гражданской сфере. Можно сказать, что районный суд является ведущим судом общей юрисдикции, поскольку он обладает компетенцией по всем делам, которые не были специально отнесены к ведению мировых судей или вышестоящих судов. В уголовной сфере это означает, что как только предусмотренное за соответствующее преступление наказание превышает три года лишения свободы, компетенцией по рассмотрению дела чаще всего будут обладать районные суды. В гражданской сфере по наиболее сложным семейным делам, по имущественным спорам, в которых цена иска превышает 500 минимальных размеров оплаты труда, компетенцией будет обладать районный суд.

Жалобы на акты мировых судей (когда их обжалование вообще допускается законом) также рассматривает районный суд.

Состав и деятельность районного суда регулируется специальными законами.

294. Повседневное правосудие: мировые судьи. Мировые судьи упоминаются в ст. 4 федерального конституционного закона. Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. целиком посвящен мировым судьям, которые наделяются важными функциями по рассмотрению небольших дел и дел, которые не должны вызывать сложных правовых вопросов (например разводы).

Согласно ст. 1 закона от 17 декабря 1998 г. «мировые судьи в Российской Федерации являются судьями общей юрисдикции субъектов Российской Федерации и входят в единую судебную систему Российской Федерации». Мировые судьи хотя и состоят в единой судебной системе,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

но относятся к ведению субъектов Российской Федерации. Федеральные акты устанавливают основы их компетенции, способы осуществления их деятельности, процедуру создания их постов. Их статус регулируется федеральными законами, с одной стороны (гарантии независимости, финансовые гарантии и гарантии социального обеспечения), и законами субъектов, с другой (ими могут быть предусмотрены дополнительные финансовые гарантии и гарантии социального обеспечения).

Судебные округа по общему правилу соответствуют численности населения от 15 до 30 тысяч жителей (но и там, где административный округ является менее населенным, также может располагаться судебный округ).

Судья может быть избран или назначен, срок его полномочий составляет пять лет, после чего мировой судья должен вновь представить свою кандидатуру к назначению или избранию. Сумма оклада мирового судьи составляет 64% от оклада Председателя Верховного Суда Российской Федерации (ст. 10 закона от 17 декабря 1998 г.).

Компетенция мирового судьи определена в ст. 3 закона от 17 декабря 1998 г. В уголовной сфере к его компетенции относятся преступления, по которым наивысшее наказание не превышает трех лет лишения свободы. К этой компетенции следует добавить рассмотрение некоторых административных правонарушений, предусмотренных Кодексом об административных правонарушениях. В гражданской сфере мировой судья рассматривает дела о разводах, споры о разделе имущества между супругами, т.е. дела из семейных правоотношений. Но когда спор между супругами касается детей, вопросов опровержения или установления отцовства, лишения родительских прав, усыновления, такие дела рассматривает районный суд. Многие имущественные споры относятся к ведению мирового судьи: споры, по которым цена иска не превышает 500 минимальных размеров оплаты труда, дела из трудовых правоотношений, некоторые вопросы, касающиеся пользования земельными участками и зданиями.

B. Высший Арбитражный Суд и арбитражные суды

295. Специализированное правосудие. Государственные арбитражные суды отправляют правосудие по экономическим спорам. Во времена пятилетних планов, колхозов и совхозов специализированные органы наделялись полномочиями по разрешению сложных экономических вопросов, как это происходило с коммерческими спорами в Германии или во Франции. Опыт государственного арбитража был достаточно позитивным, поэтому эти институты были восстановлены. Но следует строго отличать арбитраж, осуществляемый государственными органами, от частного арбитража, который к тому же был известен и ранее — как при царском режиме, так и в период существования СССР. Частный

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

арбитраж, более доступный сегодня вследствие существования свободы договоров, напоминает частный арбитраж в романо-германских правовых системах или системах общего права.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации является высшим органом по рассмотрению экономических споров и осуществляет надзорные функции в отношении дел, рассмотренных арбитражными судами низшего звена.

Суд осуществляет надзор за их деятельностью в процессуальных формах, предусмотренных федеральным законом, и принимает указания по вопросам судебной практики. Председатель Суда назначается Советом Федерации по представлению Президента Российской Федерации. Высший Арбитражный Суд может быть привлечен к рассмотрению дела как непосредственно сторонами, так и прокурором в случаях, прямо указанных в законе. Рассмотрение дел осуществляется двумя палатами: в одной рассматриваются чисто экономические дела, в другой — дела, представляющие административные аспекты.

Помимо Высшего Арбитражного Суда, существуют арбитражные суды, которые являются федеральными судами и организованы в два уровня[1].

На нижнем уровне располагаются арбитражные суды, существующие в каждом субъекте Федерации. На высшем уровне разместились десять окружных судов, которые рассматривают кассационные жалобы в коллегиальном составе.

К компетенции государственных арбитражей относятся споры, касающиеся юридических и физических лиц, зарегистрированных в качестве индивидуальных предпринимателей.

V. Полномочия прокуратуры в судах

296. Прокуратура, отнесенная Конституцией к судебным институтам, является, как мы уже показали, самобытным органом с двойственными полномочиями. Ее роль в судебной сфере также является значительной.

Уголовно-процессуальный кодекс сохранил за ней существенные полномочия. Милиция, осуществляющая дознание, и следователи продолжают состоять под ее руководством. Представитель прокуратуры осуществляет уголовное преследование, собирает доказательства и требует вынесения приговора.

---

[1] В настоящее время система арбитражных судов насчитывает не три, а четыре уровня: к арбитражным судам субъектов РФ, федеральным окружным судам и Высшему Арбитражному Суду РФ добавились арбитражные апелляционные суды. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В гражданской сфере роль прокурора является в настоящий момент ограниченной. Он может подать исковое заявление в защиту интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, а также муниципалитетов. Но в отношении защиты интересов физических лиц прокурор утратил свои общие полномочия: он может теперь подавать иск только тогда, когда по объективным причинам физическое лицо не может действовать самостоятельно (в случае недееспособности, болезни). Прокурор не может больше давать заключений, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом. Какова бы ни была форма его участия в процессе, он больше не пользуется определенными привилегиями, такими как доклад дела перед судом. На него также распространяется принцип «равенства средств доказывания». Он может обжаловать решение только в том случае, если он сам предъявлял иск или в иных случаях, предусмотренных законом, который сильно ограничил его полномочия.

VI. Крупные реформы в административном, уголовном и процессуальном праве

297. Реформа фундаментальных положений

По логике построения правового государства акты, принятые до 1991 г., были заменены или существенно модифицированы. Развитие административного права, по французским меркам, находится еще в эмбриональном состоянии. В отношении договоров, возмещения убытков чаще всего применяются нормы Гражданского кодекса.

Но также существует, в подражание немецкому праву, Кодекс об административных правонарушениях, в котором содержится правовое регулирование вопросов, возникающих между физическими или юридическими лицами и администрацией. Являясь административными правонарушениями, они отнесены Европейским Судом по правам человека к «уголовной сфере».

Проектируется создание административных судов.

298. Уголовное право. Уголовный кодекс 1997 г. заменил Уголовный кодекс 1960 г. Его руководящие принципы полностью обновляют дух уголовного права, которое больше не является «уголовным правом социальной защиты», но предстает в качестве защитника лица и общества.

Кодекс утверждает принцип законности, как это было сделано и в Кодексе 1960 г., однако применение уголовного закона по аналогии, которое допускалось в Кодексах 1922 и 1926 гг., осуждается здесь более четко. Говоря об ответственности, он имеет в виду субъективную ответственность, всегда подчиненную началу вины. Наказание имеет разнообразные функции, однако оно не может приводить к унижению лично-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

сти: принцип гуманности должен руководить судьями при применении уголовного закона.

Новый закон, тем не менее сохранил некоторые черты уголовного права советского периода. Из него было взято понятие преступления, среди конститутивных элементов которого по-прежнему называется общественная опасность деяния. Классификация правонарушений на «преступления» и «деликты» ему не знакома. Преступления классифицируются в зависимости от объекта посягательства. Однако порядок изложения изменился: сегодня преступления против личности, в особенности преступления, посягающие на жизнь или здоровье, выдвинуты на первое место.

299. Эволюция процессуальных норм. Три принятых кодекса значительно обновили отправление правосудия в новой России: Уголовно-процессуальный кодекс, Гражданский процессуальный кодекс, Арбитражный процессуальный кодекс. Эти кодексы содержат новые принципы, не всегда пересматривая предыдущие положения. При толковании и применении этих актов будут учитываться такие факторы, как вступление России в Совет Европы и присоединение к Европейской Конвенции о защите прав человека. Основу процесса составляют сейчас принцип состязательности и принцип равноправия сторон. Усилены права сторон на защиту своих интересов.

Лучше урегулированы вопросы компетенции (в отношении экономических споров, подведомственных арбитражному суду).

Изменения, коснувшиеся возможностей обжалования, обеспечили более быстрое вступление в силу судебных решений.

300. Уголовно-процессуальный кодекс. Уголовно-процессуальный кодекс был введен в действие законом от 18 декабря 2001 г., который установил дату его вступления в силу — 1 июля 2002 г.

Он содержит 474 статьи. Кодекс разделен на шесть частей: первая часть содержит общие положения, вторая часть посвящена предварительному расследованию, третья часть — судебному разбирательству, четвертая часть — специальным процедурам, пятая часть — международному сотрудничеству и шестая часть объединяет формы документов, предназначенные для использования на практике. Редакция кодекса отличается «педагогическим характером», поскольку множество статей подробно перечисляют условия, которые нужно соблюсти, или действия, которые необходимо совершить.

Кодекс заменяет прежнюю следственную модель процесса обвинительным типом процесса, в котором прокуратура обладает важными полномочиями на стадии предварительного расследования. Меры, ограничивающие свободу и посягающие на права, гарантированные Конституцией, должны приниматься судьей. Развернутое представление доказательств, основанное на состязании сторон, должно осуществляться в

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

судебном заседании. Реорганизованы способы обжалования, в результате чего сокращены полномочия прокуратуры. Если кодексом и предусмотрено право на защиту, то оно все еще может быть ущемленным вследствие плохого обеспечения позиции адвокатов в сегодняшнем российском обществе.

301. Гражданский процессуальный кодекс. Гражданский процессуальный кодекс вступил в силу 1 февраля 2003 г. Это ансамбль норм, который с особой тщательностью разрабатывался в течение почти десяти лет.

Кодекс включает 446 статей и делится на семь разделов. Первый раздел, «Общие положения», содержит необходимые основания правосудия в правовом государстве: принцип свободного распоряжения сторонами своими правомочиями и состязательный характер процесса.

Если кодексом и предусмотрена стадия подготовки дела к судебному разбирательству, то все же настоящее представление доказательств происходит на стадии судебного разбирательства.

Отдельные нормы предусмотрены на случай участия в процессе Российской Федерации или субъекта Федерации (в будущем, вероятно, будут созданы административные суды).

302. Арбитражный процессуальный кодекс. Арбитражный процессуальный кодекс был введен в действие законом от 24 июля 2002 г. и вступил в силу с 1 сентября 2002 г. Он касается государственных арбитражных судов, являющихся отдельными органами судопроизводства и отличающихся от частного арбитража, который также возможен и основан на заключении частными лицами арбитражного соглашения для рассмотрения возникшего между ними спора компетентными лицами по выбору сторон.

Арбитражный процессуальный кодекс является большим документом в 332 статьи, некоторые из которых довольно пространны. Эти статьи четко отграничивают его компетенцию: речь идет о спорах экономического характера.

Можно обнаружить определенные параллели между нормами, содержащимися в Арбитражном процессуальном кодексе, и нормами, сформулированными в новом Гражданском процессуальном кодексе.

§ 2. Создание современного частного права

303. В России ст. 8 Конституции создает условия для настоящего возрождения частного права:

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

«1. В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

2. В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности».

I. Гражданский кодекс

304. Новый Гражданский кодекс вступил в силу в 1994 г. Он охватывает не все гражданское право, поскольку был сохранен Семейный кодекс. Но он, неоспоримо, является ключевым фундаментом современного права России.

305. Разработка. Разработка Кодекса началась вскоре после образования новой России. На нем оставили свой след различные влияния. Составители и участвующие в работе эксперты признают, что Кодекс Нидерландов, который только что вступил в силу, почти в полном объеме послужил одной из его моделей. Но существуют и положения, имеющие эквиваленты в немецком и итальянском праве. Также остались понятия, сохраняющие связь с предшествующими Гражданскими кодексами.

306. План и содержание. Кодекс содержит на сегодняшний день 1224 статьи, многие из которых являются весьма большими. Первая часть (статьи 1–453) содержит фундаментальные основания экономической жизни (субъекты права, имущество и вещные права, правовой режим обязательств, принципы договорного права). Вторая часть (статьи 454–1109) развивает положения об обязательствах, вытекающих из отдельных видов договоров, и внедоговорных обязательствах. Третья часть касается наследования (статьи 1110–1185) и международного частного права (статьи 1186–1224)[1].

307. Самобытные элементы. В Гражданском кодексе обнаруживаются понятия и институты, которые, будучи использованными в рамках советского права, все еще представляются полезными: так происходит с некоторыми вещными правами. Положения о гражданской ответственности являются тщательно разработанными. Они касаются не только ответственности частных лиц, но равным образом ответственности Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. Вина остается главным, но не исключительным основанием ответственности. Неосновательное обогащение понимается

---

[1] Часть четвертая Гражданского кодекса РФ была принята Государственной Думой РФ 24 ноября 2006 г. и вступила в силу 1 января 2008 г. Она посвящена правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

как основание обязательства, являющегося во многих случаях справедливым противовесом.

II. Другие составляющие нового частного права

308. Семейный кодекс. Семейный кодекс был принят в 1995 г. и вступил в силу 1 марта 1996 г. Решение о принятии Семейного кодекса, несмотря на существование Гражданского кодекса, было принято во время советской кодификации и поддержано в современный период, несмотря на провозглашение движения за унификацию.

309. Экономическое право. Многочисленные законы, следующие друг за другом с конца 1991 г., имели целью обеспечить подъем нового экономического режима, открытого для всего мира и основанного по большей части на принципах рыночной экономики. Законы о приватизации, об иностранных инвестициях являются примерами таких актов. Самое время напомнить, что споры экономического порядка обычно подлежат юрисдикции арбитражных судов и что новый Арбитражный процессуальный кодекс определил основания компетенции арбитражных судов и применяемые в них процессуальные нормы. Равным образом допускается и частный арбитраж (арбитраж, осуществляемый третьим лицом).

Раздел 3

ПРАВО РОССИИ: МОЖНО ЛИ ЕГО ОТНЕСТИ К РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ СЕМЬЕ, ИЛИ ОНО ЯВЛЯЕТСЯ МОДЕЛЬЮ ДЛЯ ОТДЕЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ?

Библиография. *Delphine Chalus.* Les difficultés constitutionnelles d'abolition de la peine de mort dans la Communauté des Etats indépendants, RID comp. 2002. *Denis V. Tallon.* Existe-t-il encore un système de droit socialiste? Mohr Siebeck, 2003.

310. Время предположений. После нескольких лет потрясений СССР рухнул в конце 1991 г. Марксистско-ленинская концепция государства и права была отвергнута, и началось строительство государства, уважающего фундаментальные свободы граждан и частное право, возрождающего понятия собственности и договора. Некоторые из республик бывшего СССР смогли объединиться вновь в рамках Содружества

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Независимых Государств, и, тем не менее, началась новая эра, в которой право каждого государства обрело свою автономию. Об этих правовых системах с полным основанием говорят как о «праве переходного периода» (не правда ли, это название звучит как эхо обозначения «переходное право», полученного французским правом периода нестабильности, последовавшего после французской революции 1789 г.?). Однако реконструкция права зашла достаточно далеко, чтобы мы смогли описать важнейшие черты обновленных институтов. Мы не изменим истине, если скажем о стремлении некоторых правовых систем государств бывшего СССР к романо-германской семье, даже при сохранении ими некоторых элементов, унаследованных от эпохи социализма. Однако ряд бывших республик СССР объединились с Россией, если не вокруг нее. Можно задаться вопросом: стоит ли выделять когорту правовых систем, для которой право России послужит флагманом? А может, эти государства, как и сама Россия, будут притянуты силой европейского притяжения в особую подгруппу государств? Как бы то ни было, эти правовые системы, ранее полностью зависящие от идеологии и в настоящее время освободившиеся от нее, остаются правовыми системами переходного периода.

§ 1. Право государств — членов СНГ

311. Содружество Независимых Государств (СНГ) является объединением, учрежденным в конце 1991 г. по инициативе Белоруссии, Украины и России. Восемь других республик бывшего СССР также присоединились к ним: Армения, Азербайджан, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Узбекистан, Таджикистан, Туркмения. В 1993 г. в СНГ вступила Грузия. Объединение не является ни государством, ни наднациональным образованием. Оно образует рамки для возможных переговоров. Но не имея собственных центральных институтов, оно не может принудить какого-либо из свои членов к принятию какого-либо решения, применение которого было бы желательно для большинства. Тем не менее принадлежность к СНГ свидетельствует о нежелании радикального разрыва с Россией. Динамика его развития может реально это продемонстрировать.

I. Факторы, благоприятствующие сохранению семьи

312. Даже если новые государства и отступили от России, при рассмотрении их новых институтов мы можем наблюдать примечательные сходства. Действительно, каждое государство определяет себя в качестве демократической республики, соблюдающей основные свободы граждан, и стремится утвердиться, заставить признать себя в качестве правового государства. Также верно и то, что мы находим у них прокуратуру

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

с широкой компетенцией, а их понятия и процедуры напоминают те, которые мы обнаруживаем сегодня в России[1].

Некоторые кодексы, принятые этими республиками, копируют соответствующие кодексы России.

Русский язык еще долгое время может оставаться общим языком, даже если он будет сосуществовать с другими национальными языками.

II. Центробежные факторы

313. Причины, которые могут привести к разрыву. Тем не менее многие данные заставляют думать о переходном периоде.

Несколько государств с преимущественно мусульманским населением, которые входили в состав СССР, являются сегодня независимыми республиками, которые должны примирять чаяния сторонников светского государства и преобладающие требования поборников ислама: речь идет о Казахстане, Киргизстане, Узбекистане и Таджикистане.

Государства, которые не обладают такими демографическими составляющими, но которые имеют собственную историю и культуру, стоящие вдалеке от истории и культуры России, не станут ли они подчеркивать свою независимость, усиливая самобытность своих институтов? Невозможно уклониться от постановки такого вопроса в случаях с Арменией и Грузией.

§ 2. Существует ли европейское притяжение?

314. Не может ли сама Россия быть принятой в семью систем романо-германского права? Это большой вопрос, на который, кажется, следует дать ответ, содержащий множество нюансов. Вступление в Совет Европы является неоспоримым признаком европейского притяжения. Но есть и другие данные, интерпретация которых представляется более сложной.

I. Значение вступления в Совет Европы

315. Россия присоединилась к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая применяется в ней с 5 мая 1998 г. Это присоединение и в самом деле имеет огромные последствия.

---

[1] Правовые системы государств — членов СНГ обладают схожей структурой.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Не только потому, что Россия, переживая период повторной кодификации, смогла отразить ее содержание и принципы в большей части ключевых нормативных актов.

Но также и потому, что стрелы Страсбургского Суда, бьющие по России, быстро следуют друг за другом.

316. Уже можно насчитать семь постановлений, осуждающих Россию с точки зрения самых различных аспектов. Это может быть незаконный состав суда[1] или неразумная длительность процесса[2]. Это может касаться необоснованных решений, пробелов в законодательстве в отношении защиты прав, отсутствия полезного эффекта судебного решения[3]. Эти постановления привлекли внимание практиков, и особенно судей, к изучению Конвенции и судебной практики Страсбургского Суда и к принятию их во внимание.

317. Из других государств, ранее составлявших бывшие республики СССР и пока не вошедших в состав единой Европы, только Украина выразила согласие на присоединение к Конвенции, распространив на себя юрисдикцию Европейского Суда по правам человека. Дата этого присоединения (1 июля 2003 г.) является слишком свежей для появления решений, касающихся этой страны непосредственно. Тем не менее общая судебная практика уже оказывает свое влияние. Но последуют ли за ней другие государства?

II. Нерешенные политические и экономические проблемы: необходимо продолжать наблюдение (памятуя о случае с Мэном в Соединенных Штатах)

318. Россия еще находится на начальном этапе движения к рыночной экономике, она должна еще будет столкнуться со сложными проблемами, которые могут только затормозить ее движение к правовому государству и демократии. В середине XIX в. Мэн видел Соединенные Штаты присоединившимися к семье систем романо-германского права, и он ошибся. Можно предположить, что право России в течение долгого времени будет сохранять свою самобытность, которая будет препятствовать ее вступлению в семью романо-германских систем. Но сможет ли право России сохранить свою мощь, чтобы удерживать другие правовые системы в своем кильватере?

---

1 Посохов против России (жалоба № 63486/00).

2 Кормачева против России (жалоба № 53084/99).

3 Бурдов против России (жалоба № 59498/00).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 5

КОМПАРАТИВИСТСКИЙ ПОДХОД К ПРАВОВЫМ СИСТЕМАМ ГОСУДАРСТВ, КОТОРЫЕ НЕ ЯВЛЯЮТСЯ ПРАВОВЫМИ ГОСУДАРСТВАМИ, НЕ ИМЕЮТ НАСТОЯЩЕЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ ИЛИ МОГУТ РАССМАТРИВАТЬСЯ КАК МОЛОДЫЕ ГОСУДАРСТВА (КАК НЕКОТОРЫЕ СТРАНЫ АЗИИ И АФРИКИ)

319. Большое количество правовых систем не могут быть объединены в правовые семьи в силу отсутствия необходимого количества технических характеристик или недостаточной эффективности права, однако они могут быть сгруппированы вокруг определенной идеи, которая будет одинаково освещать их все. Таким образом, из широкого ансамбля правовых систем государств, которые без искажения действительности невозможно отнести к правовым семьям с эффективным правом, воспринимаемом в обществе как определенная ценность, предназначенная в течении долгого времени обеспечивать его структуру, мы смогли выделить несколько подгрупп. Изучение этих правовых систем, не поддающихся классификации по семьям, представляет не меньший интерес как в силу того, что они являются частью чарующих цивилизаций, так и потому, что они дают важный философский урок, придавая относительное значение праву, которое некоторые иногда пытаются возвести в абсолют.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раздел 1

ПРАВО В АЗИАТСКИХ СТРАНАХ С ДРЕВНЕЙ ЦИВИЛИЗАЦИЕЙ, ПРИНИЖАЮЩЕЙ РОЛЬ ПРАВА

320. Мы начнем с Японии, опыт которой известен в наибольшей мере. Кроме того, знакомство западного человека с этой страной будет, вероятно, наиболее простым.

§ 1. Япония и право

Библиография. Etudes de droit japonais, ouvrage collectif, publié par la Société de législation comparée, 1989, vol. 2, 1999. *Kazumasa Akaike*. Le role et le statut du ministère public au Japon: Archives de politique criminelle, 1999. *René David, Camille Jauffret-Spinosi*. Op. cit. *Eiichi Hoshini*. L'influence du code civil au Japon, in 1804–2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, op. cit. *Jouon Des Longrais*. L'Est et l'Ouest. Institutions du Japon et de l'Occident comparées, 1958. *John Owen Haley*. The Spirit of Japanese Law, University of Georgia Press, 1998. *J. Robert*. Le Japon. *Yosiyuki Noda*. Introduction au droit japonais, LGDJ, Paris. *H.G. Leser*. Wege zum japanischen Recht, Festschrift fur Zentaro Kitagawa, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

321. Относительная ценность японского права. Социальная жизнь Японии не зависит от права в той мере, в какой это происходит в западных странах. Если страна и обладает современными правовыми институтами, то умонастроения и поведение ее жителей остаются верны моделям, которые были заложены в прошлых веках и объясняются отчасти древним феодализмом. Япония все еще является страной, не обладающей правовой традицией. Вот почему, несмотря на принадлежность Японии к правовым государствам, мы не можем четко и однозначно отнести ее к романо-германской правовой семье.

I. Краткий очерк истории японского права до конца XIX в.

322. «Исторический период» начинается в Японии с официального установления буддизма в 538 г. после рождества Христова. Чаще всего выделяют три больших периода.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

A. С 538 г. до конца XII в.

Управление, имитирующее китайскую модель, носило монархический характер. Как и в Китае, здесь наблюдается «государственная моралиаторская теория планового экономического развития», общество разделяется на «ранги», а власть производит периодическое распределение земли. Постепенно устанавливается феодализм с характеристиками, напоминающими французский и английский аналоги, который впоследствии приобретет отличительное своеобразие.

Законы (рицу-рио) содержат прежде всего уголовные и административные положения.

Б. С конца XII в. до конца XVI в.

В конце XII в. власть преобразилась. Император утратил множество своих прерогатив, перешедших к сегунам, которых можно сравнить с нашими мажордомами. Феодальные группировки приобрели огромную мощь, а военная каста навязала свое господство.

Военные группировки породили свое обычное право: буке-хо. Речь идет о разновидности Рыцарского кодекса, покоящегося на абсолютной преданности вассала сюзерену (феодальная иерархия различала буке, буши и самурая).

Буке-хо будет сначала сосуществовать с рицу-рио, регулирующего институты, находящиеся за рамками военной организации. Затем рицурио прекратит свое существование, и буке-хо станет полностью регламентировать жизнь общества.

В. С конца XVI века до конца XIX в.

Этот новый период ограничивается двумя датами: в 1603 г. началась эра сегуна Токугава, а в 1868 г. произошло исчезновение феодального государства.

В течение этих двух с половиной веков власть поддерживала политику изоляции. Общество делилось на иерархизированные классы: воинов, крестьян и торговцев. Устанавливались группы из пяти человек, которые рассматривались солидарно в налоговом и уголовном аспекте.

В социальной жизни господствовали правила приличия, гири, которые строго соблюдались как дела чести. Эта система не покоилась ни на государственных положениях, ни на судебных решениях, и именно гири формировали менталитет, делая его чуждым понятию субъективных прав, вытекающих из законов или обычаев, которые государственные органы заставляют соблюдать посредством применения силы.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Рождение и судьба современного права

323. Революция «Мейи». В 1868 г. на смену феодальному государству пришло государство демократическое, и Япония пережила бурный подъем. Руководствуясь моральными соображениями (в 1858 г. Японии были навязаны великими державами того времени — Соединенными Штатами, Великобританией, Голландией и Россией неравные торговые договоры, унижающие японское руководство), новая власть решила дать стране право, имитирующее западные модели. Началась модернизация. Тем не менее по прошествии более 100 лет право все еще не стало настоящей ценностью для японского общества.

A. Этапы модернизации

1. Первый этап модернизации: под влиянием французского и немецкого права

324. Первый этап разворачивался в условиях борьбы влияний двух великих европейских кодификаций (французской и немецкой).

В 1869 г. был начат перевод на японский язык французских кодексов, и, несмотря на трудности перевода — в японском языке часто недоставало слов, чтобы выразить французские правовые понятия, — он будет осуществлен в пятилетний срок. С 1872 г. при сотрудничестве экспертов, один из которых, французский профессор Буасонад, сыграет важнейшую роль, было разработано несколько проектов кодексов. В 1882 г. были приняты Уголовный кодекс и Кодекс уголовного расследования, в которых узнавались французский образцы. Но очень скоро произошла смена влияния. Закон о судоустройстве и Гражданский процессуальный кодекс, принятые в 1890 г., уже свидетельствовали о немецком влиянии. Что касается Гражданского кодекса, то проект Буасонада будет в конце концов отвергнут: Гражданский кодекс, принятый в 1898 г., будет следовать плану Германского гражданского уложения, равно как и Торговый кодекс во многом будет копировать положения нового Германского торгового уложения.

В итоге состоялась игра влияний, поскольку далеко не все институты частного права были восприняты из немецкого законодательства. Имущественное право использует французские категории. Договорное право напоминает как французские, так и немецкие положения. В общей теории пороки воли регулируются посредством различных приемов, взятых из ГГУ. Договор купли-продажи регулируется согласно французской модели. Влияние обеих систем смешивается в институте гражданской ответственности.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Второй этап модернизации: влияние американского права

325. Вскоре после Второй мировой войны, 3 ноября 1946 г. Япония обрела новую конституцию, которая свидетельствует о важной политической перемене: изменилось основание власти Императора, и сильно сократились его полномочия; принцип равноправия граждан заменил иерархическую концепцию.

При формировании некоторых новых институтов, безусловно, важнейшую роль сыграли американские институты. За гражданами были признаны основные свободы, а Верховный суд получил функцию контроля за конституционностью законов. Правосудие и процесс были реорганизованы, и многие положения являлись слепками с американского права.

Но институты «на европейский манер» по-прежнему регулируют частные отношения: некоторые из них ближе к немецким институтам (можно привести пример гражданской ответственности), другие ближе к французским (купля-продажа является консенсуальным договором, а публичная регистрация прав на земельные участки, как и во Франции, организована в административных, а не судебных рамках).

Б. Япония в поисках истинной роли права

326. Действующие институты. После двух мощных волн модернизации общества каково истинное место права в Японии? Конституция от 3 ноября 1946 г., вступившая в силу 2 мая 1947 г., установила парламентарный режим. Император, который остается символом национального единства, обладает теперь только ограниченными прерогативами. Парламент, состоящий их двух палат, Палаты представителей и Палаты советников, осуществляет законодательную власть. Премьер-министр, обязательно штатское лицо, обладает многочисленными полномочиями. Он руководит политикой, является главой исполнительной власти, но несет ответственность перед Сеймом. Верховный суд (председатель и 12 членов, назначаемых Правительством на десять лет с согласия Парламента) играет важную роль, с одной стороны, для осуществления контроля за соблюдением Конституции и надлежащим отправлением правосудия, и с другой стороны, как суд последней инстанции.

327. Сохранение традиционного поведения? Но и при наличии современных институтов продолжают существовать гири, которые по-прежнему ограничивают роль права по сравнению с западноевропейскими обществами. Существуют признаки быстрого изменения умонастроений. Но как можно западному человеку точно оценить то, что представляют собой эти изменения?

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Пример с обращением в суд может проиллюстрировать эту амбивалентность японского общества. В традиционном обществе обращение в суд является неприличным, и решение конфликта, которое не дает потерять престиж ни одному заинтересованному лицу, осуществляется посредством обсуждения, которому при необходимости будет способствовать окружение. В современном обществе, особенно в деловой сфере, спорные вопросы чаще всего принимают форму судебного разбирательства. Некоторые защищают тезис о том, что если японцы и обращаются в суд только в исключительных случаях, то это происходит лишь потому, что они встречают на своем пути большое количество препятствий (длительность процесса, размеры гонораров), хотя в действительности они благоприятствуют праву и охотно затевают судебные тяжбы. Что представляется бесспорным, так это важность места, отводимого японским обществом примирению, и чуждость японской психологии понятию принудительного способа исполнения.

Таким образом, японское право обладает притягательным своеобразием. Но если мы хотим его уважить, нам не следует относить правовую систему Японии к романо-германской семье, как это иногда пытаются сделать. Право Японии является хорошим примером правовой системы, подверженной многочисленным влияниям, которая, несмотря на свое техническое совершенство, с трудом пробивает себе дорогу в общество, в течение долгого времени находившего свое равновесие вне правовых рамок.

§ 2. Китай и право

Библиография. *M. Bastid-Bruguiere*. L'esprit de la codification chinoise: Droits, 27 3-1998, La codification. *René David, Camille Jauffret-Spinosi, Mireille Delmas-Marty*. La construction d'un Etat de droit dans la Chine d'aujourd'hui. Avancées et résistances: D. 2002. *Jean Escarra*. Le droit chinois, Paris, 1936. *Mingxuan Gao et Binzhi Zhao*. De la réforme du nouveau Code pénal chinois: Rev. sc. crim., 1998. *Guang Zhong Chen*. La réforme du droit de la procédure pénale en Chine: Rev. sc. crim. 1998. *Xiaoping Li*. L'esprit du droit chinois: RID comp. 1997. La civilisation chinoise et son droit: RID comp. 2000. *James J. Spiegelman*. Convergence and the judicial role: recent developments in China: RID comp. 2003. *Jingzhou Tao*. Le droit chinois des affaires, Economica, 1999. *Alice Ehr-Soon Tay*. Culture juridique chinoise *in W. Capeller et I. Kitamura*. Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, op. cit. *Gary Tho*. Chinese Product Liability Law: Can China Build another Great Wall to Protect its Consumers? Washington University Global Studies Law Review, vol. 1, 2002.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

328. Относительная ценность права. Как и Япония, Китай обладает слабой правовой традицией[1], и модернизация права, имевшая определенный успех в Японии, не могла осуществиться таким же образом в Китае. Эта великая страна все еще находится в поисках права, которое могло бы одновременно обладать высокой технической ценностью и являться достаточно стабильным. Тем не менее в последние годы здесь осуществляется новый переворот, который позволяет говорить о «второй модернизации права».

I. Ограниченная роль права в императорском Китае

329. Традиционная китайская цивилизация враждебна праву. Конфуций (551–479 до н.э.) способствовал формированию настроений, которые ожидали решение социальных проблем через диалог и проявление терпимости. В этом состоит теория «правления людей», которая обесценила концепцию «правления законов».

A. Важность обычаев

Следуя идеям Конфуция, Император Воу-Ти (140–87 до Рождества Христова) сделал конфуцианство государственной идеологией: обычаи, приличные формы поведения регламентировали отношения между лицами.

Семья являлась основой общества: ее глава обладает практически абсолютной властью над составляющими ее членами. Государство и публичные коллективы воспроизводят эту модель.

Обычаи возлагаются на тех, кто осуществляет власть и тем самым умеряют их произвол. Они же регулируют поведение тех, кто стоит на нижней ступени общественной иерархии, и осуждают всякое резкое выражение недовольства.

Б. Роль закона

Законы присутствовали в жизни общества, и, возможно, их роль была преуменьшена. Правовые положения, некоторые из которых были очень рано подвергнуты кодификации, регламентировали прежде всего уголовную сферу и административную организацию. Частные отношения состояли в ведении обычаев.

---

[1] «Китайская культура никогда не была ориентирована на Право. Она отдавала приоритет общественным отношениям и связанным с ним обязанностям в ущерб слишком абстрактной и индивидуальной концепции законов и субъективных прав. Эта традиция императорского Китая была сохранена в период правления националистов (1911—1949) и сменивших их коммунистов» (*A. Ehr-Soon Tay.* Culture juridique chinoise. P. 205).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Попытки установления правовой системы в XX в.

330. Пересмотрел ли XX в. тысячелетнюю цивилизацию? Во всяком случае попытки установления правовой системы предпринимались, но какой была эта правовая система? Сначала постарались перенести западноевропейский образ жизни. Затем чаяния были устремлены к системе социалистического права. После своеобразной «культурной революции» и в особенности в сегодняшний период — первые годы XXI в. сложилось удачное время для правового эклектизма.

А. Попытка перенесения западноевропейского образа жизни

Республика была провозглашена в Китае в 1912 г. Было разработано несколько кодексов по западным образцам при преобладающем влиянии ГГУ, по крайней мере в отношении Гражданского кодекса. Но в огромной стране, столкнувшейся с величайшими потрясениями, это чужеземное право не смогло пустить корни в основания социальной жизни.

Б. Период «социалистического права»

1 октября 1949 г. Китай становится народной демократией. В нем тут же начинается систематическое перенесение советских институтов. Конституция 1954 г. имела в качестве образца советскую Конституцию 1936 г. Разрыв с Москвой в 1957 г. заставил искать национальные решения (так, были созданы тысячи народных комитетов по посредничеству). Затем произойдет культурная революция, опустошительница всяких институтов.

III. Обновление права

331. Действующая Конституция датируется 4 декабря 1982 г., она была изменена в 1993 г.

Если в Китайской народной республике и существует Председатель, то его роль является ограниченной. Большую часть власти делят между собой два органа. С одной стороны, это Всекитайское Собрание Народных Представителей (около 3 тысяч депутатов), Постоянный комитет которого осуществляет функции собрания в межсессионный период: оно вносит изменения в Конституцию и принимает законы. С другой стороны, это Совет государственных дел, состоящий из Премьер-министра и шести вице-премьеров, который обладает широчайшими полномочиями, выходящими за рамки одной исполнительной власти. Решающим влиянием при выборе ответственных лиц обладает Коммунистическая партия.

Правосудие вершится посредством народных судов (на трех территориальных уровнях), состоящих под контролем Верховного народно-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Матеріал захищений авторським правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

го суда, члены которого назначаются Постоянным комитетом Всекитайского Собрания Народных Представителей.

Сегодня, безусловно, происходит обновление права, однако оно осуществляется двойственным образом. Настоящего отказа от социалистической концепции государства и права не произошло (ей соответствует определенная часть законодательства — можно привести пример Уголовного кодекса). Однако есть и законы, положения которых служат развитию рыночной экономики. Стали возможными некоторые формы совместных предприятий или хозяйственных обществ. В некоторых областях можно наблюдать «законотворческий ажиотаж». Тем не менее следует подождать еще несколько лет, чтобы разглядеть истинные черты правовой системы Китая и оценить ее эффективность[1].

§ 3. Индия и право

Библиография. *David Annoussamy.* Le droit indien en marche, op. cit. Société de législation comparée, Paris, 2001. *René David, Camille Jauffret-Spinosi.* Lingat, Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde.

332. Индия предлагает юристу, желающему познакомиться с ее институтам, с одной стороны, «индусское право» — традиционное право, черпающее свои основные источники из религии, с другой стороны, современное право, обязанное английскому праву многими своими характеристиками. Однако в Индии есть и регионы с оригинальным образом жизни, которые обходятся вовсе без права.

I. Индусское право

333. Индусским правом называют совокупность норм, которые брахманская религия налагает на своих верующих при регулировании социальных отношений. Индусское право является, таким образом, одним из крупнейших примеров религиозного права, хотя все, что относится к индусскому праву, не всегда имеет чисто религиозный источник.

A. Основы индусского права

334. Разнообразие источников. Дхарма охватывает всякого рода обязательства, налагаемые религией на своих верующих. В той мере, в которой ею затрагиваются социальные отношения, дхарма предстает

---

1 Вступление Китая во Всемирную торговую организацию в конце 2001 г. предвещает будущее развитие права, которое будет носить менее политизированный характер и приобретет большее техническое совершенство, по крайней мере в области частного права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
เนื้อหาคุ้มครองลิขสิทธิ์

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

как правовая система (или во всяком случае как эквивалент правовой системы). Источники норм являются довольно разнообразными. Но среди них не обнаруживаются ни законодательство, ни судебные прецеденты на том основании, что власть не может связывать себя на будущее, поскольку она может обнаружить лучшее решение, чем то, которое определено в данный момент.

1. Священные тексты (Срути)

Очень древние священные тексты, на которые опирается брахманская религия, ранее существовали лишь в виде фрагментов. Их составление растянулось на тысячелетний период (с 1500 по 600 г. до Рождества Христова). Речь идет о Ригведах, Ведангах, Упанишадах. Адепты брахманской религии считают, что в этих книгах заложены принципы всякого знания и правила поведения, которых следует придерживаться в личной и социальной жизни. Их совокупности не достаточно для того, чтобы обеспечить основы правовой системы.

2. Тексты дхармы

Тексты дхармы не являются священными текстами, но представляют собой компиляции, которые объединяют традиции и мнения мудрецов Древней Индии (Тгантама, Вишну). В них различают две разновидности: дхармашастры и нибанды. Все вместе они обладают огромным авторитетом.

Дхармашастры, или смриты, были составлены в различные периоды, но очень давно: законы Ману, например, являются их частью.

Нибанды являются более свежими (XII–XVII вв.): речь идет о комментариях юристов, некоторые из которых охватывают весь ансамбль права, тогда как другие имеют более ограниченный объект.

3. Обычаи

Сама дхарма признает власть обычаев[1].

Обычаев очень много в силу существования различных школ, а также по причине привязанности индусов к кастам. Обычаи дополняют или изменяют дхарму. Сфера применения обычаев самая разнообразная (одни обычаи касаются всей территории, другие — определенных регионов, существуют обычаи, распространяющиеся на всю касту, но есть и такие, которые касаются только отдельной семьи).

---

[1] В законах Ману мы находим следующее предписание: «Древний обычай является важнейшим законом, одобренным Срути и Смитри; следовательно, тот, кто желает покоя своей душе, должен всегда вести себя с оглядкой на древний обычай».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

4. Совесть и справедливость

При отсутствии решений в основных источниках следует действовать так, чтобы это приносило тебе «внутреннее удовлетворение» (законы Ману), т.е. по своей совести. Смриты требуют от судьи выносить решения таким же образом.

Б. Изменение и сохранение индусского права

335. Индусское право во время английской колонизации. Индия пережила несколько периодов иноземного господства, которые ценой некоторых изменений позволили сохранить индусское право.

Мусульманское господство привело к применению мусульманского права судами моголов. Но при этом индусское право не было подвержено сильной эволюции (оно считалось религиозным делом, состоящим под контролем паншаятов каст).

Английское господство, которое фактически установилось в XVII в. и которое будет продолжаться до 1947 г. (Акт о независимости Индии от 18 июля 1947 г.), будет иметь более продолжительные последствия. Английская власть стремилась соблюдать индусское право, но по причине трудностей, с которыми сталкивались судьи при его изучении (прежде всего языковые трудности), стала допускаться помощь экспертов (пундиты), функция которых состояла в указании судье на применимое решение. Вмешательство пундитов (потворствующих оккупантам) содействовало, по мнению историков, изменению традиционных положений. Другие деформации произошли вследствие использования английской терминологии и перенесения некоторых решений английского права (например в доказательственной сфере).

336. Обретенная независимость. Независимость будет сопровождаться крупными реформами и стремлением к унификации территорий, образующих новое индийское государство. Акт о независимости Индии также провозгласил независимыми государствами Пакистан и Бирму.

Индусское право продолжает существовать в индусских частях Индии, но только в отношении определенных вопросов (например, личного статута, понимаемого в широком смысле, поскольку к нему относятся не только наследование, но и создаваемые индусами общества).

II. Современное право

Библиография. *David Annoussamy.* Indépendance judiciare: le cas de l'Inde: RID comp. 1999. *N. Coulson.* Histoire du droit islamique, PUF, 1995. *Mesmin Saint-Hubert.* La Cour suprême de l'Inde, garante de la structure fondamentale de la constitution, La construction d'une nouvelle doctrine visant à limiter le povour constituant dérivé: RID comp. 2000. *A. Voinnesson.* Compte rendu du colloque franco-indien: RID comp. 1999.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

337. Индусское право обычно не распространялось на национальные меньшинства. В территориальных округах (Бомбей, Калькутта, Мадрас) к лицам, не имеющим индусское происхождение, применялось английское право, в остальной части Индии (мофусиль) применялось как индусское, так и мусульманское право.

Проводившаяся с 1833 г. кодификация произвела в Индии настоящую рецепцию английского права (несмотря на местные тексты, там присутствовал и дух и приемы общего права). Это проявилось прежде всего в Уголовном кодексе Индии (1860), индийском Законе о договорах (1872), Гражданском процессуальном кодексе (1908). Однако, как и в случае с США, национальная эволюция постепенно привела к формированию самобытного индийского права. Это движение усилилось с момента обретения независимости, хотя была сохранена большая часть прежнего права. Тем не менее в стране, традиционно покоящейся на кастовой системе[1], с учетом действующей Конституции существуют множество трудностей на пути установления равноправия граждан и его неизбежного следствия — правового единства. Конечно, для реализации этой цели были приняты несколько важных актов (например, индийский Акт о браке 1955 г.). Но настоящая самобытность современного индийского права начала утверждаться только в последние 30 лет.

338. Согласно Конституции, принятой 26 января 1950 г., Индия является федеративной республикой, объединяющей 25 штатов и 7 территорий. Исполнительная власть покоится на двух ассамблеях (Народной палате и Совете штатов). В меньшей степени исполнительная власть принадлежит Президенту государства, избираемому на пять лет (он, конечно, обладает определенными полномочиями, но прежде всего играет символическую роль). Чуть большая роль отводится премьер-министру, избираемому большинством Народной палаты. Правосудие организуется в рамках штатов, в которых, однако, нет Верховных судов. Верховный суд Индии (председатель и 13 судей назначаются Президентом Индийской Республики) обладает широчайшей компетенцией: контроль за конституционностью федеральных законов и законов штатов, рассмотрение жалоб на нарушение фундаментальных прав, гарантированных Конституцией, рассмотрение некоторых апелляций на решения уголовных судов, в частности, в отношении приговоров с высшей мерой наказания.

---

[1] Эта сложнейшая система покоится на иерархии четырех каст: брахманов (жрецы и учителя), кшатрия (князья и воины), вайша (торговцы и земледельцы) и шудра (ремесленники и слуги). Вне этой иерархии находятся «неприкасаемые» (около 150 миллионов), выполнявшие самые низкие обязанности. Отмененная законом, эта система укоренилась в обычаях и нравах индийцев.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раздел 2

ПРАВО В ГОСУДАРСТВАХ МУСУЛЬМАНСКОЙ ЦИВИЛИЗАЦИИ

Библиография. A. *Aldeeb Abu-Sahlieh*. Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe: RID comp. 1997. *G. Boetsch, B. Dupret, J.N. Ferme.* Droits et sociétés dans le monde arabe: perspectives socio-anthropologiques, PU Aix-Marseille, 1997. *René David, Camille Jauffret-Spinosi, F.-J. Pansier et K. Guellaty.* Le droit musulman, PUF, 2000.

NB: Французские суды иногда вынуждены ссылаться на мусульманское право: см.: Cass 1 civ., 25 févr. 1997: JCP 1997, II, 22968, obs. Labarriere et Thierry Garre.

339. Мусульманское право является одной из крупнейших систем влияния, но совершенно в ином значении, если сравнивать его с английским, немецким и французским правом. В отличие от них, оно не является позитивным правом одной большой страны. Оно также не должно рассматриваться, по примеру римского права, в качестве системы, обладающей исключительно исторической ценностью: будучи неотъемлемой частью мусульманской религии, оно всегда применялось в большинстве стран исламской цивилизации Африки и Азии, т.е. в странах с населением в миллиард человек.

Сегодня исламской империи больше не существует, а образовавшиеся на ее месте национальные государства обладают самобытным современным правом. Место мусульманского права в правовых системах этих стран варьируется: в одних государствах оно сильно принижено, в других остается господствующим. Мы постараемся охарактеризовать мусульманское право как единую правовую систему и затем зададимся вопросом о том, каковы причины его влияния?

§ 1. Мусульманское право

Библиография. *F.-P. Blanc.* Le droit musulman, Dalloz, 1995. *Abd Al-Wahhab Khallaf.* Le fondement du droit musulman, traduit de l'arabe, Al Qualam, 1997. *Frédéric-Jérome Pansier et Karim Guellaty.* Le droit musulman, PUF, 2000. *Joseph Schacht.* An Introduction to Islamic Law, Oxford, 1964. *H. De Wael.* Le droit musulman. *Bernard G. Weiss.* The Spirit of Islamic Law, University of Georgia Press, 1998.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

340. Правовая сторона религии. Один специалист по мусульманскому праву начал его представление с формулировки, которая застает врасплох: «Мусульманского права не существует» (*Bousquet.* Le droit musulman). Это наводит на мысль о том, что религиозный аспект обязательств, налагаемых на мусульман, является более значимым, чем аспект правовой. То, что называют «мусульманским правом», на самом деле состоит прежде всего из норм, касающихся социальных отношений и налагаемых мусульманской религией на своих верующих. Тем не менее если религиозный характер правовых источников и выходит на первый план, то это не помешало постепенному развитию собственно правовых институтов, содержащих оригинальные приемы исламского мира. Следовательно, перед нами все же вырисовывается определенная реальность[1].

I. Источники мусульманского права

341. Религиозные источники. Мусульманское право, прежде всего, зависит от источников, которые обладают религиозным характером: двух первоначальных источников, каковыми являются Коран и Сунна, а также источника, который в первые века ислама будет отличаться творческим характером, — Иджмы. Магомет сам не осуществил систематизации мусульманского права. Но представители религии и доктрины, которые поначалу и были настоящими созидателями мусульманского права, присоединят множество решений к Корану и Сунне. Религиозные источники, тем не менее оставляли место светским источникам, дополнительным источникам, без которых, однако, невозможно понять все мусульманское право.

A. Первоначальные религиозные источники

342. Магомет. Ислам был основан Магометом (570–632), арабом, которого его адепты часто любят представлять как неграмотного. После откровений, полученных им в возрасте 40 лет от ангела Гавриила, он начал проповедовать новую религию, которая должна была стать основой для новой организации общества. Вынужденный перебраться из Мекки в Медину, для того чтобы спастись от своих врагов, в последние десять лет своей жизни он вел себя как гражданский и военный руководитель (в силу необходимости он возвратится в Мекку в 630 г.). В итоге он ста-

[1] Мы не должны подходить упрощенно к изучению мусульманского права. Основательное исследование его истории и современной практики применения натолкнуло бы нас на мысль о том, что это право является гораздо более разнородным, способным к эволюции и развитию, технически независимым, чем мы это себе представляли.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Набожные люди — теоретики и практики, — которые стремились к тому, чтобы все стороны жизни общества были связаны с религией, обосновывали свою власть одним из стихов Корана, а также опирались на некоторые другие стихи для определения решений, которые представлялись им необходимыми. Их задача была непростой, поскольку стихи Корана следуют друг за другом зачастую без всякого логического порядка. Некоторые противоречат друг другу настолько, что следовало учитывать как и то, что они касаются различных сфер применения, так и то, что более древние стихи в случае обнаружения конфликта отменяются новыми. Интерпретация, без сомнения, была иногда произвольной или производилась под влиянием политических соображений. Чаще всего она была освещена Сунной, которая служила основой в тех случаях, когда по данному вопросу не было текста Корана.

2. Сунна

344. Сунна является вторым главным основанием. В древней Аравии считалось, что обычай является обязательным и что следует сообразовываться с тем, что делали предки. После Магомета понятие Сунны изменится: для мусульман Сунна в конечном итоге будет «Сунной Пророка», традицией, относящейся к поведению Магомета, поведению, которое составляет урок для верующих при регламентации собственной жизни. Сунна выкристаллизовалась в хадисах. Хадис — это речь пророка или повествование о его жизни. Сунна имеет отношение к поведению пророка, его словам, а также к его привычкам, его образу действий, его умолчаниям. Хадисы передавались сначала устно, затем они были зафиксированы в письменном виде. Но они оказались настолько многочисленными, что возникла проблема их достоверности. Докторами Ислама была проведена серьезная работа по отбору хадисов, которые по-прежнему играют важную роль в мусульманском праве.

Различия между хадисами

Серьезная критическая работа по формированию свода хадисов была проведена в IX в. несколькими великими докторами, в частности, Эль Бокари и Мослемом. Из нескольких сот тысяч хадисов, которые можно было описать в эту эпоху, были выбраны всего 8 000. Тем не менее сегодня считают, что довольно большое число недостоверных хадисов было сохранено и что под видом хадисов, относящихся к поступкам и речам пророка, были сохранены некоторые доисламские обычаи.

Использование хадисов в мусульманском праве

Хадисы обширно использовались для определения положений мусульманского права. Но их применение затруднялось тем, что хадисы не составляли скоординированный ансамбль и даже зачастую противоречили друг другу. Чтобы преодолеть эти противоречия, стали развивать

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

шиитов, основанный на убеждении, согласно которому глава мусульман должен обязательно принадлежать к семье пророка, т.е. к потомкам Али, четвертого калифа, одновременно являющегося двоюродным братом пророка и его зятем, поскольку он был женат на Фатиме, дочери пророка (три первых калифа считаются у шиитов узурпаторами[1]). Для суннитов Калиф должен быть арабом, но это может быть всякий мусульманин, который отправляет свою власть с соблюдением традиций и интересов общины.

Сунниты сами расходятся в представлениях об истоках своих норм поведения. Не все суннитские школы существовали в течение долгого времени, но четыре из них, установившись окончательно, формируют ортодоксальные обычаи, связывающие мусульман сегодня.

Ханафиты будут развиваться из религиозного центра в Куфе, одним из первых и наиболее уважаемых членов которого был Абу Анифа (умерший в 795 г.). Этот обычай придает большое значение личному суждению ученого при интерпретации закона. Школа распространилась на Ближнем и Среднем Востоке (Турция, Египет, Ливия, Афганистан) и дошла до Китая и Пакистана.

Малекиты, от имени Малик, связаны со школой Медины: они придают большое значение Сунне и священному Преданию, а также обычаям и обыкновением. Это главный обычай Северной Африки. Его также можно встретить в Западной Африке и Судане.

Шафииты не значительно расходятся с тезисами малекитов, однако они следуют обычаю Мекки и наставлению Ас-Сафи[2], который понимал мусульманское право как ансамбль, развивающийся из четырех источников: Корана, Сунны, мнения докторов (Иджма) и рассуждения по аналогии (Кияс). Шафииты представлены в Сирии, Египте, Пакистане и Индонезии.

Ханбалиты следуют доктрине Ибн-Анбала (умершего в 855 г.), который с величайшим почтением работал над традицией, восходящей к Корану и пророку. Наибольшим влиянием эта школа обладает сегодня в Саудовской Аравии.

Иджма содействовала консервации мусульманского права.

346. Иджма: функция. Мусульманское право сформировалось именно благодаря Иджме, поскольку его элементы, исходящие из Корана и Сунны, были истолкованы, связаны и восполнены в случае пробелов, что позволило им сохраниться. Тем не менее доктора никогда

---

1 К ним относятся Абу Бакр, Омар и Утман, спутники пророка.

2 Ас-Сафи, умерший в 820 г., сыграл важнейшую роль в разработке мусульманского права, в особенности в создании доктрины «четырех начал», т.е. того, что мы называем сегодня источниками мусульманского права: Коран, Сунна, Иджма, Кияс.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

не хотели обладать созидательной ролью. Они понимали, что их миссия состоит только в уточнении положений, уже включенных в первоначальные источники, — незыблемые религиозные принципы, переданные пророком.

Отсюда понятно, почему толкование Корана и Сунны, осуществляемое докторами, является обязательным для всех. Однако, когда свод решений значительно вырос, постепенно стало брать верх убеждение, что «путь для исканий» должен быть отныне закрыт. Таким образом, начиная с X в. положения могли адаптироваться к потребностям практики и методики преподавания, но ничуть не изменялись по существу.

Эта незыблемость была благоприятна для поддержания определенного единства Ислама. Но она содействовала и тому, что перед мусульманским правом возникло множество трудностей, связанных с необходимостью принятия во внимание экономических и социальных изменений, которые, особенно в XX в., также коснулись стран исламской цивилизации. Сильные, талантливые голоса (называют имя Икбаля из Пакистана) поднимаются за то, чтобы вновь открыть путь для исканий. Практика некоторых государств, конечно, стремится к определенной модернизации. Но фундаменталисты по-прежнему остаются многочисленными, и великие мировые потрясения, случившиеся в XX в., скорее усилили их влияние. Что повлекут за собой трагедии, случившиеся в первые годы нового тысячелетия?

B. Светские источники как дополнительные источники мусульманского права, совместимые с религиозными источниками

347. Множество светских источников. Мусульманское право даже в своей традиционной концепции обладает определенной способностью к эффективному управлению обществом в той мере, в какой оно оставляет обычаю, государственным властям или частным лицам определенную компетенцию, реальные полномочия для регламентации большого числа вопросов. На самом деле согласно фикху религиозная норма является обязательной только в отношении «предписанных и запрещенных поступков». Но существуют и действия, квалифицируемые как «рекомендуемые» или «достойные порицания», в отношении которых светские источники могут предусматривать собственные решения. Еще с большим основанием это происходит в отношении поступков, которые считаются «не имеющими значения» для религиозных норм.

1. Роль обычаев

348. Собственно говоря, обычаи не являются частью фикха. Но они становятся обязательными, когда не противоречат положениям фикха.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Materiál chránený autorským právom

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В том, что касается публичного права, Калиф (это Имам в регионах с преобладанием шиизма) по общему правилу располагал всеми полномочиями: но он делегировал гражданские полномочия Султану, Паше, который, таким образом, являлся настоящим владыкой при условии, что его решения не противоречали религиозным нормам. Совет министров, Диван, помогал Султану. В провинциях интересы последнего представлялись наместником.

В отношении уголовного и частного права большая практическая роль отводилась правосудию.

А. Судоустройство и полномочия судьи

352. Важность кади. Как и все прерогативы публичной власти, судебная власть принадлежала наместнику. Но эта власть делегировалась кади, который в первое время был правовым секретарем наместника. Позднее кади займет более эксклюзивную роль судьи, судьи в отношении мусульман. Когда существовал институт Большого кади, именно он занимался назначением таких судей.

Кади разрешал споры единолично, в первой и последней инстанции в отношении всех тяжб. Мусульманское правосудие обладало, следовательно, чрезвычайной простотой. Кади применял мусульманское право, прибегая к рассуждению по аналогии для разрешения дел, которые прямо не предусмотрены нормами фикха. Процедура являлась простой и основывалась на детально регламентированной системе свидетельских показаний.

Однако вместе с кади существовали и другие судебные органы.

Суд справедливости калифа или его представителей рассматривал жалобы на администрацию.

Суд инспектора рынков, который существовал еще до появления мусульманского права, сохранил свои полномочия в отношении многих дел, не относящихся к компетенции кади.

Суд начальника полиции участвовал в рассмотрении уголовных дел.

Б. Крупнейшие категории уголовного права

353. Уголовные правонарушения классифицируются на три категории.

Кровные преступления: убийства, тяжкие телесные повреждения относятся к сфере частной мести на основе принципа талиона или соглашения (которое ведет к уплате дийяха, «платы за кровь»).

Шесть правонарушений образуют категорию худуд, т.е. правонарушений, определенных самим Кораном: убийство, супружеская измена жены, блуд, кража, употребление вина и отречение от Ислама.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Другие правонарушения относятся к дискреционной власти кади. Эта власть, тазир, руководствовалась обыкновениями и определяла правонарушения, в отношении которых кади по своему усмотрению избирал наказание. Кади мог также осудить то, что он считал посягательством на публичный порядок.

B. Оригинальные аспекты частного права

354. Частное право в гораздо большей степени связано с религиозными и моральными принципами, чем с соображениями экономического порядка.

1. Личный статус

355. Связь, которая соединяет лицо с государством, является связью религиозной. Тем не менее иностранец — не мусульманин — обладает правосубъектностью, и за ним постепенно было признано значительное число прав.

Положение лица имеет ключевое значение для мусульманского права. Мужчины и женщины равны в том, что касается правоспособности и дееспособности. Тем не менее существует множество норм, в частности, норм, касающихся брака, судебных доказательств, а также морали, которые обнаруживают значительные различия в правовом статусе мужчины и женщины.

Семейные отношения руководствуются несколькими важными нормами. Отец или лицо, его замещающее (вали), может выдавать замуж своих несовершеннолетних детей без их согласия (это право брачного принуждения называется ябр). Мужчина может завести нескольких жен (Коран ограничивает их количество четырьмя) и обладает правом расторжения брака. Что касается детей, то жена обладает в их отношении большими полномочиями, в частности, правом держать детей при себе.

2. Имущественное право

356. Во многих своих аспектах имущественное право обладает определенным своеобразием при его сравнении с положениями римского права.

Имущество

Имущество, в частности, земля, может быть предметом индивидуальной собственности, передаваемой по договору или по наследству.

Право собственности является абсолютным: божьим даром, имеющим священный характер. Но возможны и вещные права, не принадлежащие собственнику (известны узуфрукт и «голая» собственность).

Некоторые категории имущества подчиняются специальному правовому режиму. Имущество хараги принадлежит государству, но держатель

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

357. Множество государственных подходов. Некоторые страны стремятся оставаться верными мусульманскому праву: Саудовская Аравия служит тому примером. Безусловно, существует множество проявлений этой верности. Но является ли она безусловной? Современные правовые аспекты, являются ли они совместимыми с шариатом? Задача по оценке этой ситуации возлагается на докторов ислама, но и они расходятся по некоторым пунктам, что оставляет обозревателя без ответа.

В некоторых государствах в течение ряда лет происходили радикальные изменения. СССР хотел искоренить мусульманское право в своих «исламских республиках». Развал СССР в конце 1991 г. позволил этим государствам стать независимыми и заново сформировать свое право. Возвращение к мусульманскому праву характеризует также недавнюю историю государств, которые приступали к «модернизации на западноевропейский манер»: Иран является замечательным примером этого процесса.

Большинство государств осуществляют поиск равновесия, разрабатывая современное право, совершенствуя его, но оставляя, тем не менее собственное место мусульманскому праву, роль которого, кроме того, заключается в восполнении пробелов современного права и в руководстве при интерпретации. Каждое государство развивает собственный опыт, исходя из своей истории, его составляющих, влияний и устремлений. В качестве иллюстрации можно сравнить правовые системы двух государств, которые имеют большое влияние в исламском мире: право Турции и право Египта. Что касается мусульманского мира, имеющего тесные связи с Францией, то французские компаративисты любят следить за эволюцией права в североафриканских государствах.

I. Вопросы формирования и применения современного национального права в государствах, принадлежавших к Оттоманской империи: сравнительное изучение современной эволюции права Турции и Египта

358. Турция и Египет являются государствами, имеющими большое значение в том современном мире, который берет свои корни от «исторического ислама». Некоторые территории Египта пережили власть первых династий калифов (завоевание Египта происходило с 639 по 642 г. во время калифата Омара). Еще до падения Константинополя образовались два мусульманских ансамбля: Могольская империя в Индии и Оттоманская империя на Ближнем Востоке, и некоторые территории современной Турции были присоединены к последней в XIV в. Египет также в течение долгого времени являлся частью этой империи, поскольку его независимая история начнется только тогда, когда Мохамед Али,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защитен с авторско право

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Стремление к более радикальной модернизации в Турции

Библиография. *Tugrul Ansay et Jr. Don Wallace.* Introduction to Turkish Law, Kluwer, 3 éd., 1987.

361. Ататюрк и усвоение западноевропейского права. Вскоре после Первой мировой войны произошел распад Оттоманской империи; в мае 1919 г. Мустафа Кемаль Ататюрк начал войну за независимость. Республика была провозглашена 29 октября 1923 г., после чего Лозанский мирный договор положил конец войне, и Турция получила в 1924 г. свою первую конституцию. В ст. 3 Конституции утверждалось: «Суверенитет безусловно и безоговорочно принадлежит народу». Турецкий народ осуществлял этот суверенитет посредством Великой национальной ассамблеи Турции. Мустафа Кемаль Ататюрк, Президент Республики, стремился сделать из Турции светское государство. Для него пришло время современных независимых государств, а связь, существующая между верующими, являлась лишь духовной связью. Право будет радикально европеизировано, для чего руководство страны прибегло главным образом к технике рецепций.

Гражданский кодекс был заимствован у Швейцарии, Уголовный кодекс — у Италии (речь идет о Кодексе 1881 г., называемом Кодексом Занарделли), Уголовно-процессуальный кодекс последовал германскому образцу, Гражданский процессуальный кодекс был также заимствован у Швейцарии (Гражданский процессуальный кодекс кантона Невшатель).

Были созданы новые суды, которые сильно напоминали французскую модель, однако с той оговоркой, что здесь отсутствовали апелляционные суды. Однако существовали две судебные системы (административные суды и общие суды; на суд по спорам о подведомственности возлагалась задача по разрешению вопросов, связанных с разграничением компетенции между двумя судебными системами). Кассационный суд и Государственный совет, соответственно, возглавляли каждую судебную систему.

Рецепция не привела к исчезновению мусульманского права. При толковании новых законов суды — и даже Кассационный суд — воскресили некоторые традиционные положения.

B. Современные факторы правовой эволюции

Библиография. *Durmus Tezcan.* La compatibilité du droit turc avec l'institution d'un procureur européen dans le cadre de la protection des interets financiers de l'Union européene: Agon, n. 34 (2002).

362. Турция: влечение к Европе. Право не оставалось законсервированным, но устремления каждого из государств, которые стремились к его трансформации, были направлены в разные стороны. Турция проводит политику очевидного сближения с европейскими государствами, ко-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

торая, как она надеется, позволит ей вступить в Европейский союз. Она фигурирует в числе государств — основателей Совета Европы. 10 марта 1954 г. Турция ратифицировала Европейскую Конвенцию о защите прав человека, которую она подписала в Риме 4 ноября 1950 г. вместе с 14 другими европейскими странами, и с 27 января 1987 г. она признает право на индивидуальное обращение в Европейский суд (таким образом, Страсбургский Суд может постоянно напоминать Турции о том, что Конвенция является частью ее правовой системы). Перспектива присоединения к Европейскому союзу была открыта для Турции с момента проведения саммита в Хельсинки (10 и 11 декабря 1999 г.). Правовой ансамбль подвержен особому влиянию перспективы присоединения к Европейскому союзу: с начала нового века происходит ускорение темпа законодательных и административных реформ для того чтобы, турецкое право соответствовало «копенгагенским критериям»[1]. Их соблюдение требуется Европейским союзом для дачи положительного ответа на ходатайство о вступлении.

363. Египет и мусульманский мир. Египет, верный своему исламскому прошлому, сохранил прежний курс. В 1980 г. даже была изменена Конституция, чтобы провозгласить шариат в качестве главного источника законодательства.

Но до сегодняшнего дня большая часть произошедших изменений так и не была пересмотрена.

II. Развитие права в государствах мусульманской цивилизации, которые обрели независимость после долгого периода иноземного господства: сравнительное исследование эволюции права в североафриканских государствах

364. Большое влияние египетского права на государства мусульманской цивилизации, и в частности, на североафриканские государства. Ливия всегда отводила важное место мусульманскому праву, особенно в вопросах уголовного права, а в гражданской сфере — личному статуту. Но в отношении остальных аспектов частного права она скопировала большинство своих институтов с египетских образцов, ливийские суды часто ссылаются на судебную практику египетских судов. Египетское влияние также неоспоримо обнаруживается в Марокко, Ту-

---

1 Под копенгагенскими критериями понимаются нормы, которые определяют, имеет ли страна право присоединиться к Европейскому союзу. Эти критерии членства были заложены в июне 1993 г. в Копенгагене. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

нисе и Алжире, даже если эти три государства смогли обогатиться собственным правовым опытом.

A. Французское присутствие и правовые институты Алжира, Туниса и Марокко

365. Очень рано Марокко заняло оригинальное место в исламском мире, не только потому, что там продолжают играть активную роль обычаи берберских племен, но и в силу большой значимости судебной практики для марокканских мусульман. Своеобразие Алжира и Туниса проявится позже, вслед за осуществлением французского влияния.

1. Алжир

Колонизация Алжира Францией в 1830 г. не явилась для мусульманского права началом эры заката, но скорее эры приспособления. Кади продолжали применять мусульманское право согласно малекитскому обычаю, и сфера его применения даже была расширена по сравнению с периодом оттоманского господства. В рамках апелляционного суда Алжира была учреждена Палата по ревизии мусульманского права, и порой в результате рассмотрения жалоб она отменяла некоторые положения мусульманского права, осужденные как несовместимые с французской концепцией правосудия.

В 1906 г. была учреждена комиссия для разработки алжирского Кодекса мусульманского права. Результатом ее работы стал предварительный проект, который назвали Кодексом Моран — по имени одного из юристов, который внес наибольший вклад в его подготовку. Большая часть положений соответствовала малекитскому обычаю, и тем не менее, по некоторым пунктам были избраны решения ханафитского толка. Кодекс Моран не был принят официально, однако его практическое влияние было значительным.

2. Тунис

Параллельно с Алжиром, но несколько позже, эволюция права началась в Тунисе. После установления протектората были учреждены современные суды. Была составлена комиссия по кодификации законов Туниса. Был разработан предварительный проект Кодекса, который известен как Кодекс Сантилана. Его своеобразие заключалось в проведении синтеза решений мусульманского и римского права. Значительная часть его положений будет признана официально: в виде Кодекса обязательств и договоров 1906 г., который обретет известность среди всех североафриканских государств.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

du pluralisme judiciaire en Afrique: l'exemple du Cameroun. *Tosi*. Le droit des obligations au Sénégal, LGDJ, 1981.

367. Несколько оснований привели к появлению множества молодых государств в Африке и Азии.

В XX в. произошел случай настоящего построения государства, как это было с Израилем[1] (и как, без сомнения, вскоре произойдет с «палестинским государством»). Но в основании образования многочисленных молодых государств двух наиболее крупных континентов мира лежат, прежде всего, крупные политические события: колонизация и деколонизация (иногда сопровождаемые своеобразными перипетиями, такими как окончание апартеида в Южной Африке).

Известна значимость территорий и населения, которые в Африке и Азии были затронуты процессом колонизации. Государства, ее познавшие, могут рассматриваться как «молодые», даже когда они принадлежат к древней цивилизации, поскольку колонизацию и последующую деколонизацию можно воспринимать как большую цезуру. Таких государств в мире насчитывается несколько десятков, и они привлекают внимание достаточно авторитетных специалистов. Но можно ли их сравнивать? Ведь их языки, обычаи, религии так сильно разнятся! В большинстве этих государств существует современное право, но оно не исключает обычаев, о значении которых следует всегда помнить.

Во время колониального периода применимое право, сложное по причине существования этнических обычаев и уже разработанного туземного законодательства, находилось под исключительным влиянием государства-колонизатора или, в случае протектората или мандата, государства, оказывающего воздействие на национальную власть.

Во второй половине XX в. произошла деколонизация, и независимые государства чаще всего сохраняли право, применяемое в момент об-

---

1 Государство Израиль было создано 14 мая 1948 г. Его Основной Закон датируется 1992 г. Развитие этой страны во многом предопределяется ее историей. Еврейская община издревле располагает своим религиозным законом. Самобытность современного права Израиля была обеспечена, прежде всего, усилиями двух органов: Кнессета (законодательной ассамблеи) и Верховного суда. Правовое положение физических лиц (брак, развод, усыновление) по-прежнему покоится в основном на религиозном законе, а споры из таких дел передаются на рассмотрение конфессиональных судов (иудейских, христианских или мусульманских). Множество фундаментальных вопросов частного права (договоры, наследование) являются предметом регулирования крупных законов, которые обособляют правопорядок Израиля как в отношении мусульманского права, так и в отношении общего права (влияние английского права связано с мандатом Великобритании на управление палестинской территорией, полученным в 1922 г.). Тем не менее здесь не утрачивают своего значения некоторые технические приемы общего права (соблюдение прецедентов, доказательственное право, ход судебной процедуры), хотя в последнее время здесь можно наблюдать и влияние других европейских правовых систем.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ретения независимости, а уже затем происходили значительные изменения там, где существовавшие институты позволяли это сделать.

Очевидно, что большинство государств отличаются друг от друга. В некоторых государствах право уже было достаточно унифицированным и обладало определенным техническим совершенством: так было, например, на Мадагаскаре, где фомба играла огромную роль для упорядочивания социальных отношений. Иногда проводились довольно успешные попытки модернизации, как это было в случае с Эфиопией. В других государствах до колонизации не существовало настоящей правовой традиции или же, как в Камеруне, имелось различное правовое наследие. Тем не менее кажется, что предоставить отчет о важнейших аспектах права в государствах Африки и Азии после колонизации представляется возможным, с одной стороны, распознавая метаморфозы права с момента получения независимости, с другой стороны, обращая внимание на сосуществование современного права с этническими обычаями.

§ 1. Метаморфозы современного права после обретения независимости

368. Большинство государств в качестве промежуточного решения избрали сохранение законов, принадлежащих главным образом государствам-колонизаторам или государствам, обладающим мандатом в отношении этих стран, и действующих на момент обретения независимости. Но за несколько десятилетий произошла значительная трансформация права, формы которой различались в зависимости от того, было ли рассматриваемое государство подвергнуто английскому влиянию или на него оказывала воздействие правовая система, принадлежащая к романо-германской правовой семье.

I. Можно ли распознать модель или модели (одну, основанную на романо-германских системах, другую — на общем праве)?

A. Законодательная эволюция

369. Законы являются важным средством правового регулирования. Тем не менее их влияние ограничено в силу отсутствия или неэффективности институтов, равнозначных тем, которые в современных демократических странах образуют «законодательную власть».

Каждое государство получило конституцию.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Большинство государств осуществили кодификации, по крайней мере частичные. Законы в определенной мере учитывают положения обычаев. Но законодательные положения умножаются с большой скоростью, и представляется невозможным осуществить точную оценку эффективности новых актов и их влияния на силу обычаев.

Б. Судебное толкование

370. Роль верховных судов является значительной. Во всяком случае так обстоит дело в государствах, которые сохранили методы юристов общего права. Но это можно также обнаружить в государствах, подвергнутых влиянию правовой системы романо-германской семьи. В государствах, где не созываются сессии парламента или где парламент играет лишь ограниченную роль, верховные суды часто включают в число своих полномочий обеспечение «путем толкования» модернизации права. В подтверждение этого можно было бы привести несколько хороших примеров.

Там, где сохранили свою силу французские акты, нередко случается, что Верховный суд государства принимает в расчет законы, принятые во Франции уже после получения этим государством независимости, для «интерпретации» положений позитивного права. В сфере семейного права, в отношении личных и имущественных отношений между супругами, применяются новые решения французского права под видом старых французских актов, сохраняющих свою силу.

В. Сосуществование современного права и этнических обычаев

Библиография. *Catherine Coquery-Vidrovitch.* Afrique Noire, Permanences et ruptures, l'Harmattan, 2 éd., 1992. *V. Koussigan.* Quelle est ma loi: tradition et modernisme en Afrique noire, Pedone, 1974. *Charles Ntampaka.* Les notions de droit africain, Pr. Univ. Namur, 2004.

1. Сфера применения современного права

371. Сфера применения является самой разнообразной. Публичное право применяется по всей стране (но включает ли оно положения обычаев с учетом того, что в некоторых странах остаются территории, подчиненные племенному вождю?). Уголовное право также является всеобщим правом в отношении тяжких преступлений. Ансамбль современного права предназначен для исключительного применения в городах. Однако лицам, проживающим в сельской местности, зачастую также разрешается требовать преимуществ его применения.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Настоящее значение обычаев

Тем не менее обычаи по-прежнему имеют большое значение, и в современных судах: заседатели и эксперты позволяют суду получить необходимые знания в отношении обычного права, когда последнее требует применения.

Каков бы ни был колонизатор, мы обнаруживаем его присутствие в молодых государствах с плюралистическими правовыми системами. Что касается обычаев, то почти во всех государствах вопросы разделения компетенции между современным правом и обычаями имеют реальное сходство. Несмотря на это, элементы современного права, методики его применения сильно различаются друг от друга; для М. Робера «идентифицировать специфичную африканскую правовую культуру является невозможным».

II. Компаративистский подход к конкретным примерам

372. Можно лишь пожелать исследовать опыт каждого молодого государства Азии и Африки. Этот опыт зачастую является увлекательным своими историческими и политическими перипетиями. Чтобы привести примеры, мы выберем два государства, которые нам посчастливилось наблюдать лично.

A. Сравнительное изучение права Ганы и Того

373. Два смежных государства. Правовые системы сближаются со своими моделями: одна — с общим правом, другая — с «гражданским правом». Государства являются соседями и проведение их границ не учло этнические конфигурации, поскольку хевы оказались по большей части в Того, но другая их часть, весьма значительная, расположилась в Гане.

Именно Гана, образованная из бывшего Золотого берега, с одной стороны, и бывшего Того, с другой, первой добилась независимости в 1957 г. Ее Конституция датируется 28 апреля 1992 г. Она устанавливает республику, которая по-прежнему остается членом Британского содружества. Президент избирается на четыре года на основании всеобщего избирательного права. Парламент, включающий 200 членов, также избирается на четыре года. Правосудие организовано на английский манер, и методы формирования правовых решений принадлежат к методам страны общего права. Но общее право применяется и в отношении этнических групп. Однако с какого времени? Передача права собственности на случай смерти послужит хорошем примером для наблюдения. Согласно современному закону *(Will Act)* может быть составлено письменное завещание, но оно также будет действительно, если сделано устно, — так постановляет обычай. Но в случае наследования без завещания Межгосударственный закон 1985 г. предусматривает для супруга и детей определенные доли в праве

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

собственности, оставляя при этом самые минимальные возможности для применения обычаев. Но будет ли этот закон применяться?

Того является независимым государством с 1960 г. Французские законы, применявшиеся в то время, были оставлены в силе, но Верховный суд путем толкования получает возможность применять новые французские акты (сохраняет силу представленное ранее объяснение, заключающееся в том, что Верховный суд признает за собой такую функцию, поскольку парламент государства еще не может в полном объеме осуществлять свои законодательные функции, которыми он наделен Конституцией). Суды организованы на французский манер, но они должны придерживаться оригинальной концепции судебной практики. Современное право, таким образом, является довольно сложным и быстро меняется, поскольку за несколько лет было принято несколько кодексов и Национальное собрание проявляет недюжинную активность. Но современное право не исключает обычаи, которые за пределами крупных городов продолжают играть важную роль при регулировании отношений между членами этнических групп.

Б. Партикуляризм правовой системы Камеруна

374. Объединение двух Камерунов. Камерун стал независимым 1 января 1960 г. На него оказывались различные влияния, поскольку часть территории, являвшаяся сначала немецкой колонией, была передана под французский мандат вскоре после Первой мировой войны, другая часть принадлежала английской империи.

Новое государство, объединившее восточный и западный Камерун, основывается на Конституции от 2 июня 1972 г., пересмотренной Законом № 96-06 от 18 января 1996 г. Государство определяется в ней как федеративная республика. Президент Республики избирается на семь лет на основании всеобщего избирательного права; он обладает огромными полномочиями, являясь, в частности, главой исполнительной власти, его работе помогает премьер-министр. Законодательная власть осуществляется двумя палатами парламента: Национальным собранием и Сенатом.

Конституция признает английский и французские языки в качестве официальных (в этнических группах практикуется около 200 диалектов). На основании ст. 68 Конституции до принятия новых законов и иных нормативных актов в силе остается прежнее законодательство, применявшееся до получения независимости. Таким образом, в зависимости от территории продолжает применяться множество актов, заимствованных из французского права, или положения, разработанные на основе английской правовой техники. Именно благодаря двуязычию и множеству правовых источников право Камеруна отличается от своих образцов оригинальностью и повышенной сложностью.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Часть вторая

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ ПОДХОД К ИЗУЧЕНИЮ ОТДЕЛЬНЫХ ИНСТИТУТОВ

376. План. После первого приближения к «великим системам» современного права, для того чтобы прогрессировать в своем познании, следует приступить к изучению некоторых закрепленных ими институтов. Границы нашей работы позволяют произвести лишь ограниченный выбор и сделать элементарное изложение. Поэтому мы остановимся на некоторых институтах частного права, которые имеют решающее значение в реальной правовой жизни. Мы прибавим к этому также краткие обзоры уголовного права и процесса, исходя из систем, мировое влияние которых в этих сферах является особенно большим, поскольку от характера норм, которые там применяются, непосредственно зависит безопасность и свобода лиц, их спокойствие, жизнеспособность, а также торговля. Таким образом, мы постарались учесть упрек, который так часто делается франкоговорящим компаративистам, в предоставлении привилегированного положения частному праву.

Когда юристы — сегодня это не редко распространяется и на практиков — имеют потребность в познании зарубежных институтов и применении их норм, они зачастую не обращают внимание на методологические проблемы проведения параллелей с институтами и нормами их собственной системы: таким образом, качество их рассуждений может оказаться скомпрометированным.

Поэтому мы постарались сначала задуматься о том, какие методы позволят проводить «точные» сравнения, для того чтобы сравнительный анализ мог принести пользу.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Предварительная глава

В ПОИСКАХ МЕТОДА

> Когда мне напоминали об античности, я старался ухватывать смысл, для того чтобы не смотреть на действительно различные случаи как на схожие и не упустить различия тех ситуаций, которые представляются схожими
>
> *Монтескье*

377. Определенная трудность быстро выпадает на долю тех, кто интересуется работой в области сравнительного правоведения: речь идет о знании того, все ли институты одной правовой системы имеют в другой правовой системе эквивалент или эквиваленты, которые позволяют проводить сравнение. Другими словами, нет ли здесь «проблемы сопоставимости»?

Раздел 1

ПРОБЛЕМА СОПОСТАВИМОСТИ ИНСТИТУТОВ

Библиография. *L.J. Constantinesco.* Traité de droit comparé, op. cit., особенно: tome II, La méthode comparative. *U. Dronig.* Rechtsvergleichung zwischen Rechtsordnungen verschiedener Wirtschaftssysteme, 48 Rabels Zeitschrift, 1984.

378. Сравнивать означает проводить очень обобщенную операцию, и поскольку речь идет о том, чтобы опираться как на различия, так и на сходства, можно ли думать, что сравнение двух объектов, каковы бы они ни были, всегда является возможным? Тем не менее компаративисты доказали, что сравнение правовых институтов, восходящих к различным системам, не всегда обладает смыслом. Если существуют основания про-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

являть интерес к «слишком различному», то по крайней мере стоит усилить бдительность при таком подходе.

§ 1. Осознание проблемы сопоставимости

379. Корни проблемы. Две категории институтов оказывают особенное влияние на появление проблемы сопоставимости.

Одни вследствие того, что они принадлежат к системе права, «определяющие элементы» которой искажают значение этих институтов по сравнению с тем, что можно было бы обоснованно предположить при первом знакомстве.

Другие потому, что их техническое своеобразие делает практически невозможным нахождение им эквивалентов в правовых системах других правовых семей.

I. Проблема сопоставимости институтов, принадлежащих к правовым системам с различными определяющими элементами

380. Воздействие определяющих элементов. В качестве определяющих элементов правовой системы можно назвать ключевые понятия, которые имеют повсеместное влияние. Они обладают связью с основными техническими или идеологическими чертами, сближение или противопоставление которых позволяет формировать группы или семьи.

Эти элементы не всегда легко распознать (в правовых системах можно обнаружить элементы практики, мало заметные для иностранных обозревателей, — во Франции так происходит с коррекционализмом и с предпочтением гражданского порядка уголовному в отношении дел с участием несовершеннолетних)[1].

Такие определяющие элементы должны быть, тем не менее, представлены вниманию лиц, проводящих сравнение, и эта предосторожность чаще всего не помешает им проводить «точное» сравнение.

Однако для некоторых правовых систем определяющие элементы являются одновременно настолько своеобразными и значимыми для отдельных институтов, что можно задаться вопросом, до какой степени

---

[1] Правовое положение несовершеннолетних покоится на двух крупных фундаментах: один из них имеет защитные функции (ст. 375 и след. Гражданского кодекса), другой имеет исключительно репрессивный характер. Исходя из этого, французские судьи часто рассматривают несовершеннолетних правонарушителей как лиц, находящихся под угрозой.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

можно проводить сравнение между ними и институтами другой правовой системы, представляющимися при первом приближении как соответствующие друг другу.

В течение нескольких десятилетий институты советского права ставили перед нами проблему сопоставимости. Основные понятия государства, права, социалистической законности являлись такими, что технический аспект правовых институтов зачастую отходил на второй план, уменьшая, таким образом, одновременно возможности и интерес к сравнениям.

Нельзя ли сегодня полагать, что по аналогичным основаниям возникает проблема сопоставимости в отношении правовых институтов Китая, когда их пытаются сравнивать с нашими собственными институтами?

II. Проблема сопоставимости института, представляющего заметное техническое своеобразие: пример траста

381. Хотя правовая система, к которой они относятся, позволяет проводить сопоставления практически в отношении всех институтов, однако некоторые из них обладают столь выдающимся техническим своеобразием, что в их отношении возникает проблема сопоставимости.

Это относится к институтам английского права: право на неприкосновенность личности, траст, процессуальный отвод и др.

Право на неприкосновенность личности является совокупностью правовых принципов и решений, которые гарантируют возможность осуществления мгновенного контроля со стороны судьи на всякое посягательство на личную свободу. Значением, эффективностью права на неприкосновенность личности в течение многих веков объясняется выдающееся место судьи в английском обществе. Можно обладать эквивалентами этого права, но подлежит ли оно настоящему заимствованию?

Траст создан на стыке двух сводов судебных решений английского права: общего права и права справедливости, что придает ему чрезвычайное своеобразие.

«Траст возникает, когда лицо становится юридическим собственником имущества, принимая на себя обязательство предоставлять одному или нескольким лицам пользование или выгоду, которую может принести это имущество».

Управляющий собственностью обладает широкими полномочиями, которые общее право признает за собственником. Бенефициары обладают справедливыми интересами, т.е. они защищаются главным образом посредством решений, которые были разработаны канцлером в рамках права справедливости.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Однако и в других правовых системах можно описать институты, в отношении которых сложно обнаружить какие-либо эквиваленты: так происходит с имуществом вааф, которое в мусульманском праве является собственностью Бога.

§ 2. Исключительный характер ситуации, при которой невозможно проводить сравнение

382. Из исследований о сопоставимости следует, что несмотря ни на что, абсолютная невозможность сравнения имеет исключительный характер. Эти исследования помогли понять, что операция «сравнения» обладает большой гибкостью.

Существуют степени сравнения, восходящие от простого сравнительного наблюдения до технически сложных сравнений. Цель сравнения далеко не всегда является одинаковой.

Почти всегда находится место для технического сравнения. Так можно ли говорить о том, что траст не был воспринят сравнительным правоведением? Ему отводится большое место в отношениях международной торговли. Его стремились переместить в некоторые правовые системы, не все из которых принадлежали к семье систем общего права. И сама Франция, не охвачена ли она «трастоманией»? Суды, столкнувшись с трастом, были вынуждены его квалифицировать. Так, траст, несмотря на свою оригинальность, может быть приближен к некоторым французским институтам (договор в пользу третьего лица, дарение с возложением), даже если мы быстро приходим к выводу, что эти институты сильно отличаются друг от друга. Там, где такие заимствования были сделаны, и даже когда институт, похожий на траст, обозначают эквивалентным термином, идет ли речь действительно о трасте? Ведь английский траст — это целая традиция, это строгий судебный контроль, это повсеместное доверие к институту — элементы, которые не может мгновенно импортировать даже лучший из законодателей. Если принять это во внимание, то сравнение является и возможным, и полезным, однако оно должно проводиться с особой осторожностью.

В системах, чьи определяющие элементы являются настоящими препятствиями для специального сравнения, тем не менее возможны сравнения в исключительной сфере (внешняя торговля, свободные зоны) или в обычной сфере, где все же существуют некие возможные точки опоры.

Таким образом, случаи, когда наиболее оригинальные правовые институты не могут найти своих аналогов в других правовых систе-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

мах, по крайней мере в отношении отдельных аспектов, довольно редки[1].

§ 3. Необходимость методов для проведения точного сравнения

383. Почему методы? Тем не менее для «точных» выводов в сравнительном правоведении необходимо всегда следовать методам. Так происходит потому, что существуют ложные сходства, скрытые тождества, потому что основания сближения или противопоставления некоторых институтов должны отыскиваться в ансамбле этих систем, где они находятся разобщенными и, в зависимости от случая, более или менее легкими для идентификации.

Различные методы социальных наук (анкетирование, статистический метод) могут и должны использоваться компаративистами. Но не должны ли последние также использовать специальные методы? Настоящие компаративисты размышляли над этим вопросом и проложили дорогу в этом направлении.

Рассмотрим их главные наставления на этом пути.

Прежде всего, необходимо уметь не бояться слов. Конечно, право — это не просто язык, но слова имеют для него большое значение. Слова являются обязательным мостиком для правовых концепций. Власть слов может быть настолько большой, что многие не способны придавать им относительное значение. Однако в сравнительном правоведении следует сразу же отбросить уравнение: «слово = понятие». Исключительными представляются случаи, когда слово имеет всегда один и тот же смысл в данной правовой системе (немецкая система стремится к этой определенности, а французское право приспосабливает бесчисленное количество слов к сложным значениям). Существуют также «ложные друзья», и они представляют наибольшую опасность. Они есть среди слов, которые обозначают основные правовые институты: французский Государственный совет и польский Государственный совет не являются эквивалентными институтами; английские трибуналы не являются судебными органами в смысле «трибуналов» французских. Они есть и среди слов, за которыми закрепляются понятия: материально-правовые понятия (английская справедливость, как мы видели, является сейчас совершенно отличной реальностью по сравнению со справедливостью в современном француз-

---

[1] Во времена существования СССР постоянно осуществлялось сравнение советских институтов (например, собственности или уголовной юстиции) с эквивалентными институтами Германии или Франции (см. труды Общества сравнительного правоведения).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Opphavsrettsbeskyttet materiale

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ском значении, английский договор и французский договор не исчерпывают друг друга), процессуально-правовые понятия (такие английские понятия, как защита и апелляция, во многом выходят за пределы значений, которые порождают французские слова «защита» и «апелляция»; немецкое ревизионное обжалование соответствует нашему кассационному обжалованию, а не нашему ревизионному обжалованию).

Следует проявлять постоянное внимание к определяющим элементам правовых систем, исходя из которых и должно происходить сравнение институтов. Мы уже сталкивались с понятием и значением определяющих элементов, когда рассматривали проблему сопоставимости (см. выше п. 381). Освещение понятия определяющего элемента правовой системы явилось важным опытом для развития сравнительной методологии. Необходимо, таким образом, идентифицировать эти определяющие элементы, а также установить их истинное значение в отношении каждой правовой системы, затрагиваемой сравнительно-правовым исследованием. Однако они могут быть не вполне идентичны, даже если речь идет о двух системах, относящихся к одной правовой семье. Этими определяющими элементами могут быть принципы конституционного значения. Ими могут быть также ключевые понятия, которые оказывают влияние на целый аспект правовой системы. Если касательно вопроса частного права, относящегося к экономическим отношениям, сравниваются немецкое и французское право, то необходимо исследовать их основные принципы, обладающие конституционным значением и сближающиеся друг с другом, но не являющиеся идентичными. Следует также всегда представлять различия определяющих элементов в теории юридических актов: волеизъявления в немецком значении, основания в значении французском.

Затем следует проявлять осторожность к заимствованным институтам, поскольку зачастую в стране-рецепторе эволюция приводит к появлению положений, сильно отличающихся от своего образца в стране-вдохновительнице: насколько разнятся сегодня английский и французский суд присяжных!

Также должны быть освещены специальные методологические элементы. Познание сущности является возможным через приведение примеров. Мы постарались показать, что необходимо не отрекаться ни от одного из возможных уровней изучения и адаптировать поля сравнения, насколько это необходимо. Мы попробуем, таким образом, задуматься над тем, как может проводиться поиск ложных подобий, скрытых тождеств и направлений эволюции, которые одновременно затрагивают две или несколько правовые системы. Мы предпримем эти попытки, поначалу рассуждая о сравнениях, проводимых между системами одной правовой семьи. Затем мы столкнемся с теми же вопросами, стараясь обнаружить то, что прибавляется к существующим методологическим трудностям, —

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Если взять на себя задачу сравнения ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, в Бельгии и Франции, то первый элемент наблюдения будет содержаться в норме, которая имеет своей основой бельгийский Гражданский кодекс и французский Гражданский кодекс. Основной вопрос, интересующий юристов в силу их практических и теоретических запросов, как представляется, может быть изучен довольно быстро и просто, поскольку Бельгия, избирая свои институты после получения независимости, сохранила французский Гражданский кодекс. И если начиная с XIX в. оба кодекса познали множество изменений, то их структуры и большинство положений остались неизменными, а доктрина и судебное толкование свидетельствуют к тому же о схожих правовых методах. И тем не менее!

I. Развитие примера: ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, в Бельгии и Франции

А. Первый уровень исследования: сравнение законов

386. Французский Гражданский кодекс в ст. 1384 использует следующую формулировку:

«Ответственность возлагается не только за вред, причиненный собственными действиями, но также за вред, который причинен действиями лиц, за которых следует отвечать, или вещей, которые находятся под надзором».

Этот текст получил специальное значение, которое составители, может быть, и не хотели ему придавать. Но по своей букве он остается неизменным.

Бельгийский Гражданский кодекс содержит ту же формулировку с момента его принятия. Можно констатировать, что она все еще оставлена без изменений.

Для юристов «ложные друзья» — это не только слова, взятые в отдельности, но группы слов, даже статьи или некоторые их элементы.

Б. Второй уровень исследования: сравнение судебной практики, касающейся толкования абз. 1 ст. 1384

Проведение параллелей между судебной практикой является более сложной задачей, так как во Франции уже было вынесено множество судебных решений. Получить необходимую информацию нам помогут правовые журналы и ряд доктринальных работ.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В отношении Франции несколько решений знаменуют собой крупные этапы толкования.

- **1896.** В постановлении Тефэн[1] считается, что абз. 1 ст. 1384 возлагает на владельца вещи презумпцию вины, которую, тем не менее владелец может опровергнуть.
- **1930.** Постановление Жандора[2] закрепляет изменение толкования: владелец подпадает под неопровержимую презумпцию ответственности, которую он может опровергнуть только посредством доказывания постороннего основания, непредвиденного обстоятельства, действия третьего лица, действия потерпевшего, представляющих характеристики непредвиденного обстоятельства.
- Впоследствии судебная практика изменила терминологию: сейчас говорится об ответственности в силу закона, но это не меняет положения владельца.

В отношении Бельгии судебная практика установилась относительно быстро. В двух постановлениях от 26 мая 1904 г., вынесенных на основании заключений генерального адвоката Жансана, Бельгийский Кассационный суд возложил ответственность на владельца вещи в случае, если потерпевший докажет, что вещь, причинившая ущерб, содержала изъян. И с 1904 г. судебная практика сохраняет абсолютную стабильность в том, что касается этой интерпретации.

Так, уже сопоставление судебных практик обнаруживает дуализм бельгийской и французской систем.

B. Третий уровень исследования: практика

Если, прибегнув к методикам и разработкам социологов права, мы осветим ситуацию с действительным применением абз. 1 ст. 1384, то обнаружим — не без удивления, — что ее применение является распространенным во французском праве и урезанным, если не сказать — не существующим в Бельгии.

В докладе коллоквиума, касающегося дорожно-транспортных происшествий, представленного в 1987 г., знаменитый специалист по бельгийскому праву гражданской ответственности М. Дальк написал:

«В противоположность тому, что происходит во Франции, применение в Бельгии абзаца 1 статьи 1384 Гражданского кодекса в отношении дорожно-транспортных происшествий является исключительным поскольку, в соответствие с интерпретацией этого положения, данной на-

---

1 Cass. Civ. 16 juin 1896 : D. 1897, I, 433, concl. Sarrut, note Saleilles.

2 Cass. Ch. Reun., 13 févr. 1930: D. 1930, I, p. 57, concl. Matter, note G. Ripert.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

I. Пример с возмещением неимущественного вреда во французском и итальянском праве

389. Существует ли функциональная эквивалентность? Проведение параллелей между институтами двух близких систем внутри одной семьи часто приводит к признанию «функциональной эквивалентности». Однако исследование должно являться тщательным, и эквивалентность лишь в редких случаях представляет собой настоящее тождество, что можно было бы проиллюстрировать с помощью многочисленных примеров.

Захотим ли мы сравнивать соответствующие положения французского и итальянского права в том, что касается возмещения неимущественного вреда? На первый взгляд, редакция ст. 1382 французского Гражданского кодекса и ст. 2059 итальянского Гражданского кодекса может заставить думать о резком контрасте между двумя правовыми системами. Изучение покажет, что если положения и далеки от совпадения, то они стремятся к сближению. Но хотя при первом приближении кажется, что здесь мы сталкиваемся с проблемой исключительно частного права, рассмотрение гражданских положений и гражданской судебной практики будет недостаточным, необходимо будет также принять во внимание уголовное право, текст Конституции и судебную практику Конституционного суда.

A. Либеральная простота французского права

Французское право покоится на ст. 1382 Гражданского кодекса и основополагающих постановлениях Кассационного суда, которые приводят к широкому признанию морального вреда.

Статья содержит наиболее общие положения: принимаемый во внимание ущерб не обладает специальными признаками.

Постановления Кассационного суда признали и развили либерализм кодекса. Признали, провозгласив ординарную природу морального вреда, закрепленную ст. 1382. Развили, поскольку оставался определенный резерв для уточнения того, что является моральным вредом, и определения лиц, которые могут претендовать на его возмещение. Постановления Кассационного суда обеспечили самые широкие возможности для получения возмещения.

Б. Сложная эволюция итальянского права в сторону расширения возмещения неимущественного вреда

Библиография. *Gabra.* Risarcibilità dei morali, in Questioni di diritto civile, II, Torino, 1998. *Xavier Pradel.* Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, LGDJ, 2004.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

жается к нему). Этот ущерб всегда считается подлежащим возмещению, так что понятие *danno alla vita di relazione* включило в себя многое из того, что рассматривается нами в качестве морального вреда.

Затем Конституционный суд произвел оригинальное обновление позитивного права. В решении от 14 июля 1986 г. он постановил, что в той мере, в какой они приводят к отказу в признании фундаментального права, признанного Конституцией, а именно права на здоровье, ст. 2059 Гражданского кодекса и ст. 185 Уголовного кодекса являются неконституционными и, следовательно, не применяются. Это дало возможность возмещать «биологический ущерб», который итальянские юристы будут понимать как неимущественный ущерб, охватывающий вред как психического, так и физического порядка. Новое понятие распространит часть своего значения на *danno di relazione di vita*, но последнее будет продолжать существовать как автономное понятие.

B. Оценка «действительности эквивалентности»

Хотя расхождения между европейскими правовыми системами в том, что касается возмещения морального вреда, все еще являются большими, французское и итальянское право, которые долгое время являлись схожими, но с принятием итальянского Гражданского кодекса 1942 г. отдалились друг от друга, сегодня вновь сблизились.

Однако остаются важные технические особенности. Аргументы, которые необходимо привести, чтобы обосновать возмещение вреда во Франции и Италии, чаще всего будут отличаться. Некоторые случаи, принимаемые в расчет в нашей стране, кажется, еще не могут послужить основанием для возмещения в итальянском праве. Сумма, присуждаемая в возмещение ущерба, также разнится по обеим сторонам Альп.

II. Замечания по сравнительной методологии, касающиеся выбора надлежащей ширины поля наблюдения

390. И вновь Монтескье. Эти замечания являются лишь продолжением золотого правила, так прекрасно сформулированного Монтескье. Каждый институт при сравнительно-правовом подходе должен быть поставлен на свое место в правовой системе, к которой он принадлежит, для того чтобы лучше выявить его точное и настоящее значение, принимая во внимание другие институты, существующие в том же правовом порядке.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Будучи необходимой, адаптация поля наблюдения представляет определенную сложность[1]: необходимо обладать достаточной правовой культурой, чтобы сформулировать гипотезы и проверить их. Практическое значение института, несмотря на первоначальный облик, может в действительности оказаться ограниченным, принимая в расчет важность других институтов. Ответственность работодателя за действия своих сотрудников является во многом эквивалентной во французском и немецком праве. Но если взять в качестве предмета сравнения «ответственность нанимателей за действия своих подчиненных», то не следует ограничиваться проведением параллели между абз. 5 ст. 1384 французского Гражданского кодекса и пар. 832 Германского гражданского уложения и соответствующих им судебных практик. Следует расширить поле наблюдения, особенно с немецкой стороны, поскольку другие акты, другие нормы, другие категории оказывают свое воздействие на пар. 832, ограничивая его практическое значение и открывая потерпевшим новые возможности для предъявления требований о возмещении к работодателям и нанимателям. Таким образом, следует исходить из всей совокупности норм, чтобы достигнуть справедливой оценки в отношении наличия или отсутствия тождества, эквивалентности между правовыми системами, между которыми ведется сравнение. Они представляют собой сложный ансамбль, и нужно еще уметь его составлять путем выдвижения гипотез и их последующей фальсификации. «...Осуществлять перечисления настолько полные и обзоры настолько общие, чтобы быть уверенным в том, что не пропустил ничего». Это правило Декарта в продвижении к истине (Рассуждение о методе. Часть вторая).

Раздел 3

ПОИСК СХОДСТВ И РАЗЛИЧИЙ, ЭВОЛЮЦИЙ И ТЕЧЕНИЙ В СИСТЕМАХ, НЕ ПРИНАДЛЕЖАЩИХ К ОДНОЙ СЕМЬЕ

391. Если исходить из систем, принадлежащих к различным семьям, то здесь также следует изучать элементы, выявленные в поле наблюдения, а для этого точно определить границы этого поля. Однако отправные для сравнительно-правовой работы системы настолько отличаются своими определяющими элементами и деталями своих

[1] Существуют более узкие (отдельные понятия или статьи) и широкие (кодексы, отрасли права) поля наблюдения.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ле, исключающим акты исполнительной власти. Конституция 1958 г. закрепила более относительную концепцию «законности»[1]. Конечно, при первом прочтении смысл Конституции может показаться двойственным: определяя в ст. 34 вопросы, относящиеся к исключительной компетенции парламента, а следовательно, закона в формальном смысле, Конституция закрепляет за последним «определение преступлений и деликтов, так же как применимых к ним наказаний». Термин «правонарушения» не был закреплен в статье 34. Можно было бы подумать, что согласно сложившейся практике употребления в юридическом языке словосочетание «преступления и деликты» оно должно охватывать и правонарушения. Однако действительная практика, используя букву Конституции, заставила признать, что определение уголовных правонарушений и применимых к ним наказаний относится к компетенции правительства, и такая практика была подтверждена высшими контрольными инстанциями. Точный смысл принципа законности заключается сегодня, таким образом, в том, что во Франции уголовные правонарушения, наказания, процедура должны быть определены писаным текстом, который вступил в силу в точном соответствии с конституционными требованиями. Но этот текст не обязательно должен исходить из формального закона, принятого парламентом, как это требовалось до 1958 г. Требование наличия текста является значительной гарантией для граждан, и по этой причине можно сказать, что принцип законности, таким, каким видели его революционеры, продолжает существовать. Но следует признать, что требование «настоящего» закона являлось повышенной гарантией для граждан.

По-прежнему сохраняется необходимость в предшествовании деянию акта, на котором может быть основан уголовный приговор (принцип отсутствия обратной силы уголовного закона). Недавняя реформа даже усилила принцип отсутствия обратной силы, поскольку, если французские юристы в течение долгого времени полагали, что ст. 4 Уголовного кодекса являлась обычным законом, что позволяло законодателю ввести обратную силу при условии прямо закрепленного положения, то Конституционный совет, признавая, что Декларация прав человека и гражданина 1789 г. является неотъемлемой частью французской Конституции, придал отсутствию обратной силы уголовного закона значение принципа, который является обязательным для законодателя.

---

[1] Это было сделано всего несколько недель спустя после того, как Государственный Совет в одном из своих постановлений, получившем большой резонанс, указал, что «республиканская традиция запрещает правительству каким бы то ни было образом определять уголовные правонарушения».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Немецкий и итальянский партикуляризм

394. Помимо технического значения, законность уголовных правонарушений и наказаний приобрела философскую и политическую важность. Существование принципа законности является одним из критериев, исходя из которых в стране оценивают настоящую природу государства, степень демократизации, объем защиты прав и свобод человека. Отсюда понятно, почему вскоре после Второй мировой войны Германия и Италия, может быть, даже в большей степени, чем Франция, постарались придать такое значение «законности» в уголовной сфере.

В Германии особенность режима законности уголовных правонарушений и наказаний покоится главным образом на двух важных ансамблях германского права. С одной стороны, законность привязывают к принципу соответствия правовому государству всех решений и действий властей[1], каковы бы они ни были, с другой стороны, законности знакомы приспособления, которые требуют разграничения законодательной власти между федеральным государством и землями (в действительности большинство законодательных положений в уголовной сфере имеют федеральное происхождение, а для обеспечения связанности ансамбля ст. 31 Основного Закона предписывает: «Федеральное право возвышается над правом земель»). В том, что касается разделения компетенции между законодательной и исполнительной властью, в Германии проблема решается посредством выведения за поле уголовного права большинства правонарушений и их санкций и помещение их в сферу подзаконных положений: эти правонарушения понимаются как «административные правонарушения».

В Италии принцип законности также прямо закреплен в актах, которые выступают в качестве основ уголовного права и процесса (см. ст. 1, 2 Уголовного кодекса). Но при внимательном их рассмотрении можно заметить, что конституционный контроль подчинил уголовные акты соблюдению фундаментальных прав. Один из наиболее ярких примеров представлен постановлением от 24 марта 1988 г. № 364, которое признало неконституционной ст. 5 Уголовного кодекса в том, что касается отказа признания ошибки в праве в уголовной сфере.

II. Проблема созидательного полномочия судьи в английском праве

395. С развитием писаного права в Англии, даже если там не произошло кодификации, можно ли полагать, что там все-таки существует

---

1 Конституция 1949 г. приложила все усилия, чтобы официально признать правовой характер государства, чтобы максимально защитить граждан от любых злоупотреблений властей. См. в этом отношении ст. 20 Конституции.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Autorių teisės saugomos

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

эквивалент принципа законности? Невозможно высказаться по этому поводу без колебаний, поскольку, помимо отсутствия определенного закрепления, существуют еще и мнения некоторых судей, сформулированные в постановлениях Палаты лордов, о том, что всегда существовало полномочие судьи по наказанию деяний, противоречащих публичному порядку и добрым нравам, не предусмотренных законом и предыдущими решениями общего права.

А. Английская традиция

До середины XIX в. суд короны признавал за собой полномочие осуждать все, что противоречило публичному порядку и добрым нравам.

На это полномочие опираются несколько принципиальных постановлений (постановление Суда королевской скамьи 1616 г., постановление Палаты лордов 1774 г., связанное с именем знаменитого лорда Мэнсфилда, постановление начала XIX в. «Государство против Хиггинса» (1801 г.)).

Б. Путаница в современных решениях

В 1884 г. было принято важное решение по делу «Государство против Прайс», пересмотревшее вопрос о полномочии судьи по признанию деяния преступным. Речь шла о том, подлежит ли наказанию факт сожжения трупа в отсутствие нормативного акта и прецедента в общем праве. Судья Стефен обосновал отрицательное решение следующей формулировкой:

«Ведущий принцип уголовного права состоит в том, что никакое деяние не является преступлением до того, как оно прямо не будет запрещено законом. Этот принцип, конечно, знает и исключения, но они редки, ограниченны, признаются с величайшей неохотой и только в силу непоколебимых оснований».

Тем не менее спустя 50 лет в постановлении «Р. против Мэнлей» (1933, 1 К.В.529) апелляционный суд проигнорировал постановление по делу «Государство против Прайс». Речь шла о том, может ли лицо, которое посредством ложных заявлений и злоупотребив таким образом, правом, заставило полицию провести расследование, считаться виновным в публичном хулиганстве (такое поведение будет прямо признано преступным только в 1957 г. в разд. 5 Уголовного акта). В первой инстанции лондонский рикордер признал это. Апелляционный суд был вынужден подтвердить это решение, используя в своем постановлении следующую формулировку: «Мы считаем, что право всегда остается таким, каким оно было признано судьей Ларенсом в деле „Государство против Хиггинса“».

Баланс был вновь изменен в 1954 г. в деле «Государство против Ньюланда» (1954, 1 Q.B.158). Лица, которые сговорились организовать

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
เนื้อหาคุ้มครองลิขสิทธิ์

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

распространяются и на английские суды), она также должна быть сделана французскими, немецкими и итальянскими властями и судебными органами в связи с некоторыми вопросами международного сотрудничества и международного уголовного права.

В Англии большинство уголовных правонарушений сегодня определяются в статутах. К тому же судейский дух и техника соблюдения предыдущих решений обеспечивают гражданам этой страны гарантии против произвола, которые на континенте ожидаются, прежде всего, от закона. Можно сделать вывод о существовании эквивалента принципа законности уголовных правонарушений и наказаний, но эквивалентность не является «тождественной».

§ 2. Поиск достаточной эквивалентности по отношению к французскому праву в отношении норм об усыновлении в правовых системах государств, гражданином которых является усыновляемый ребенок

Библиография. L'adoption internationale en droit comparé: Allemagne, Etats-Unis, France, Royaume-Uni, Russie, Travaux du Colloque de l'Association Louis Chatin: RID comp. 2003.

396. Актуальность вопросов усыновления зарубежных детей. Во Франции усыновление французами иностранного ребенка часто порождает необходимость сопоставления французского и зарубежного права, для того чтобы уточнить соблюдение всех необходимых условий и выяснить, не следует ли, используя международный публичный порядок, избежать применения иностранного закона.

Хотя наш Гражданский кодекс не содержит специальных положений об усыновлении французами детей с иностранным гражданством, судебная практика четко зафиксировала принципы, которые должны быть соблюдены для определения возможности усыновления или обеспечения его эффективности.

Вид возможного усыновления определяется законом усыновителя, который является единственным законом, применимым для создания семейной связи, возникающей в результате усыновления. Тем не менее личный закон ребенка также должен учитываться при определении условий для дачи согласия на представительство усыновляемого. Если усыновление произошло за рубежом, акт усыновления или вынесенное судебное решение приобретут свои последствия во Франции — и, прежде всего, в отношении внесения записи в центральный реестр гражданских

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

связь, получаемая в результате полного усыновления, приводит к тому, что она полностью замещает связь ребенка с биологическими родителями, связь, получаемая в результате простого усыновления, лишь добавляется к биологической связи усыновленного ребенка.

Законодательство об усыновлении указывает, со своей стороны, на сложность нашего права о родственных связях, отдающего приоритет то родству, то воле, смешивая чаще всего истину и фикцию. Но оно также являются ферментом, который оказывает воздействие на весь правовой ансамбль, что оправдывает важность усыновления в глазах теоретиков права, хотя последнее затрагивает ежегодно только несколько тысяч детей. Если королевское французское право в своей обновленной концепции семьи не знало института усыновления, то составители Гражданского кодекса отвели ему значительное место при непосредственном влиянии Бонапарта (удочерение Евгении Богарне могло сделать бесполезным развод с Жозефиной). Но слишком многочисленные условия делали усыновление на протяжении более 100 лет редким явлением. Более благоприятные условия и новые формы усыновления последовали вместе о сменяющими друг друга в XIX в. правовыми движениями в защиту детей. Закон от 19 июня 1923 г. расширил возможности по усыновлению. В 1939 г. была предусмотрена легитимация внебрачного ребенка путем усыновления, позволяющая в определенных случаях усилить обычные последствия усыновления. Но одновременно с умножением случаев усыновления последовали порождаемые ими правовые конфликты, часто весьма драматичные. Следовало путем некоторых нововведений упорядочить право усыновления, ставшее слишком агрессивным после установления режима родства, который мог легко разрушить кровные основания: после проведения ряда реформ и несмотря на неизменность некоторых выражений Законом от 11 июля 1966 г. были сформированы новые институты, которые поставили вместе два типа усыновления. С тех пор полное и простое усыновления познали несколько значительных изменений с принятием законов от 22 декабря 1976 г., от 8 января 1933 г. и от 5 июля 1996 г., но существо разграничения двух форм сохранилось: полное усыновление разрушает связи ребенка со своими кровными родителями, простое усыновление модифицирует, но не разрушает эти связи.

Б. Примеры отношения к усыновлению правовых систем государств мусульманской цивилизации

399. Расхождение законодательств. Существуют государства мусульманской цивилизации, которые признают возможность усыновления на основаниях, схожих с французским правом: примером тому служит право Турции и Туниса.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Турция заимствовала множество западных институтов, и известно, что Гражданский кодекс 1926 г. (турецкий Журнал Оффисьель от 4 апреля 1926 г.) был «получен» из Швейцарии (см. выше п. 361). Глава III титул VII книга I Гражданского кодекса посвящена усыновлению, а ст. 256 уполномочивает судебный орган на дачу разрешения на усыновление, если последнее обусловлено справедливыми основаниями и не противоречит интересам ребенка.

Что касается существа вопроса, то нормативные акты позволяют осуществлять усыновление одному лицу или супругам. Между усыновителем или усыновителями и усыновляемым необходима восемнадцатилетняя разница в возрасте. Согласие усыновляемого является необходимым, если он является способным к здравому суждению, а если усыновляемый является несовершеннолетним, свое согласие на усыновление должны дать отец и мать или судья.

Что касается процедуры, то ст. 256 Кодекса предусматривает, что «усыновление осуществляется посредством принятия удостоверенного акта и должно происходить с разрешения судьи по месту проживания усыновителя».

Даже при отсутствии «рецепции» зарубежного кодекса правовая система страны мусульманской цивилизации может признавать усыновление, иллюстрацией чего будет право Туниса. Закон от 4 марта 1958 г. № 58-27 касается публичной опеки, добровольной опеки и усыновления. Институт усыновления регламентируется там либеральным образом.

Если говорить по существу, то там требуется разница в пятнадцать лет между усыновителем или усыновителями и усыновляемым, а усыновление в принципе должно распространяться только на несовершеннолетнего. Обязательно согласие сторон, которое необходимо равным образом со стороны отца и матери усыновляемого или, в случае административной опеки или добровольной опеки, необходимо согласие уполномоченного органа или добровольного опекуна. Если усыновление не осуществляется совместно обоими супругами, то необходимо согласие супруга усыновителя.

Проверка выполнения необходимых условий и составление акта усыновления осуществляется окружным судьей.

Другие государства мусульманской цивилизации, напротив, противятся усыновлению: так, ст. 83 марокканского Кодекса о личном статуте и наследовании просто-напросто запрещает его.

II. Трактовка сходств и различий

Библиография. *Horatia Muir-Watt*. Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes: RID comp. 2003.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Титул 1

ГЛАВНЫЕ ИСТОЧНИКИ ЧАСТНЫХ ПРАВ И ИХ СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА

401. Невозможно получить достаточное представление о правовой системе без знания главных юридических основ повседневной правовой жизни, которые в большинстве случаев в обеспечиваются частным правом (не было ли римское право почти исключительно частным?). Что касается нашей работы, где мы вынуждены во многом себя ограничивать, выбирая для исследования лишь отдельные институты частного права, то несколько различных оснований приводят нас к выбору обязательственного права.

Так происходит, конечно, не в силу недооценки значения личного статута или семейного права. Но эти сферы права являются настолько сложными, настолько национально своеобразными, что практически невозможно сделать из них суммарный сравнительно-правовой отчет. Мы отсылаем поэтому тех, кто желает взяться за личный статут или семейное право зарубежной страны, к квалифицированным сочинениям и монографиям, посвященным одной стране, проводящим параллели между двумя правовыми системами и даже избирающим более широкое поле исследования.

Обязательственное право, поскольку оно предоставляет рамки и опору для всевозможных обменов, конкретизируется в положениях, более легких для обобщения, а также обладает относительной стабильностью, которая облегчает его познание. Прежде всего, мы представим принципы права юридических актов и нормы договора купли-продажи в английском, немецком и французском праве (гл. 1); затем мы сравним те же правовые системы в отношении норм о внедоговорной ответственности (гл. 2). Защита частных прав позволит сравнить системы гражданского правосудия в их наиболее крупных чертах (гл. 3).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 1

ПРАВОВЫЕ АКТЫ ВО ФРАНЦУЗСКОМ, ГЕРМАНСКОМ И АНГЛИЙСКОМ ПРАВЕ — СПЕЦИФИЧЕСКИЕ ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРА КУПЛИ-ПРОДАЖИ

402. Правовые акты образуют главный источник прав и обязанностей, они в любом случае являются широко и ежедневно используемыми инструментами во внутренней и международной торговле. И среди этих правовых актов договор купли-продажи является особенно заметным — не только в силу его практической значимости, но также потому, что в нем выражается в определенном роде дух национального права. Сравнить, после предварительного проведения параллелей между концепциями правового акта, более частные концепции договора купли-продажи означает занять очень выигрышную позицию для проникновения в великие правовые системы.

Раздел 1

ПЕРВОЕ ПРИБЛИЖЕНИЕ К ПРАВОВЫМ АКТАМ ВО ФРАНЦУЗСКОМ, НЕМЕЦКОМ И АНГЛИЙСКОМ ПРАВЕ

403. Французская система первой получила свои кодифицированные основания, почти спустя 100 лет их получило германское право; в отношении английского права, посвященного правовым актам, сле-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

дует еще раз принять в расчет судебные понятия и различия, талантливо использующиеся практиками, но которые до сегодняшнего дня не нашли научных руководителей, которые отфильтровали бы их в хорошо сформулированные и согласованные тексты, примером чего являются французский Гражданский кодекс и Германское гражданское уложение.

§ 1. Французские правовые акты: договоры во французском праве

Библиография. Среди многочисленных сочинений, наиболее широкий обзор предоставляют работы: *J. Carbonnier.* Droit civil, Tome IV, Les obligations, 22 éd., PUF, 2000. *Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck.* Droit civil, Les obligations, Le répertoire Defrénois, 2003. *Philippe Malinvaud.* Droit des obligations, Litec, 8 éd., 2003. *P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet.* Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003.

404. Французское право правовых актов не покоится на такой же искусной технической конструкции, какую мы встречаем в праве немецком. Составители Гражданского кодекса были практиками, которые, без сомнения, обладали большим редакторским талантом, но которые «сделали просто». Под их пером правовые акты стали соглашениями («односторонний правовой акт» не представлен в Гражданском кодексе), а соглашения — это прежде всего «договоры». Здесь существует изумительный корпус конструкций, освещенных принципом автономии воли. Конечно, с 1804 г. произошла значительная эволюция. Но развитие формализма, все большее принятие во внимание объективных данных все еще являются, каково бы ни было их значение, лишь поправками к ансамблю, первоначальное значение которого продолжает сохраняться.

I. Автономия воли: принцип консенсуализма

405. Он одновременно является и философской основой, и техническим принципом.

406. Конструкция всего ансамбля обладает собственным равновесием. Необходимые условия договора отдают приоритет тем из них, которые касаются воли, договор формируется при согласовании воль, исполнение договора должно обычно осуществляться согласно волеизъявлению контрагентов.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

А. Необходимые условия договора

407. Договор, безусловно, должен обладать предметом (возможным и законным), который обладает телесной или бестелесной реальностью. На этой точке опоры определяется воля каждой из сторон. Воля каждого не только должна существовать, но обязана быть свободной, избавленной от «пороков», каковыми являются заблуждение, обман и насилие. В течение долгого времени в редких случаях принятия в расчет убыточности она рассматривалась как порок воли, и только в XX в. судебная практика стала трактовать ее как объективное несоответствие в предоставлениях сторон.

Условие, которое определяет существование и действительность договора, особенным образом характеризует французскую концепцию договора: это основание, основание законное, т.е. совместимое с публичным порядком и добрыми нравами. Понятие, которое не было определено составителями Гражданского кодекса, было самым различным образом воспринято интерпретаторами. Понятие исключительно психологическое для одних (Жорж Рипер представляет его как «определяющий мотив, который объясняет и оправдывает обязательство каждой стороны»), более сложное для других (Анри Капитан), оно стремится объективироваться в судебных решениях. Но основание по-прежнему остается главной деталью правовой конструкции договора во французском праве.

Б. Согласование воль

408. По логике консенсуализма каждый контрагент должен сформулировать свою волю. Но где и когда договор, являющийся соглашением, должен рассматриваться как заключенный?

Две составляющих соглашения — оферта и акцепт — прекрасно определены в общих положениях французского договорного права. Только в потребительском праве на них оказывают влияние более тщательно сформулированные условия. Первое понятие — оферта. Это одностороннее волеизъявление, которое должно быть точным и безусловным, которое может выражаться по своему усмотрению и которое в принципе является отзывным. Акцепт это согласованное волеизъявление, которое осуществляется партнером оферента. Он должен быть безоговорочным и согласовываться со всеми пунктами оферты, по крайней мере с теми, без которых невозможно оговорить контракт. Он может быть прямо выраженным или подразумеваемым, однако молчание после оферты может иметь силу акцепта, только если невозможно иметь каких-либо сомнений в его значении.

Согласование понимается менее четко и представляет трудности для характеристики, когда контрагенты физически не предстают друг пе-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Auteursrechtelijk beschermd materiaal

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ред другом. Судебная практика, кажется, занимает различные позиции в отношении определения момента заключения и места заключения договора. В отношении момента заключения она по-настоящему не отдала предпочтение какому-либо из двух положений, которые были представлены доктриной: положению об отправке и положению о получении. Постановления Кассационного суда, кажется, избрали систему отправки[1]. Но впоследствии судебные решения заняли в своем большинстве более прагматичную позицию, видя в моменте заключения договора фактический вопрос, решение которого зависит от обстоятельств дела (эта точка зрения сегодня поддерживается большинством представителей доктрины)[2]. В том, что касается места заключения договора, практически все решения признают, что в качестве такового должно быть избрано место отправки акцепта: суд судебного округа, в котором проживает акцептант, признают компетентным для определения территориальной подсудности на случай спора.

B. Исполнение договора

409. Логика автономии воли приводит к ограничению последствий договора в отношении сторон.

Конечно, третьи лица при условии принятия на себя ответственности должны соблюдать положение, созданное договором. Но права и обязанности, которые порождаются договором, в принципе предназначаются для сторон. Договор в пользу третьего лица позволяет третьему лицу получать выгоду от правомочия, основанного на договоре; поручительство третьего лица об исполнении обязательства может иметь более широкий эффект, вовлекая третье лицо в договор как в отношении обязанностей, так и в отношении прав. Но эти приемы, особенно поручительство третьего лица об исполнении обязательства, обладают ограниченным значением на практике.

Договоры должны исполняться такими, какими они были заключены.

В случае неисполнения выносится решение о расторжении договора, действующее с обратной силой, поскольку предполагается, что стороны включили такое условие.

Договоры должны исполняться добросовестно. Этот принцип, сформулированный в абз. 3 ст. 1134 французского Гражданского кодекса, не обладает, тем не менее техническим значением, на которое наводит этот знаменитый текст. Однако сегодня его применение стало довольно распространенным.

---

1 Cass. Req., 21 mars 1932 : D. 1933, 1, p. 65, et note Salle de la Marniere.

2 Cass. Soc., 20 juill. 1954 : JCP 1955, II, 8775 et obs. Rabut.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Auteursrechtelijk beschermd materiaal

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Принятие в расчет экономических и социальных данных

Гораздо позже, чем в германском праве, в праве французском появились положения, позволяющие договорам адаптироваться к экономическим изменениям. Законодатель поставил большинство таких изменений в зависимость от воли сторон (условие о платеже по мобильной шкале предусматривается законом, но является инструментом, используемым по свободному усмотрению). Тем не менее существуют и приспособления, которые сделаны законодателем обязательными, и именно законодатель способствовал продвижению того, что будут называть «регулятивным полномочием» судьи.

Б. Роль судьи

412. Сегодня судья стал партнером сторон в договорной жизни, хотя на протяжении десятилетий в соответствии с Гражданским кодексом ему была отведена функция анализа волеизъявлений сторон в момент заключения договора при последующем возникновении разногласий.

1. Отдельные судебные решения, благоприятствующие договорной юстиции

Посредством интерпретации текста Гражданского кодекса (ст. 1135 может послужить основанием, но в течение долгого времени она была мало применимой) судья обогатил «гамму» обязательств, которые оказывают влияние на контрагентов, даже когда они не были заранее предусмотрены: обязательство уведомления стороны и обязательство обеспечить сохранность предмета договора являются тому примерами.

В XX в. судья также пришел к убеждению о необходимости принятия во внимание слишком крупных экономических диспропорций, возникших уже после заключения договора, даже если при этом следовало отклоняться от настоящих намерений сторон. Объективная концепция убыточности является прекрасной иллюстрацией изменения его отношения. Мало-помалу все свыклись с представлением о том, что судья должен и может иногда «исправлять» договор.

2. Регулятивное полномочие

Судья стал чувствовать себя более комфортно, когда законодатель ввел в некоторые значимые статьи Гражданского кодекса формулировки, допускающие судейское вмешательство. Очень важным стал Закон от 9 июля 1975 г., изменивший ст. 1152 и 1231 Гражданского кодекса, определенно возлагая на судью задачу по справедливой оценке в той сфере, где до этого использовалась бухгалтерская педантичность.

Постепенно контраст между немецким и французским правом если и не исчез полностью, то стал гораздо менее заметным.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 2. Немецкие правовые акты

Библиография. *C. Witz, F. Ranieri, W.-T. Schneider, W. Rosch, J. Bauerreis, F. Heseler*. Aspects de droit allemand: Le nouveau droit allemand des obligations: RID comp. 2002. *Frédérique Ferrand.* Droit privé allemand, Dalloz, Paris, 1997. *Michel Fromont*. Droit allemand des affaires, Montchrestien, 2001. *Hans Leser.* L'evolution du contrat en droit allemand, in L'évolution du droit des contrats, Journées René Savatier, oct. 1985, PUF. *Michel Pedamon.* Le contrat en droit allemand. *Claude Witz.* Droit privé allemand, T. I, Actes juridiques, droits subjectifs, Litec, 1992.

413. Немецкое право отличается от права французского не на уровне философских оснований: оно также освещается принципом автономии воли. Но Германское гражданское уложение было составлено более систематичным, более научным образом, что привело к совершенно отличной концепции правового акта. Прежде всего, в него было интегрировано «наследие римского права» в более чистом виде по сравнению с тем, чем воспользовалась Франция. К тому же крупнейший экономический и финансовый кризис, произошедший в период «юности» ГГУ, должен был быстро привести законодателя к экономическому «реализму». Таким образом, мы можем наблюдать значительное своеобразие немецкого права о сделках и, более обобщенно, обязательственного права. Разрабатывая теорию волеизъявления, немецкие юристы смогли включить в правовую жизнь «одностороннюю сделку», которая во французском праве признается только исключительным образом. В отношении двусторонних сделок, договоров была создана конструкция, исходящая из согласования двух волеизъявлений. Более абстрактная концепция воли также приводит к своеобразию немецкого права в сравнении с правом французским. Не только в отношении норм о заключении договора, но также относительно норм об исполнении договоров немецкое право создало великолепный ансамбль, призванный оказать большое влияние.

I. Договор как сосуществование двух волеизъявлений, соответствующих закону

414. Немецкое право заключения договоров отличается от французского права прежде всего тем, что не ссылается на предмет договора и обходится без понятия основания. Конечно, при сравнении двух систем можно достигнуть эквивалентных решений. Но правда и то, что рассуждения, которые следует для этого провести, зачастую оказываются совершенно различными.

Для того чтобы договор мог иметь свои последствия, в немецком праве требуется сначала, чтобы контрагенты осуществили волеизъявление, а затем, — чтобы эти волеизъявления совпали. Но договор так-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

же должен соблюдать некоторые требования закона, которые обеспечивают экономическое равновесие и определенный социальный и моральный контроль.

A. Волеизъявления

1. Условия действительности волеизъявлений

415. Каждое волеизъявление должно отвечать требованиям, которые напоминают некоторые нормы французского права.

Волеизъявление должно исходить от дееспособного лица или лица, которое уполномочено на его представительство.

Оно должно быть избавлено от пороков. Это второй аспект, который отличает немецкие нормы от французского права. Параграфы 114 и 124 ГГУ различают пороки воли, которые санкционируются безусловной недействительностью, и пороки воли, которые позволяют контрагенту отказаться от своего волеизъявления.

Небольшое число пороков влечет безусловную недействительность. Так обстоит дело с «умственной оговоркой» (§ 116, 118), т.е. случаем, когда партнер был в состоянии осознавать отсутствие настоящего намерения заключить договор (например шутка). В случае заключения притворной сделки (§ 117) последняя является недействительной.

Пороки воли, которые позволяют контрагенту отказаться от своего слова, имеют более важное значение на практике. Заблуждение понимается широко. Речь может идти о заблуждении, которое объясняется неточной формулировкой или неправильным вычислением (абз. 1 § 119 ГГУ). Это может быть заблуждение в отношении существенных характеристик контрагента или вещи, о которой идет речь в договоре, лишь бы только эти характеристики считались существенными в деловых отношениях (абз. 2 § 119 ГГУ). Умышленный обман (§ 123 ГГУ) и незаконная угроза (§ 124 ГГУ) также принимаются в расчет на основаниях, практически эквивалентных тем, которые французское право применяет к обману и насилию. К случаям, предусмотренным ГГУ, была добавлена ложная реклама (Закон от 25 июля 1986 г., включивший новое положение (§ 13а) в Закон о недобросовестной конкуренции). Лицо, ставшее жертвой одного из пороков воли, может воспрепятствовать законной силе договора, отозвав свое слово: отзыв влечет уничтожение договора без необходимости предъявления иска в суде. Однако отзыв должен произойти в срок, установленный законом (он составляет один год в отношении умышленного обмана или незаконной угрозы), или согласно судебной практике в разумный срок, когда не существует законного срока. Заблуждавшееся лицо может требовать возмещения ущерба от контрагента, если последний осознавал наличие заблуждения в момент заключения договора. Жертва виновных действий другой стороны может ссылаться на нормы

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Абзац 1 § 138 ГГУ провозглашает к тому же: «Правовой акт, нарушающий нормы морали, является ничтожным».

Понятие *gute Sitten* обладает нечетким содержанием и Конституционный суд, со своей стороны, призывает руководствоваться принципами, сформулированными Конституцией. Суды зачастую отказывают договору в законной силе, основываясь на абз. 1 § 138: как санкционируя отступление от норм всеобщего интереса (обход налогового законодательства, продажа орденов, договор, касающийся сексуального поведения), так и обеспечивая лицу защиту, необходимую для него согласно принятым моральным установкам (договор не может обязать наемного работника пользоваться противозачаточными средствами, договор также не может наносить лицу тяжкое оскорбление). Другие акты, особенно в экономической сфере, формулируют санкции на случай заключения договоров, противоречащих нормам морали[1].

2. Проблема общих условий договора, в котором одна из сторон явно злоупотребляет своим экономическим превосходством

419. Специальный закон, имеющий большую значимость для немецкого договорного права, закрепил общие условия договора. Этот закон был принят в 1976 г., но затем был быстро пересмотрен и опубликован вновь 29 июня 2000 г. Это очень сложный закон, который имел двойную цель: прежде всего, запретить определенные оговорки во всех договорах, каковы бы ни были его стороны (см. в этом отношении ст. 9 закона, которая предусматривает «общие условия сделок, которые в противоречие с требованиями добросовестности чрезмерным образом лишают преимуществ контрагента стороны, заключающей договор в пользу третьего лица»); но также защитить особым образом потребителей, когда они заключают договоры с профессионалами (некоторые оговорки являются запрещенными всегда, другие — только в случае превышения пределов допустимого). В настоящее время согласно закону, вступившему в силу 1 января 2002 г., большая часть положений закона была интегрирована в рамки самого ГГУ.

II. Исполнение договоров и контроль судьи

420. По логике своей чрезвычайно научной конструкции германский законодатель определил нормы для исполнения всех обязательств, которые, следовательно, затрагивают и исполнение договоров. Тем не менее существуют определенные положения, касающиеся только дого-

---

[1] См. измененный § 138 ГГУ.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ворных обязательств. На практике главные вопросы возникают, с одной стороны, в отношении определения обязательств, которые вытекают из договора, с другой стороны, в отношении неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств.

A. Обязательства, вытекающие из договора

421. Зачастую в силу неточного составления или даже в случае надлежащего составления, потому что невозможно предусмотреть все, между сторонами может возникнуть спор о существовании или объеме обязательства, вытекающего из договора. Также возникает вопрос о том, кто может воспользоваться преимуществами обязательств, определенных в договоре. ГГУ имеет на этот счет определенные положения, но важная интерпретационная работа была проведена и судами.

1. Толкование договоров

422. Суды находят в ГГУ множество норм, которые позволяют им разрешать споры. Не только § 133 предписывает им искать настоящую волю сторон, но и другие положения призваны устранить распространенные затруднения (см. в отношении добровольного исполнения обязательства § 243–272). Тем не менее для осуществления настоящего «изменения» договора судами главным образом будут использоваться нормы, касающиеся добросовестности.

Два параграфа ГГУ ссылаются на добросовестность. Это прежде всего § 157: «Договоры должны толковаться, как того требует добросовестность с учетом существующих обычаев». Но это также § 242, который уточняет: «Должник обязан осуществлять должное предоставление, как того требует добросовестность с учетом существующих обычаев».

Исходя из этих норм, особенно из второй, судья часто «исправляет» договор, выходя за пределы простого толкования. Он заполняет пробелы в договоре (признавая, например, обязательство по уведомлению) или противостоит злоупотреблению правом. Но он также может внести и более заметные поправки, особенно в отношении долгосрочных договоров, в частности, для того чтобы принять во внимание экономические (например крупный финансовый кризис) или политические (период существования двух Германий или воссоединение) потрясения.

2. Расширение круга бенефициаров договорного права

423. Суды также обогатили договорное право, предоставляя преимущества определенным лицам, которые, не являясь сторонами договора, тем не менее были допущены в «договорный круг». Таким образом, было обеспечено возмещение некоторых убытков, хотя § 823 и последующие осложняли эту задачу.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Неисполнение или ненадлежащее исполнение договора

424. В немецком праве произошла важная эволюция. ГГУ определял детальные нормы, с одной стороны, в отношении просрочки исполнения, с другой стороны в отношении невозможности исполнения.

Судебная практика дополнила эти нормы, принимая во внимание «позитивные нарушения договора», которые могли охватывать как случаи просрочки, так и ненадлежащее исполнение или неисполнение.

Закон 2001 г. полностью пересмотрел этот ансамбль.

§ 3. Английское договорное право

Библиография. R. *David et D. Pugsley.* Les contrats en droit anglais, LGDJ, 2 éd., 1985. *J.A. Jolowicz.* Droit anglais, Dalloz, 2 éd. *Olivier Moreteau.* Droit anglais des affaires, Dalloz, 2000. *Jean-Claude Montanier et Samuel Geoffroy.* Le contrat en droit anglais, PUG, 1999.

425. Странно, что английское право, которое так сильно отличается от рациональной германской конструкции, также завоевало большое влияние в мире сделок. Английское договорное право начала XIX в. оставалось еще неразвитым, хотя в то время оно уже регулировало и общегражданские, и торговые договоры. Совместными усилиями законодателя и судей оно было усовершенствовано с технической точки зрения. Если между ним и французским правом и существуют противопоставления, то это не означает отсутствие возможности для сравнения, которое может быть произведено различными способами. Однако, обладая определенным единством и не развившись пока, в отличие от французского или немецкого права, до уровня права отдельных видов договоров (даже договоры, заключаемые с государством, подчиняются общему праву), английское право остается труднодоступным, поскольку решения общего права и решения права справедливости смешиваются. В таких условиях судья всегда обладал важной ролью в выборе направления эволюционного развития, что было проиллюстрировано «в эпоху Деннинга».

I. Заключение договора

426. Договор может заключаться совершенно свободным образом, не нуждаясь по общему правилу в использовании обязательных формальностей.

Определенные формальности могут обладать специальным значением, к ним необходимо прибегать при заключении определенных сделок: например, документ за печатью *(deed)*, необходимый для заключения договора, по которому должно передаваться недвижимое имущество.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

К требованию наличия объективных характеристик для признания юридической силы обязательства привели исторические причины. Лицо, намеренное принять на себя обязательство по договору, должно иметь действительное встречное удовлетворение, независимо от того, будет ли оно по своему объему сопоставимо со значением принимаемого на себя обязательства: это действительное встречное удовлетворение и есть встречное предоставление. Требуемое поначалу для отграничения дарений, действительно связывающих дарителя, от иных обещаний, встречное предоставление было признано обязательным условием действительности всякого договора.

Встречное предоставление должно быть предоставлено лицу, которое намеревается заключить договор, самим контрагентом. Существует важный принцип *privity of contract*, который приводит к этому требованию, однако ему известны и некоторые исключения, довольно немногочисленные, предусмотренные законом или связанные с отдельными институтами, например с трастом.

Однако встречное предоставление не означает необходимости в экономическом эквиваленте того, что будет получено: это понятие не имеет целью обеспечить договорную справедливость (неприемлемый дисбаланс в договоре может быть исправлен посредством решений права справедливости).

Тем не менее суды не всегда придерживаются неукоснительной логики традиционного понятия встречного предоставления.

B. Современные законные требования

429. Современное право смогло несколько ограничить договорную свободу, особенно для того чтобы обеспечить защиту потребителей. Таким образом был принят закон, жестко «обращающийся» с договорным оговорками, которые могут быть рассмотрены в качестве бесчестных (Акт о бесчестных договорных условиях 1977 г.).

II. Последствия договора

A. Последствия для сторон

430. Как только все условия его заключения соблюдены, договор связывает стороны. Конечно, не всегда легко добиться от контрагента его исполнения в натуре, поскольку последнее никогда не рассматривалось общим правом как обязательное. Однако эта проблема не зависит от признания обязательного характера договора, признания, которое отсутствовало в первое время существования английского права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Устранение последствий в отношении третьих лиц: значение принципа частного характера договорной связи *(Privity of contract)*

431. Существуют положения английского права, которые неоспоримо напоминают ст. 1165 французского Гражданского кодекса. Но эти положения проявляются эмпирическим образом, хотя постановления Палаты лордов добиваются признания за ними общего значения: в этом отношении особенно заслуживает внимания постановление «Данлоп Пневматик Тир Ко ЛТД против Селфридж энд Ко ЛТД» (1915). Только непосредственные стороны договора могут извлекать из него выгоду (но если во время заключения договора имело место представительство, то непосредственной стороной договора является именно представляемое лицо). С принципом *Privity of contract* связан ряд важных последствий.

Лицо, потерпевшее ущерб, не может для получения возмещения воспользоваться договором, стороной которого оно не является. Ему следует доказать, что этот ущерб связан с деликтом.

Невозможно заключить договор в пользу третьего лица: между лицом, принимающим на себя обязательство, и бенефициаром не может возникнуть договорного отношения, поскольку предполагается, что в таком случае бенефициар не предоставляет встречного предоставления. Тем не менее положение, которого мы добиваемся посредством заключения договора в пользу третьего лица, может быть достигнуто с помощью траста. В настоящее время Акт о договорах 1999 г. все же позволяет при соблюдении определенных условий признавать действительность договора в пользу третьего лица.

III. Споры из договора

А. Споры из заключения

432. Договор может вызвать споры, вызванные отступлениями или нарушениями при его заключении.

Здесь не существует «теории пороков волеизъявления», сравнимой с той, которую знаем мы. Тем не менее ряд важнейших положений сближается с ней. Вместо наших категорий (заблуждение, обман, насилие) английские юристы будут использовать другие понятия, в частности, искажение, принуждение, чрезмерное давление.

Искажение приближается к заблуждению во французском праве. Но оно не принимается в расчет само по себе: если контрагент неоспоримо ошибся, но без ведома своего партнера, который не совершил никакой ошибки, то такой контрагент останется связанным договором. Искажение предполагает заблуждение, но заблуждение, к которому причастна другая сторона таким образом, что существует возможность

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

восстановить справедливость. Договор будет аннулирован, если заблуждение контрагента является следствием умышленного или неумышленного поведения другого лица. Акт об искажении 1967 г. уточняет ряд положений и облегчает возмещение ущерба потерпевшему от заблуждения при наличии искажения из неосторожности.

Принуждение (насилие) одновременно принимается во внимание общим правом и правом справедливости. Общее право допускает, что лицо, обещание которого было получено посредством неоправданных угроз, серьезно стесняющих его свободу в принятии решения, не связан таким обещанием с точки зрения закона. Во второй половине XX в. также было принято во внимание давление чисто экономического характера.

Чрезмерное давление оставляет место для корректив со стороны права справедливости: последнее приводит к осуждению виновника злоупотребления властью, не позволяя ему требовать или удерживать за собой преимущества, которым он обязан этим злоупотреблением.

Б. Споры из толкования

433. Споры могут возникнуть при определении того, существует ли обязательство и каков его объем. Английские судьи ориентируются на «объективное толкование» договора, осуществляя поиск смысла, который мог полагаться стороной разумным образом. Они допустили, что некоторые условия могут включаться в договор подразумеваемым образом, особенно тогда, когда можно полагать, что их присутствие в договоре подразумевается в определенном роде само собой. В случае незаконных или аморальных обязательств судьи чаще всего прибегают к признанию недействительности договора, однако они не всегда признают за стороной, которая осуществила платеж для получения незаконного встречного предоставления, право на реституцию.

В. Споры из исполнения

434. Если одна сторона по своей воли не желает полностью удовлетворить требования другой, возникают споры об исполнении, некоторые аспекты которых отличаются своей спецификой.

Одна из сторон может привести в действие механизм уничтожения договора, освободившись от обязательств несколькими способами.

Аннулирование договора. Это правовое понятие, которое используется в тех случаях, когда возникшие обстоятельства лишают договор оснований к существованию. Обязательства каждой стороны исчезают. Суды, тем не менее с осторожностью признают случаи аннулирования, и сторона не должна слишком рассчитывать на «аннулирование» для того, чтобы избавиться от обязательств, которые стали более тяжелыми, чем те, которые она могла предвидеть.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Расторжение договора в связи с неисполнением. Если неисполнение одной стороной своих обязательств обладает действительно важными последствиями для другого контрагента, последний может воспользоваться расторжением договора. Не существует необходимости обращаться к судье, однако следует проявить осмотрительность, поскольку контрагент, который напрасно рассчитывал на расторжение, будет отвечать перед своим партнером за необоснованное неисполнение.

Равноценное исполнение или исполнение в натуре. В общем праве неисполнение договора, нарушение контракта санкционируется путем присуждения убытков потерпевшей стороне. Но в праве справедливости может быть заявлено требование об исполнении обязательства в натуре (конкретное исполнение). Даже после объединительной реорганизации правовых систем, решения права справедливости продолжают существовать. Тем не менее решение Суда канцлера, являясь дискреционным, принимает во внимание моральные характеристики, которые в общем праве, системе строгого права не обладают тем же значением. Исполнение в натуре не может быть получено во всех случаях неисполнения и не присуждается, если истец действовал достойным порицания образом, если убытки уже явились достаточным удовлетворением для истца, если исполнение в натуре должно причинить ответчику ущерб, диспропорциональный выгоде истца.

Раздел 2

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПОДХОД К ДОГОВОРУ КУПЛИ-ПРОДАЖИ

Библиография. *Letizia Vaca.* Vendita e trasferimento della propietà nella prospettiva storico-comparatistica, Milan, 1991. *E. Rabel.* Das Recht des Warenkaufs — Eine rechtsvergleichende Darstellung, 1936, réédité 1964, Tubingen. *R. Sacco.* La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, op. cit. *Axelle Wenati.* Le transfert de la propriété des biens mobiliers en droit anglais, allemand et français, mémoire 1998.

435. Договор купли-продажи позволяет провести первое сравнительное ознакомление с договорным правом. Конечно, он является лишь одним из договоров, но это наиболее распространенный договор, наиболее важный с экономической точки зрения. Стоит также напомнить, что в каждой правовой системе договор купли-продажи служит основой для важных производных договоров (договор лизинга является тому иллюстрацией). Поэтому не удивительно, что в странах, где договорное пра-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

во не регулируется с помощью общих законодательных положений, как это по-прежнему происходит с Англией, общая теория договора многим обязана договору купли-продажи. Каждая из трех великих европейских правовых систем индивидуализировала свой договор купли-продажи до такой степени, что Венская конвенция, целью которой была унификация договора купли-продажи, должна была оставить за рамками своего регулирования такой важный аспект, как переход права собственности.

Сравнительно-правовой подход к договору купли-продажи является тем более сложным, поскольку в отношении этого договора обязательственное право накладывается на право вещное, которое во Франции и Германии сконструировано на схожих основаниях, сильно отличающихся от «феодальных» категорий Англии и Уэльса. И все же в отношении движимых телесных вещей осуществление сравнения, которое позволит постигнуть так называемую общую концепцию купли-продажи, является возможным. Хотя в отношении договора купли-продажи недвижимости сравнение является более сложным, существует большой интерес в его проведении, для того чтобы оценить своеобразие данного договора, который по своей значимости, своей оригинальности остается в ряду отличительных черт, которые обеспечивают идентификацию правовой системы.

§ 1. Разнообразие концепций купли-продажи

436. Правовое регулирование договора купли-продажи стало настолько сложным в большинстве правовых систем, что заводя речь о нем, говорят о «лопнувшем праве» или о «его неуравновешенной эволюции». Это правда, и в этом «лопнувшем праве» все более сложно распознать, что является общим правилом, а что исключением. Тем не менее великие правовые системы продолжают обладать базовыми концепциями, которые, однако, на предварительных переговорах по Венской конвенции заставили вывести за пределы унифицирующей конвенции вопрос, который находится в самом сердце купли-продажи, — вопрос перехода права собственности.

I. Схематические концепции договора купли-продажи

A. Унитарная и консенсуальная французская концепция договора купли-продажи

Библиография. *F. Collart Dutilleul et Ph. Delebeque*. Contrats civils et commerciaux, 6 éd, Dalloz 2002.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

437. Во французском праве договор купли-продажи является унитарной, консенсуальной правовой сделкой, которая производит немедленный переход права собственности на проданную вещь из имущества продавца в имущество приобретателя.

1. Договор купли-продажи, унитарная сделка во французском праве

Договор купли-продажи на французский манер находит свое простое и законченное определение в знаменитом Юридическом словаре, с которым связаны имена Жерара Корню и Ассоциации им. Анри Капитана:

«Договор, по которому одна из сторон — продавец — передает право собственности на вещь и обязуется ее вручить другой стороне — покупателю или приобретателю, — который обязуется уплатить ему ее цену».

Таким образом, это единый правовой акт, который, с одной стороны, передает право собственности на проданное имущество из имущества продавца в имущество покупателя, с другой стороны, порождает обязательства, возлагаемые на каждую из сторон. Определение подчеркивает, что во французской системе договор купли-продажи уже в момент заключения обычно передает право собственности (правда, с той оговоркой, не указанной в определении, что для противопоставления договора третьим лицам необходимо соблюдение определенных формальностей).

2. Консенсуальный характер договора купли-продажи

Однако эти формальности являются ограниченными. Купля-продажа является консенсуальным договором, и французские юристы любят подчеркивать, что передача права собственности осуществляется *solo consensu*.

Действительность договора по общему правилу не состоит в зависимости от определенной формы.

Требования формы обычно существуют для других целей (доказывание, публичная регистрация, налоговые требования).

В исключительных случаях, которые, однако, множатся, соблюдение формальностей является обязательным *ad validitatem*. Тем не менее до сегодняшнего дня сохраняется принцип, по которому действительность договора купли-продажи не зависит от его формы.

Влияние согласования воль на переход права собственности

Немедленный характер перехода права собственности связан с согласованием воль.

Статья 1583, которая перемещает в специальный титул, посвященный купле-продаже, норму, уже сформулированную в ст. 1138 в общих положениях об обязательствах, содержит прекрасную формулировку:

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

элемент, который образует «передача» вещи, т.е. ее переход во владение приобретателя. Эта передача является необходимой, соглашения о переходе не достаточно.

Существует также операция платежа, заключающаяся в переходе денежной суммы, составляющей цену, из имущества покупателя в имущество продавца (платеж является правовым актом).

2. Юридическая независимость первоначального договора от договора о переходе права собственности

Первоначальный договор и договор о переходе права собственности являются независимыми настолько, что если первый окажется недействительным, второй не обязательно станет таким же. Немецкому праву знаком важный принцип, относящийся к правовым актам, — «принцип абстрактности» *(Abstraktionsgrundsatz)*. Этот принцип прекрасно иллюстрируется при рассмотрении правовых сделок, образующих договор купли-продажи.

Постижение дуализма является наиболее легким для французских юристов в сфере купли-продажи недвижимого имущества, где ряд формальностей наилучшим образом идентифицирует второй этап договора, на котором осуществляется переход права собственности.

Однако в отношении купли-продажи движимого имущества процесс должен анализироваться точно таким же образом.

II. Прагматичные концепции договора купли-продажи

A. Английская прагматичная концепция

Библиография. *J.A. Jolowicz.* Droit anglais, Dalloz, 2 éd. *Olivier Moreteau.* Droit anglais des affaires, Dalloz, 2000.

439. Раздел 2 Акта о продаже товаров 1979 г. содержит определение купли-продажи, которое имеет всеобщее значение, даже если оно дается только в отношении движимых телесных вещей.

Купля-продажа является «договором, по которому продавец передает или соглашается передать право собственности на товар покупателю взамен встречного предоставления в денежной форме, называемого ценой».

Сам текст закона с его «или» прекрасно демонстрирует, что английское право не трактует куплю-продажу как точно определенный механизм, в соответствии с которым будут устанавливаться последствия договора. Так, момент перехода права собственности зависит от соглашения сторон. Но в силу презумпции воли, которая сформулирована законом (см. разд. 18), английское право является более близким к праву французскому, чем к немецкому.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

1. Заключение договора и переход права собственности

Хотя купля-продажа предполагает установление цены и определение продаваемых вещей, английское право облегчает договор своим широким либерализмом.

Имущество должно быть определенным.

У сторон не существует обязанности по установлению цены. Раздел 9 закона предписывает:

«Если цена не была зафиксирована, договор купли-продажи является, тем не менее действительным, а приобретатель должен уплатить разумную цену».

2. Переход права собственности

В отношении момента перехода права собственности определяющим является соглашение сторон. М. Морето так представляет реальную практику:

«Когда право собственности на товар переходит к покупателю на основании договора, договор называется куплей-продажей, *sale*. Когда на основании договора купли-продажи переход права собственности на товар должен состояться в будущем или зависит от последующего наступления условия, договор называется соглашением о купле-продаже...».

Тем не менее в законе существуют презумпции. И конвенционный характер перехода права собственности не препятствует возможности включения «оговорки о сохранении прав собственности за продавцом до полной уплаты покупной цены».

Если стороны не проявили достаточной определенности в установлении момента перехода права собственности, разд. 18 предписывает, что переход осуществляется в момент заключения договора *(when the contract is made)*. Необходимо также, чтобы вещь была определена и находилась в состоянии, допускающем передачу.

Б. Концепция договора купли-продажи в Венской конвенции

440. Венская конвенция 1980 г., подготовленная в окончательной форме под эгидой ООН и связывающая Францию, является основой нового права в отношении некоторых договоров, представляющих международные аспекты. Это право заслуживает обозначение «унифицированное право», поскольку оно напрямую определяет нормы, которые будут регулировать отдельные положения договоров, и эти нормы являются одинаковыми для всех государств, охватываемых Конвенцией[1]. Состоялось па-

[1] Эта Конвенция вызывает большой интерес со стороны сравнительного правоведения: разработка конвенции явилась благоприятной возможностью для проведения парал-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

te, condition légale du transfert de propriété en matière mobilière: Mélanges en l'honneur de Denis Tallon.

441. Наилучшим образом сравнительно-правовую работу позволяет провести договор купли-продажи движимых вещей, каким бы сложным он ни был сегодня. Базовый законный режим является достаточно различным в трех великих европейских системах. Однако существуют многочисленные конвенционные приспособления. Кроме того, сближение, столь желанное для международной торговли, происходит путем принятия европейских директив и эволюции национальных законов, которые обеспечивают регламентацию данного договора.

I. Переход права собственности, переход рисков и гарантии в базовом законном режиме

A. Переход права собственности

442. Переход права собственности осуществляется по логике национальной концепции купли-продажи (напомним, что Венская конвенция вывела этот переход за рамки своего действия).

Во Франции переход обычно осуществляется с момента заключения соглашения сторон. Тем не менее он может быть противопоставлен третьим лицам только при осуществлении передачи вещи.

В Германии после заключения договора, порождающего обязательства, должен быть заключен вещно-правовой договор. Необходимый формализм основывается на перемене владения (допущение предъявления посессорного иска во многом облегчает совершение сделок с точки зрения потребностей практики).

В Англии определяющей является воля сторон (однако с учетом законной презумпции раздела 18 Акта о продаже товаров): здесь не существует формализма, однако в качестве гарантии продавец должен передать покупателю правовой титул. Закон содержит также ряд более частных презумпций.

После определения предмета договора и до фактической передачи вещи следует привести ее в надлежащее состояние, осуществить проверку, замер, взвешивание, и переход права собственности состоится только в момент, когда покупатель будет проинформирован о совершении всех необходимых операций (Акт о продаже товаров 1979 г., разд. 18, ст. 2 и 3).

Если продаваемые вещи являются вещами, определенными родовыми признаками или будущими вещами, покупатель станет собственником тогда, когда вещи, отвечающие описанию, сделанному в договоре, будут индивидуализированы и приведены в состояние годности к пере-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вой абз. 2 ст. 474 ГГУ определяет в этом случае момент перехода рисков действительной доставкой имущества.

3. В английском праве

Библиография. *J.A. Jolowicz.* Droit anglais, Dalloz, 2 éd. Olivier Moreteau, Droit anglais des affaires, Dalloz, 2000.

В английском праве переход рисков осуществляется одновременно с переходом права собственности, который определяется абсолютно точно, поскольку связан с конкретными обстоятельствами. *Res perit domino*[1] — английские юристы охотно цитируют римское выражение. Акт о продаже товаров в разд. 20 уточняет этот принцип. Во многих случаях эти поправки приводят к тому, что при определении лица, на которого ложатся риски, принимается во внимание владение вещью или вина одной из сторон.

4. В Венской конвенции

Глава IV Конвенции посвящена переходу рисков.

Статьи 67 и 68 предусматривают разновидность договора купли-продажи, которая включает в себя перевозку. Статья 67 проводит важное разграничение: если продавец не обязывался передать вещи в определенном месте, «риск переходит на покупателя, когда товар сдан первому перевозчику», но если продавец обязался к тому, что передача будет осуществлена в установленном месте, риски перейдут на покупателя только в тот момент, когда товары будут доставлены перевозчиком в это место. Статья 68 предусматривает случай, когда товары продаются в процессе транспортировки. Общее правило (которое содержит несколько исключений) состоит в том, что «риски переходят на покупателя с момента заключения договора».

В отношении иных случаев ст. 69 определяет правило: если товары четко идентифицированы и должны быть приняты с предприятия продавца, «риск переходит на покупателя, когда товар принимается им, или, если он не делает это в положенный срок, с момента, когда товар предоставлен в его распоряжение, и он допускает нарушение договора, не принимая поставки».

B. Гарантии

444. Положения о гарантиях, кажется, сближаются, однако они существуют в рамках ансамбля, который сохраняет свою сложность под влиянием внутренней судебной практики, европейских директив, осо-

---

[1] Вещь погибает в ущерб своему собственнику. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

бенно в отношении ответственности за вред, причиненный товарами, а также Венской конвенции.

1. Во французском праве

Гражданский кодекс определяет гарантии продавца по отношению к покупателю в ст. 1625 и последующих, которые породили многочисленные судебные решения и научные споры, острота которых стала притупляться с заключением Венской конвенции.

Гарантия против эвикции редко вызывает какие-либо трудности.

Гарантия против скрытых дефектов, напротив, вызывает множество споров. Дефект делает вещь непригодной к нормальному использованию, это изъян, который не мог быть обнаруженным покупателем и должен был существовать во время передачи вещи последнему. Предъявления иска против продавца возможно только «в короткий срок» начиная с обнаружения дефекта.

Обязательство по безопасности — переданный товар не должен представлять угрозу для лиц или имущества — также оказывает сегодня воздействие на продавца. Прежде признанное судебной практикой в настоящее время оно определяется в законах: ст. *L.* 212-1 Потребительского кодекса, ст. 1386-1 и последующих Гражданского кодекса (введенных в Кодекс Законом от 19 мая 1998 г., касающимся ответственности за вред, причиненный дефектной продукцией).

2. В немецком праве

Законодатель в Германии определяет несколько общих правил, однако судебная практика значительно расширяет круг обязательств продавца.

А) Принципы, определенные законом

В Германском гражданском уложении и Германском торговом уложении предусмотрены важные нормы, некоторые из которых были изменены во время недавней реформы.

На продавца возлагается ответственность за то, чтобы в момент перехода рисков проданная вещь представляла все качества, о которых было достигнуто соглашение.

В случае, когда о качествах вещи в соглашении ничего не сказано, «проданная вещь должна быть годной для применения, к которому она предназначена в соответствии с характером договора».

Она должна также представлять качества, на которые покупатель мог бы рассчитывать, исходя из обычного состояния вещей такого рода.

Кроме того, вещь должна соответствовать публичным заявлениям, сделанным продавцом или производителем.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Именно на момент перехода рисков продавец должен гарантировать отсутствие пороков, определенных подобным образом. Тем не менее если покупатель мог в момент заключения договора осознавать существование недостатка или если он не осознавал его в силу грубой неосторожности, продавец отвечает, только когда он умышленно скрыл недостаток или если он четко гарантировал определенное свойство вещи, которого не наблюдается.

Продавец должен заменить или отремонтировать дефектную вещь, и для этой цели ему должен быть предоставлен разумный срок. За неимением такого обслуживания «в натуре» продавец должен будет возместить покупателю убытки, последний также может потребовать расторжения договора.

Иск против продавца, который ранее был доступен покупателю только в течение шести месяцев, следующих за передачей вещи, в настоящее время может быть подан в течение двух лет, за исключением случаев обмана со стороны продавца или договорного условия, предусматривающего более длительный срок гарантии. Однако, если недостаток обнаруживается в пределах шести месяцев и речь идет о потребительских товарах, покупатель пользуется переходом бремени доказывания (§ 476 ГГУ): на продавце лежит обязанность доказать то, что вещь полностью соответствовала всем требованиям.

Закон перенял у предшествующей судебной практики обязательство продавца возместить вменяемые ему убытки, являющиеся следствием недостатка вещи, однако он расширил возможности по возмещению (§ 280 ГГУ и последующие).

Б) Судебная практика

Судебная практика закрепила теорию «позитивного нарушения договора». Когда такое нарушение имело место, продавец должен возместить убытки, которые являются прямым последствием недостатка проданной вещи.

3. В английском праве

Английское право требует от покупателя проявлять бдительность в отношении качества и соответствия товаров. Тем не менее постепенно ему была предоставлена определенная защита, не столько с намерением снабдить его гарантиями против скрытых дефектов, сколько с целью обеспечить предоставление покупателю товара, который одновременно обладает достаточным качеством и может быть годным для применения, на которое рассчитывает покупатель.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

4. В Венской конвенции

Конвенция посвящает несколько важных статей вопросам гарантии (разд. II — «Соответствие товара и права третьих лиц»). Различаются два аспекта.

Продавец по договору отвечает за то, чтобы товар, являющийся его объектом, обладал соответствующим качеством, количеством, принадлежал к определенному сорту, обладал определенной упаковкой и расфасовкой; обычно он будет отвечать за всякое несоответствие. Статьи 35–40 устанавливают условия и ограничения этого обязательства (следует отметить статью 39, которая требует, чтобы покупатель действовал в разумный срок, и где говорится, и что он утрачивает право ссылаться на несоответствие, «если он не известит об этом продавца в течение двух лет, считая с даты фактической передачи товара покупателю»).

Продавец должен защищать покупателя против эвикции: он должен предоставить товары, свободные «от любых прав или притязаний третьих лиц» (ст. 41 и последующие).

II. Условия договоров купли-продажи движимых вещей

445. Купля-продажа является одним из тех договоров, которые в наибольшей степени подвержены регулированию специального права общих условий договоров. В купле-продаже движимых вещей специальная оговорка — оговорка о сохранении права собственности за продавцом до полной уплаты покупной цены — в ее простой форме или в различных вариациях имеет совершенно особую судьбу.

A. Влияние общих норм, которые касаются действительности сделок по договору купли-продажи или оговорок, включенных в договор

446. Германия и Соединенное Королевство опередили Францию в установлении правового режима общих условий договоров, защищающих потребителей. Европейская директива привела к некоторому сближению, однако мы все еще находимся на расстоянии.

1. Немецкое право

Германский Закон от 9 декабря 1976 г. об общих условиях договоров был исправлен и вновь опубликован 29 июня 2000 г., приняв во внимание требование директивы Европейского сообщества. Он имеет важное значение для договора купли-продажи. Его основные положения были включены в § 335 и последующие ГГУ.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Затем Закон от 10 января 1978 г. повторно определил способы борьбы против условий договора, в котором одна из сторон явно злоупотребляет своим экономическим превосходством. Такие условия признаются ненаписанными. На специальную комиссию возлагается задача формулировать предложения, которые учитываются при разработке декретов, квалифицирующих подобные условия договоров.

Б. Оговорка о сохранении права собственности за продавцом до полной уплаты покупной цены

447. Проявляя стремление самой стать общим условием договора, оговорка о сохранении права собственности за продавцом до полной уплаты покупной цены вызывает определенные проблемы. Она часто используется на практике, для которой она представляет большую важность. Но разнообразие оговорок, их значение не являются и не могут быть одинаковыми в трех правовых системах.

1. В немецком праве

В немецком праве оговорка о сохранении права собственности может беспрепятственно включаться в договоры купли-продажи, подчиняющиеся немецкому праву, поскольку она не противоречит нормальному ходу купли-продажи. Включение этой оговорки допускается с большой гибкостью, при этом некоторые возможные затруднения разрешаются судебной практикой. Оговорка может быть включена в первоначальный договор, но она также может быть сформулирована в промежуточный период между заключением обязательственного договора и договора о переходе права собственности.

Речь может идти о простой оговорке о сохранении права собственности: в таком случае согласно доктрине переход собственности подчиняется отлагательному условию полной оплаты цены покупателем.

Чаще всего оговорка предусматривает «продолженное сохранение права собственности». Покупатель в этом случае может перепродать вещь, однако он заранее уступает продавцу право истребования цены с нового покупателя.

Оговорка о сохранении права собственности встречается на практике настолько часто, что немецкому праву неизвестен «залог движимых вещей без их передачи залогодержателю».

2. Английское право

Законодатель хотя и поставил переход права собственности в зависимость от воли сторон, однако прямо предусмотрел возможность включения в договор оговорки о сохранении права собственности за продавцом до полной уплаты покупной цены (Акт о продаже товаров 1979 г.,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ля, но он также будет и решением судьи, который после проверки прав на имущество определяет, кто является новым собственником.

Публичная регистрация прав на недвижимость, организованная при судах, обладает определенной сложностью: в случае купли-продажи недвижимости перед переходом права собственности осуществляются различные проверки. Существуют также аспекты оглашения, которые не касаются купли-продажи. Используемая сегодня информационная система привела к появлению двух картотек: «обязательственных прав» (именно в этой картотеке на первой стадии купли-продажи можно опубликовать права приобретателя) и «вещных прав» (именно здесь констатируется переход права собственности на проданную недвижимость).

449. Во французском праве. Оглашение вещных прав на недвижимость с некоторым трудом распространилось и во Франции. После прохождения нескольких этапов была организована система, вносящая определенную безопасность в гражданский оборот, поскольку в отношении недвижимого имущества составители Гражданского кодекса ограничились нормами, которые позволяли производить лишь весьма неполную регистрацию. Действующая сегодня система была введена Декретом от 4 января 1955 г. Период, начавшийся после второй мировой войны, привел к появлению бесчисленных проблем в отношении недвижимости. Не имея возможности использовать лучшие технические приемы, опробованные за рубежом (и в первую очередь, системы Австралии и Германии) новый акт устанавливал хорошо организованную, всеобщую систему регистрации.

Французская система — это система административного характера: реформа 1955 г., создавая картотеку недвижимости и формулируя нормы, выступающие гарантом ее достоверности, стремилась к достижению простоты в использовании и безопасности. «В каждой коммуне ведение картотеки недвижимости возлагается на хранителей ипотек...». Серия карточек берет за основу имена лиц, являющихся обладателями правовых титулов на недвижимое имущество, при этом используются две классификации: одна отражает права на городскую недвижимость, другая — права на недвижимость сельскую. Кроме того, в отношении городской недвижимости существует еще одна разновидность карточек, которая уточняет, какие переходы прав произошли и какие вещные права обременяют право собственности. Если на хранителя ипотек и выпадает осуществление проверки того, соответствуют ли сделки и заявления с точки зрения их формы законным требованиям, то его полномочия все же нельзя сопоставить с полномочиями судебного органа, который проверяет правовые основания и придает абсолютное значение правам на недвижимость.

Несколько норм гарантируют эффективность и точность записей и перезаписей.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

- Принцип относительного характера публичной регистрации имеет целью обеспечить то, чтобы все следующие друг за другом сделки, затрагивающие одно и то же имущество, были опубликованы по порядку и без пробелов.
- Требование нотариальной формы в отношении сделок, регистрация которых предусмотрена абз. 1 ст. 4 Декрета от 4 января 1955 г.

Одним из оснований реформы 1955 г. было стремление к наилучшей юридической безопасности, достигаемой с помощью всеобщего характера регистрации, что упразднило тайну некоторых обеспечительных мер, преимущественных прав и законных ипотек. Тем не менее новый акт не содержит абсолютных принципов: казуистичным образом, сохраняя еще некоторые пробелы, он устанавливает, в какой мере соглашения, судебные решения или другие правовые факты затрагиваются публичным оглашением. Последнее может являться как обязательным, так и факультативным. Не обладая исключительной полнотой, французский правовой режим является очень сложным: он обязывает к оглашению «возникновения вещных прав на недвижимое имущество и всех уступок в отношении этих прав», равно как и оглашение сделок и судебных решений о признании и изменении этих прав, однако в определенных случаях он предусматривает специальное оглашение, ограниченное информацией о пользователях недвижимости.

Поскольку при той концепции публичного оглашения, которая была избрана во французском праве, ни один суд не проверяет соблюдение материально-правовых норм при возникновении или переходе прав на недвижимость, представляется невозможным привязать к публичному оглашению силу полного и окончательного укрепления права на соответствующее недвижимое имущество. Однако зависимость от факта оглашения возможности противопоставления третьим лицам сделок, исков и других фактов, имеющих влияние на недвижимое имущество, уже придает публичному оглашению большое значение. Гласность прав на недвижимое имущество может также содействовать решению проблем доказывания в виндикационном процессе.

II. Объект договора купли-продажи в английском праве при сравнении с объектом договора купли-продажи во французском и немецком праве и проблемы перехода права собственности на недвижимое имущество

450. Именно в отношении «недвижимости» (и прежде всего земли и зданий) английские правовые категории предлагают решения, сильно отличающиеся от своих эквивалентов в немецком и французском пра-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ва собственности на землю[1]. Однако система владений постепенно упростилась: из всех титулов, порожденных феодальным правом (*life estate* являлся пожизненным правом на недвижимое имущество, *estate in fee tail* мог воспользоваться, при определенных ограничениях, один из наследников, *estate in fee simple* имел тенденцию к неограниченному сроку), *estate in fee simple* на практике стал приравниваться к праву собственности на землю. Именно исходя из *estate in fee simple* была проведена реформа 1925 г. — крупная реформа, которая заложила основы современной системы перехода прав на недвижимое имущество, значительно укрепив правовые гарантии.

Б. Организация системы регистрации земельных участков, позволяющей регистрировать переходы прав *(registered conveyancing)* и противопоставлять их третьим лицам

452. Несколько законов 1925 г., среди которых выделяются Акт о законной собственности, Акт о земельной регистрации и особенно Акт о земельной регистрации 2002 г., который заменил целый ансамбль актов, упростили предыдущее право, чтобы сделать переходы права собственности более быстрыми, менее дорогими и значительно улучшить гарантии покупателя.

Современная система покоится главным образом на институте Регистра правовых титулов *(Register of Titles)* и на функции по проверке прав продавца, возложенной на государственного чиновника. Эта проверка проводится до регистрации основания договора купли-продажи — регистрации, которая придает переходу юридическую силу.

Обязательства по регистрации со временем получали все большее значение. Однако на сегодняшний день существуют и незарегистрированные земельные участки, равно как и существует возможность перехода незарегистрированной земли, которая значительно ослабляет защиту покупателя. Конечно, Акт о земельных обременениях 1972 г. предусматривает регистрацию в Регистре обременений значительного числа прав, которые могут обременять недвижимое имущество, однако существует множество прав, торговых и семейных, которые обладают особым режимом и не подлежат государственной регистрации. При этом покупатель имеет определенные средства, чтобы предостеречь себя от неожиданных последствий, например, прибегая к механизму *overreaching* в отношении семейных прав.

---

1 Во Франции Кассационный суд в XIX в. четко сформулировал, что собственность является несовместимой с любым вещным правом, «исходящим» от государства (Cass. 23 juin 1857, DP 1857, I, 223).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Таким образом, здесь наблюдается дуализм правовых режимов перехода «земли».

При традиционном режиме. Требуется определенный формализм, поскольку на договор купли-продажи можно ссылаться в суде только в том случае, если он подписан обеими сторонами. Но покупатель должен подписывать это письменное соглашение с осторожностью, т.е. он не должен этого делать до проведения серьезного изучения характера передаваемых ему прав. Если титул продавца считается заслуживающим доверия, солиситоры составляют письменный акт, на основании которого осуществляется переход права собственности: это и есть документ о передаче правового титула *(conveyance)*. Покупатель уплачивает цену и продавец передаст ему *conveyance* — титул нового собственника земли. При этом покупатель обязуется осуществить регистрацию в Земельном регистре, что в случае заключения нового договора купли-продажи облегчит совершение сделки и даст полные гарантии приобретателю.

При современном режиме регистрация в Земельном регистре является доказательством передачи титула, а изменение регистрационной записи позволяет осуществить легкий и надежный переход прав.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 2

ВНЕДОГОВОРНАЯ ГРАЖДАНСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ (ДЕЛИКТНАЯ И КВАЗИДЕЛИКТНАЯ)

Библиография. *A. Dessertine.* Préjudice corporel, son évaluation dans les pays de la CEE, Litec, 1990. *André Tunc.* La responsabilité civile, Economica, 2 éd., 1989. Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile, documents présentés par Frédéric-Edouard Klein, Helbing & Lichtenhahn, Bale et Stuttgart, 1973.

453. Не все ли является ответственностью? Каждый сталкивался с возмещением убытков, которые повседневно случаются в большом количестве. Одним из самых актуальных вопросов для всех правовых систем является организация системы возмещения, которая, однако, выстраивается самым различным образом.

Различие гражданской и уголовной ответственности является всеобщим, однако его значение далеко не всегда является одинаковым. Существуют государства, установившие между ними определенную связь, характер которой может быть различным. Франция, модифицировавшая свое право, и Италия, которая приняла новый Уголовно-процессуальный кодекс, сохраняют между этими двумя формами ответственности тесные связи. Испания наделила прокуратуру задачей по содействию потерпевшим, поскольку, осуществляя уголовное преследование, прокуратура также предъявляет требование о возмещении убытков, если потерпевшая сторона не выразит возражений на этот счет. Множество правовых систем четко разделяют две системы ответственности; это, в частности, относится к Германии и Соединенному Королевству.

Различие между гражданской и административной ответственностью постепенно также укореняется в правовых системах (во Франции, со времен знаменитого решения Бланко, ответственность государства подчиняется собственным нормам, в этом плане французское право по-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

служило образцом для многих государств), но не подпадает под логику систем общего права. В других системах оно трактуется по-разному.

Различие гражданской деликтной и гражданской договорной ответственности закрепляется довольно часто, но ему не всегда придают одинаковое значение: существуют системы, где потерпевшему запрещается кумуляция исков, т.е. выбор между деликтной и договорной ответственностью в тех случаях, когда можно обнаружить существование предпосылок для той и другой. Французское право по общему правилу осуждает кумуляцию исков, право немецкое ее дозволяет.

Утвердилось различие гражданской ответственности и права возмещения, поскольку в правовых системах экономически развитых стран то, что раньше относилось к праву гражданской ответственности, теперь переходит к праву социального обеспечения или к праву социальной поддержки: так во Франции на протяжении более 100 лет происходит с несчастными случаями на производстве.

Основания гражданской внедоговорной ответственности приняли различные формы. Гражданская ответственность, основанная на вине, была включена в «правовое наследие человечества»: *in lege aquilia culpa et levissima venit*. Но это не избавило право гражданской ответственности от сложностей в организации. Наряду с виной появились другие основания для обоснования и оценки возмещения убытков. Оставаясь в логике настоящей ответственности, законодатели и судьи создали, развили и привели в порядок презумпции виновности и разновидности ответственности в силу закона. Законодатели в некоторых странах также включили в правовое регулирование возмещения вреда положения, исходящие из другой логики, из логики — справедливости — для того чтобы не оставить потерпевших без какой бы то ни было защиты, не предоставляемой им нормами о настоящей ответственности.

В плане технической конструкции права ответственности продолжает сохраняться контраст между «казуистическими» системами и системами, которые ставят свои положения в зависимость от общих правил.

Раздел 1

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПОДХОД К ГРАЖДАНСКОЙ ДЕЛИКТНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ, ОСНОВАННОЙ НА ВИНЕ

Библиография. *A. Dessertine.* Préjudice corporel, son évaluation dans les pays de la CEE, Litec, 1990. Maximilian Fuchs, Deliktsrecht, Heidelberg,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Springer Verlag, 1995. *W. Van Gerven et autres*. Tort Law: Scope of Protection, Hart, Oxford, 1998. *R. Sacco*. Op. cit.

454. Ответственность, основанная на вине, все еще остается первым из оснований гражданской ответственности практически во всех правовых системах. Однако институты, которые составляют это понятие, не везде представлены одинаковым образом с точки зрения юридической техники. Сравнение положений, избранных в государствах Европейского союза, является иллюстрацией сложности в унификации решений наиболее повседневных человеческих проблем и предстает в качестве «обязательного» вопроса для практики сравнительного правоведения. Английское право продолжает сохранять свою казуистичность, немецкое и французское право руководствуются общими нормами, однако их конструкция не является в связи с этим менее различной.

§ 1. Английские деликты *(torts)*: гамма деликтов, которые принимают в расчет начало вины

Библиография. *R.W.M. Dias et B.S. Markesinis*. Tort Law, 2 éd., Clarendon Press Oxford. *J.A. Jolowicz*. Droit anglais, Dalloz, 2000. *Lydie Reiss*. Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais, PUAM, 2003. *Tony Weir*. Torts, Oxford University Press, 2002.

455. Гражданская ответственность, основанная на вине, обычно остается казуистичной в английском праве, в системе деликтов, на протяжении нескольких веков выстроенной судебной практикой. Деликтами называют случаи, когда поведение обязывает к возмещению по отношению к лицу, которое было вынуждено понести ущерб от такого поведения. Большинство деликтов основывается на начале вины, хотя в английском праве существует несколько случаев ответственности без вины, примером чему является дело *Rule in Rylands v. Fletcher* (см. ниже п. 476).

Недавно рассмотренное дело[1] показывает, насколько сложно сталкиваться с этой казуистичностью: женщина и ее сын, которые наносили визит одному из своих близких, находящемуся в тюрьме, подверглись личному досмотру со стороны надзирателей; они потребовали возмещения ущерба, обосновав его обстоятельствами проведения такого досмотра. Имеется ли здесь классический деликт из причинения вреда в отношении личности, или здесь имеет место новый деликт, предусмотренный Европейской Конвенцией о защите прав человека? Апелляционный

[1] Home Office v. Mary Jane Wainwright & Anor (2001) EWCA Civ 2081, 20 dec., 2001.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

суд остановился на деликте из причинения вреда личности для возмещения ущерба сыну и, если она не возражает, в отношении матери (ему следовало бы признать новый деликт в отношении простого посягательства на личную жизнь), однако мать дала свое согласие на привлечение Палаты лордов.

Некоторые деликты касаются четко установленных посягательств на интересы или имущество другого лица, другие имеют более широкое значение.

I. Деликты, которые образуют посягательства на личность (умышленные или по неосторожности): нанесение побоев *(battery)*, угроза насилием *(assault)*, неправомерное лишение свободы *(false imprisonment)*

456. Среди большого ряда посягательств против личности выделяются деликты, которые ранее принадлежали к деликтам из причинения вреда, но обрели свою техническую автономию.

Мы говорим о нанесении побоев, когда лицо, умышленно или по неосторожности провоцирует физический контакт с другим лицом без согласия последнего. Иск потерпевшего лица из нанесения побоев принимается судом даже при отсутствии ущерба.

Угроза насилием существует тогда, когда лицо умышленно или по неосторожности провоцирует у другого лица страх физического контакта (угроза насилием вызывает боязнь нанесения побоев).

Неправомерное лишение свободы также состоит в связи с деликтом из причинения вреда, который здесь презюмируется.

II. Деликты, которые основываются на посягательствах на имущество другого лица (умышленные или по неосторожности)

457. Различные деликты защищают собственников движимого имущества: речь идет о посягательстве на движимое имущество (третье лицо, умышленно или по неосторожности, нарушает право собственности истца), деликт из присвоения имущества (лицо посягнуло на право или на владение истца).

В отношении недвижимых вещей титульные владельцы права находят свою защиту в одной из разновидностей иска из нарушения владения: *trespass quare clausum fregit*. Виндикационный иск понимается в английском праве как разновидность иска из нарушения владения.

В отношении интеллектуальной собственности и прав, основанных на договоре, также существуют специальные виды деликтов: нарушение авторских прав, нарушение договора, недобросовестная конкуренция.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

III. Некоторые деликты с более широким значением (отсутствие предписанной меры заботливости)

A. Невыполнение законной обязанности *(Breach of statutory duty)*

458. Суды допустили существование деликта в том случае, когда лицо нарушает обязанность, установленную законом *(statutory duty)*, посягая на интересы, защищаемые нормативным актом, который и определил эту обязанность. Некоторые видят в невыполнении законной обязанности разновидность халатности. Однако сегодня скорее склоняются к тому, чтобы выделять отдельную категорию, находящуюся между ответственностью за халатность и объективной ответственностью (не зависящую от вины).

Б. Халатность *(tort of negligence)*

459. Становление деликта. Халатность поначалу также была весьма ограниченным деликтом. Однако в ходе эволюции она отделилась от ансамбля деликтов, став общим источником гражданской ответственности. Халатность позволяет лицу, которое потерпело ущерб, причиненный по вине другого лица, испрашивать с него возмещение с того момента, когда у ответчика возникала обязанность по проявлению осторожности в отношении истца, и ущерб явился прогнозируемым следствием отступления от этой обязанности. Технические условия для признания халатности постепенно были расширены либеральным образом в пользу потерпевших. Однако этот деликт все еще далек от того, чтобы с легкостью предоставлять возмещение от всякого ущерба.

1. Ущерб, возмещаемый на основании халатности

В расчет принимаются посягательства на физическую неприкосновенность, какова бы ни была степень их тяжести, а также уничтожение или порча имущества. Напротив, некоторые разновидности ущерба, моральный вред и чисто экономический ущерб предоставляют иск только в весьма ограниченных случаях.

Моральный вред в настоящее время возмещается лишь в определенных случаях, например в случае смерти лица, если требование о его возмещении предъявляет супруг или родители умершего. В случае смерти лица супруг и родители получают возмещение на основании морального вреда в размере, прямо установленном законодателем.

Чисто экономический ущерб далеко не всегда возмещается на основании халатности.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Небрежность является нарушением обязанности по проявлению осторожности *(duty to take care)* по отношению к потерпевшему

В отношении кого существует такая обязанность? Верх взял пространный ответ, который опирается на одно из наиболее знаменитых постановлений английского права по делу *Donoghue v. Stevenson* (1923) (см. выдержки в приложении 2): каждый несет обязанность проявлять разумную осторожность в отношении другого лица.

Однако эта обязанность должна быть нарушенной: если можно разумно предположить, что опасность скоро наступит, то налицо небрежность, состоящая в непринятии необходимых мер предосторожности. Конечно, невозможно предусмотреть все, особенно отклоняющееся поведение тех, с кем постоянно общаешься. Тем не менее чтобы уточнить этот «стандарт» поведения разумного человека, судебные критерии становятся все более и более благоприятными к потерпевшему.

3. Причинная связь между халатностью и ущербом

Однако истец должен установить причинную связь между своим ущербом и халатностью. Здесь практика также благоприятствует потерпевшему, и некоторые рассуждения судей равносильны настоящим презумпциям. Доказывание должно осуществляться на основании соотношения вероятностей *(balance of probabilities)*, стандарте гораздо менее жестком, чем знаменитое «при отсутствии разумных оснований для сомнения» *(beyond reasonable doubt)* уголовного процесса. Суды допускают рассуждение *res ipsa loquitur*[1]: когда по своей природе происшествие обычно является следствием чьей-либо вины, простой факт происшествия является *prima facie*[2] доказательством такой вины и уже на ответчика возлагается бремя доказывания своей невиновности в произошедшем.

Остается установить наличие реального характера причины, с оценкой которого часто возникают трудности. Особенно это происходит тогда, когда имеется несколько причин: в этом случае именно последнее событие, прервавшее нормальный ход событий *(novus actus interveniens)*, будет по общему правилу избираться в качестве единственной причины.

---

1 По сущности вещей (лат.)

2 При отсутствии доказательств в пользу противного (лат.).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 2. Различные конструкции общегражданской ответственности, основанной на вине, существующие во французском и немецком праве

I. Гражданская деликтная и квазиделиктная ответственность, основанная на вине, во французском праве

460. Лаконичные тексты с широким охватом. Статьи 1382 и 1383 французского Гражданского кодекса составлены так, что допускают наиболее широкую концепцию гражданской ответственности, основанной на вине. Вина, не будучи по-настоящему определенной, передается весьма обобщенными терминами: «деяние», «небрежность», «неосторожность». Для того чтобы виновное действие стало юридическим фактом гражданской ответственности, необходимо объединение двух условий: подлежащего возмещению вреда и причинной связи между виновным поступком и вредом. Очень скоро отношение к потерпевшим стало характеризоваться самым либеральным образом.

В законе отражались все формы имущественного вреда, включая «чисто экономический» ущерб. Но позволяло ли он взыскивать моральный вред? Этот вопрос был поднят в 1843 г. Кассационный суд в изящной мотивировочной части подтвердил, что Гражданский кодекс позволяет принимать его во внимание. Ущерб должен являться действительным и определенным, однако и возможный вред получил шансы на возмещение, облекшись в категорию «упущенные возможности».

Причинная связь во французском праве также понимается весьма широко.

A. Эволюция понятия вины

461. Вина как неизвестная величина. Но что представляла собой эта вина, от которой почти целиком зависела гражданская ответственность. Понятие вины было объектом одного из самых ярких научных споров в гражданском праве, и эти дебаты повлияли на формирование судебной практики.

1. Субъективная концепция

Для большинства представителей доктрины XIX в. вина являлась нарушением обязательства, которое следовало знать и соблюдать. Так происходило не только в отношении умышленной вины (ст. 1382), но также в отношении неумышленной формы вины, вины из неосторожности, принятой во внимание ст. 1383 Кодекса. В XX в. многие авторы

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Urheberrechtlich geschütztes Material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

объективной концепции виновного поведения, поскольку именно с ней наилучшим образом согласовывалось позитивное право.

Начало эволюции положил Закон от 3 января 1968 г., который ввел в Гражданский кодекс ст. 489-2:

«Лицо, причинившее вред другому лицу, хотя бы оно и находилось под влиянием душевного расстройства, обязывается к его возмещению».

Можно интерпретировать этот текст, просто руководствуясь новым основанием (возмещение по мотиву справедливости). Однако в доктрине он был истолкован как законодательное закрепление объективной концепции виновного поведения. Затем появилась судебная практика, допускающая виновное поведение со стороны детей, лишенных рассудка. Наконец, законодатель, разъединив неосторожность в уголовном и гражданском праве, кажется, прочно остановился на объективной концепции виновного поведения в гражданском кодексе. В уголовном кодексе, в свою очередь, неосторожность приобрела более благоприятное значение для обвиняемого.

Б. Разновидности виновного поведения и особо важное или оригинальное использование категории вины

462. Какова бы ни была избранная концепция, вина получила многочисленные способы применения во французском праве, поскольку даже при господстве субъективной концепции судебные органы с легкостью делали вывод о ее наличии. Тем не менее признание определенных разновидностей виновного поведения произошло только после бурных дебатов, и даже после того как это признание произошло, дискуссии о конкретной сфере применения того или иного типа виновного поведения не прекратились.

1. Разновидности виновного поведения: влияние формы вины

463. Обыкновенный режим гражданской ответственности сегодня определяется на основании вины в форме неосторожности, закрепленной в ст. 1383. Эта форма вины, которая «стремится к превращению в поведение, объективно причиняющее вред», больше не содержит интеллектуального элемента и влечет полное возмещение убытков без дополнительных последствий. Квалифицированные формы вины, напротив, будут усугублять последствия гражданской ответственности.

Вина в форме неосторожности, когда она является объектом уголовной квалификации, оправдывает уголовное преследование и осуждение.

Грубая неосторожность, которая не включает намерения причинить ущерб, но свидетельствует о легкомыслии или небрежности, влечет не-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
เนื้อหาคุ้มครองลิขสิทธิ์

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Гражданская ответственность, основанная на вине, в немецком праве

Библиография. *Michel Fromont.* Droit allemand des affaires: op. cit. *Cl. Witz.* Le droit allemand: op. cit.

465. Гражданская деликтная ответственность, базирующаяся на началах вины, является основой гражданской ответственности в немецком праве: § 823 и последующие ГГУ организуют ее самым тщательным образом. Для признания ее существования мы должны провести ряд рассуждений, каждое из которых должно содержать положительное заключение. Французские юристы отмечают, что эти рассуждения в большей степени касаются уголовной ответственности, однако не всегда достаточны для обоснования гражданской ответственности.

A. Ответственность, основанная на вине, предусматривается только при наличии посягательства, нацеленного на точно определенное имущество, права, интересы

466. Правильно уяснить смысл § 823. Ограничительная формулировка первого предложения § 823 является вдвойне обманчивой: сама по себе она не обладает всеобщим значением; кроме того, с момента приятия новой Конституции следует осуществлять расширительное толкование убытков.

1. Смысл терминов, содержащихся в первом предложении § 823

- Некоторые термины не вызывают больших трудностей: посягательство на жизнь, физическую неприкосновенность, свободу и здоровье.
- Напротив, термины или словосочетания «собственность», «всякое иное право другого лица» нуждаются в освещении. На самом деле они охватывают только «абсолютные права» в отношении определенного имущества, т.е. вещные права, такие как узуфрукт и сервитут. Моральный ущерб и чисто экономический ущерб к ним не относятся.

2. Тем не менее формулировка является полной

Прежде всего, в силу самого ГГУ и абз. 2 § 823. Во вторую очередь, на основании судебной практики Федерального суда правосудия.

В ГГУ содержится множество положений, которые определяют, какой ущерб позволяет применить нормы о гражданской ответственности, основанной на началах вины. Во абз. 2 § 823 говорится о «нарушении закона, имеющем целью защиту интересов другого лица». Когда ущерб причиняется по доброй воле и способом, противоречащим нормам морали, он должен быть возмещен (§ 826). К этим общим положениям добавляются

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
เนื้อหาคุ้มครองลิขสิทธิ์

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

несколько других, касающихся специфичных разновидностей ущерба или виновного поведения: посягательство на доверие, на финансовое положение, на будущее лица (§ 824), совращение женщины путем обмана, угрозы или злоупотребления отношением зависимости (§ 825), злонамеренное осуществление своих функций государственным должностным лицом.

Федеральный суд правосудия в свете положений Конституции, касающихся фундаментальных прав, допустил, чтобы посягательства на права личности позволяли делать ссылку на гражданскую ответственность, основанную на вине, на основании § 832 (см. ниже, приложение 2). Он также постановил, что равным образом должны приниматься во внимание посягательства на интересы предприятия, *Reichsgericht*, допустив существование права на спокойное осуществление коммерческой и промышленной деятельности.

Б. Ответственность, основанная на вине, предусматривается только в том случае, если поведение, причинившее ущерб, может, с одной стороны, квалифицироваться в качестве «незаконного» и, с другой стороны, вменяться в вину его причинителю

467. Незаконность и вменение в вину. Виновное поведение, на которое хочет сослаться потерпевший, также должно отвечать условиям, заслуживающим особого внимания. Конечно, сегодня не имеет значения, идет речь о действии или бездействии. В этом смысле определяющим для судебной практики стало знаменитое постановление Федерального суда *Lindenmaier/Mohring*. Однако бездействие может являться виновным только тогда, когда существует обязанность действовать. К тому же поведение, каково бы оно ни было, должно быть незаконным и вменяться в вину его причинителю.

Незаконным поведением является поведение, которое объективно противоречит праву. Для оценки незаконности будет избрана широкая концепция правовой нормы. Допускается, что незаконными являются не только отступления от норм закона, но также отступления от норм обычая. Только в том случае, когда в самих нормах говорится о возможности существования обстоятельств, оправдывающих причинение вреда, установление таких обстоятельств помешает признать поведение незаконным: так происходит в случае необходимой обороны и в состоянии крайней необходимости.

Поставить ответственность, основанную на вине, в зависимость от вменения деяния в вину причинителю — значит требовать, чтобы последний имел возможность осознавать свое деяние и хотеть его в момент совершения. Федеральный суд прекрасно определил это условие в

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ссылкой на ответственность, основанную на вине, допускалось только постольку, поскольку именно данная разновидность ущерба предусматривалась нормой закона, которая придала противоправный характер поведению ответчика.

Суд Ганновера в 1910 г. должен был вынести решение по иску молодого человека, на которого была возложена обязанность менять кегли в соответствующем заведении. Свою работу он выполнял в конце вечера, после 20 часов, что было запрещено трудовым законодательством. Он был ранен шаром игрока и потребовал возмещения от хозяина заведения. Суд посчитал, что эта разновидность ущерба не может быть связана с противоправным поведением хозяина заведения (регламентация ночного труда детей имела целью предупредить несчастные случаи и некоторые посягательства на здоровье, но ни в коей мере неумышленный или неловкий бросок шара клиентом). Конечно, не стоит переоценивать влияние «специального характера гражданской ответственности». Тем не менее по сравнению с практически беспредельным французским правом на возмещение ущерба он содействует ограничению применения норм об ответственности, основанных на начале вины.

Раздел 2

ПРЕЗУМПЦИИ ВИНОВНОСТИ В СИСТЕМАХ ЗАКОННОГО ВОЗМЕЩЕНИЯ: ЭВОЛЮЦИЯ В СТОРОНУ ОБЪЕКТИВИЗАЦИИ И СОЦИАЛИЗАЦИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПО ВОЗМЕЩЕНИЮ, А ТАКЖЕ ВОЗМЕЩЕНИЯ НЕКОТОРЫХ ВИДОВ УЩЕРБА В СИЛУ ЗАКОНА

471. Влияние экономического развития, изменения умонастроений, а также распространения страхования. Сейчас пытаются говорить о том, что возмещению подлежит всякий вред, и в полном объеме. Однако если развитие подобной идеи можно наблюдать во многих странах, она не всегда трансформирует правовые системы одинаковым образом: различаются и результаты, и способы их достижения. Тем не менее для улучшения положения потерпевших, которые могут испытывать определенные неудобства при доказывании ответственности, основанной на вине, были определены дополнительные режимы ответственности, которые облегчают доказывание или улучшают условия

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

тодатели несут ответственность за вред, причиненный их служащими, в соответствии с системой объективной ответственности *(strict liability)*.

Для того чтобы возложить на работодателя ответственность, следует, чтобы работник являлся виновником деликта и чтобы этот деликт был совершен при осуществлении трудовых функций, которые суды понимают весьма широко.

Работодатель имеет лишь ограниченное число средств защиты (речь идет об объективной ответственности, т.е. ответственности без вины). Тем не менее он может воспользоваться принятием на себя рисков со стороны потерпевшего.

II. Объективная ответственность (ответственность без вины)

475. В рамках некоторых деликтов потерпевший не должен доказывать неосторожное или небрежное поведение причинителя вреда.

A. Правило, закрепленное в деле *Rylands v. Fletcher*

476. Ограниченная ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. Если ущерб причинен вещью, которая была искусственным образом прикреплена к другой вещи, но отделившись, нанесла определенный ущерб, ее собственник должен будет его возместить.

Эта объективная ответственность была закреплена судами уже на раннем этапе (см. ниже в приложении 2 отрывки из речей лордов по делу *Rylands v. Fletcher*). Однако она остается ограниченной настолько, что здесь нельзя обнаружить настоящего эквивалента ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, которая была разработана, исходя из абз. 1 ст. 1384 французского Гражданского кодекса.

Б. Деликт из нарушения покоя *(tort of nuisance)*

477. Случай анормального вреда. В случае с деликтом из нарушения покоя анормальный *(unreasonable)* вред причиняется имуществу лица или праву, связанному с этим имуществом. В данной ситуации необходимо оценивать результат поведения причинителя вреда в большей степени, чем само поведение причинителя вреда.

Этот деликт позволил обеспечить возмещение вреда в самых разнообразных случаях: к ним относится большинство нарушений правил добрососедства. До недавнего появления ряда регламентов, определяющих иные санкции, некоторые загрязнения природной среды также позволяли потерпевшим воспользоваться деликтом из нарушения покоя.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 2. Французское право

478. Метаморфозы презумпций. При первой интерпретации, данной нормам Гражданского кодекса, презумпции вины представляли собой второй раздел ответственности, основанной на вине. Считалось, что законодатель облегчил потерпевшим бремя доказывания, решив, что при определенных условиях наступление вреда должно презюмировать вину лица, с которого потерпевший мог требовать возмещения.

В XIX в. среди презумпций вины находились: презумпция, действующая против отца на случай ущерба, причиненного действиями его ребенка, проживающего вместе с ним; презумпция распространяющаяся на учителей начальных классов или ремесленников, когда вред был причинен действиями, соответственно, ученика или подмастерья; презумпция, действующая против работодателей, когда вред причинялся действиями служащих при исполнении ими своих обязанностей. Также посредством презумпции вины объяснялась ответственность хозяина животного (ст. 1385) и собственника здания (ст. 1386).

Затем начался упадок этой теории. Прежде всего, была отменена презумпция против учителей начальных классов. Затем некоторые презумпции потребовали иного объяснения, нежели идея вины (презумпции, действующие против работодателей, хранителей вещей, хозяина животного или лица, которому оно служит).

Наконец, радикальная эволюция в судебном толковании сведет на нет сферу «презумпций вины». Эстафету примет другое словосочетание: в отношении многих ситуаций будут говорить о «презумпциях ответственности» или о «презумпциях, основанных на законе».

I. Ответственность за вред, причиненный действиями другого лица

A. Гражданская ответственность за вред, причиненный действиями другого лица, подчиненная общему принципу: новый аспект в динамике французского права гражданской ответственности

479. Постановление Блиек (1991 г.). До недавнего времени гражданская ответственность за вред, причиненный действиями другого лица, имела две важные сферы в области внедоговорной ответственности: ответственность родителей за вред, причиненный действиями их детей, и ответственность работодателей за вред, причиненный действиями их работников. Здесь также принималась во внимание, но всегда оставалась менее заметной ответственность ремесленников за

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

и управления своим автомобилем, не имел его больше в своем владении и не подпадал с этих пор под презумпцию ответственности, предписанную абзацем 1 статьи 1384, апелляционный суд, вынося свое постановление, ни в чем не нарушил абзац 1 статьи 1384 Гражданского кодекса».

Таким образом, был избран вовсе не критерий выгоды, предлагаемый некоторыми авторами. Владение характеризуется полномочиями использования, управления и контроля. Однако впоследствии были сделаны важные уточнения. Эти полномочия, характеризующие владение, могут осуществляться как самим владельцем, так и его работником.

Во многих ситуациях признание владения, тем не менее оставалось проблематичным. Поднимался вопрос о том, может ли лицо, лишенное рассудка, осуществлять владение вещью. Возобладал утвердительный ответ, не имеющей четкой связи с определением владения. Для того чтобы принять во внимание самые разнообразные ситуации в том случае, когда владение вещью передается по договору, стали допускать возможность существования владения в отношении структуры вещи и владения в отношении ее свойств.

- **Вещь должна быть орудием причинения вреда.** В случае безучастности вещи это условие не соблюдается. Материальный контакт вещи с телом жертвы или с имуществом, которому причинен вред, не является необходимым. Тем не менее существование этого контакта будет презюмировать причинную связь.
- **Сила обязательства, которое возлагается на владельца вещи по смыслу абз. 1 ст. 1384.** Чтобы охарактеризовать обязательство владельца вещи, используется различная терминология. После первого предложения, в котором говорится о «презумпции вины», постановление Жандора содержит словосочетание «презумпция ответственности». Затем Кассационный суд избирает словосочетание «ответственность в силу закона».

Использование раскритикованного термина «презумпция», тем не менее дает понять, что речь идет не только о материальном праве, но и об облегчении доказывания в пользу жертвы.

Что определено совершенно четко, так это то, что владелец обладает ограниченными возможностями для освобождения от ответственности. Владелец должен доказать, что вред в действительности должен быть вменен в вину посторонней причине, непредвиденной силе или поведению третьего лица или потерпевшего, представляющих характеристики непреодолимой силы. Эта внешняя причина должна быть непредвидимой и не причастной к деятельности лица, которое на нее ссылается.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

I. Предусмотренные ГГУ презумпции ответственности за вред, причиненный действиями другого лица

A. Ответственность работодателей за вред, причиненный действиями их работников (§ 831)

488. Когда работник при выполнении своих функций совершает незаконный акт, причинивший определенный ущерб, работодатель должен его возместить.

Однако работодатель обладает возможностями для освобождения от ответственности, которые, даже являясь сравнительно небольшими, тем не менее оказывают влияние на практику. Работодатель может освободиться от ответственности, доказав как проявление необходимого усердия (он хорошо выбрал служащего, обеспечил его хорошими инструментами, создал хорошие условия для работы), так и то, что ущерб произошел бы в любом случае, какова бы ни была его осмотрительность.

Таким образом, практики прибегают к § 831 реже, чем это делают французские юристы в отношении абз. 5 ст. 1384. Однако им удается добиваться возмещения ущерба потерпевшим за счет применения других актов, а также признания судебной практикой договорной ответственности в отношении третьих лиц.

Б. Ответственность лица, которое обязано осуществлять надзор за другим лицом (§ 832)

489. Если на лицо как в силу закона, так и на основании договора возложена обязанность по надзору за другим лицом, то деяние, совершенное поднадзорным лицом и причинившее ущерб, возлагает ответственность на лицо, обязанное к осуществлению надзора, если оно обладает противоправным характером, подпадая под категорию деяний, предусмотренных § 823 и следующими.

Поднадзорное лицо может быть несовершеннолетним или лицом, опека которого оправдана его физическим или моральным состоянием.

Тем не менее лицам, на которых, таким образом, возлагается обязанность по возмещению, предоставляются возможности для освобождения от ответственности: они будут освобождены от ответственности, если докажут, что проявили достаточную осмотрительность (это опровергает презумпцию вины) или что вред был бы причинен, несмотря ни на что (это опровергает презумпцию причинности).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Определенные в ГГУ презумпции, которые применяются при наступлении вреда, причиненного действиями животных (§ 833 и 834), или вреда, причиненного зданием (§ 836 по 838)

Библиография. *Fromont.* Droit allemand des affaires.

A. Ответственность за вред, причиненный действиями животных

490. Когда животное причиняет ущерб, § 833 и 834 возлагают презумпцию вины как на хозяина животного, который использовал его в своем интересе для частной или предпринимательской деятельности (§ 833), так и на лицо, ответственное в силу договора за осуществление надзора за животным (§ 834).

Существуют несколько возможностей по освобождению от ответственности, которые определяются различным образом в отношении хозяина и лица, ответственного за осуществление надзора: и тот, и другой могут доказать, что вред был бы причинен, несмотря на проявленную ими осмотрительность; лицо, осуществляющее надзор, может доказывать, что оно принимало все возможные меры, хозяин может сослаться на отсутствие его вины в случае, если животное, причинившее ущерб, является домашним и помогает владельцу в его профессиональной деятельности или является для него необходимым.

Б. Ответственность за вред, причиненный определенными вещами

491. В ГГУ не существует эквивалента абз. 1 ст. 1384 французского Гражданского кодекса. Тем не менее помимо ответственности за вред, причиненный животными, предусматривается ответственность за вред, причиненный зданиями (§ 836–838).

Лица, привлекаемые к ответственности, должны быть указаны в перечне § 836, 837, 838. На них возлагается ответственность, если вред причинен как в результате обрушения здания, так и посредством отделения одного из его элементов, когда это обрушение или отделение являются следствиями ошибки в конструировании здания или ошибки в его техническом обслуживании.

Тем не менее ответственность не возникает, если лицо, с которого требуют возмещения ущерба, докажет, что оно соблюдало осмотрительность, требуемую законом или обычаями.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

III. Виды ответственности, предусмотренные специальными законами

492. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, предусматривается специальными законами с различным правовым режимом в отношении каждой затрагиваемой области.

В течение долгого времени существует Закон о дорожно-транспортных происшествиях: действующая редакция вытекает из Закона от 19 декабря 1952 г., который был несколько раз изменен. Его § 7 устанавливает ответственность владельца транспортного средства, причинившего ущерб во время его эксплуатации. Водитель может быть также привлечен к ответственности на основании § 18 (см. ниже приложение 2).

Закон об ответственности за вред, причиненный товарами, датирован 15 декабря 1989 г.

Существуют специальные законы в отношении происшествий на железной дороге и трамвайных путях, летных происшествий, вреда, причиненного действием атомной энергии. Также можно выделить законы от 27 июля и 17 августа 1957 г., касающиеся водного права.

IV. Обязательство по возмещению вреда из справедливости

493. Немецкое право о возмещении ущерба закрепило несколько норм, которые предназначены для защиты потерпевших в ситуациях, когда при невозможности привлечения лица к ответственности кажется справедливым предоставить потерпевшим определенное возмещение.

Обязательство по возмещению из справедливости существует в отношении несовершеннолетних или недееспособных, которые, не будучи привлечены к ответственности в качестве причинителей вреда, должны будут произвести справедливое возмещение, если жертве не удастся привлечь к ответственности лицо, обязанное к осуществлению надзора за ними.

Судья обладает оценочным полномочием по фиксации размера возмещения, исходя из экономического положения истца и ответчика, а также обстоятельств возникновения ущерба.

Эти положения немецкого права были скопированы многими другими законодательствами, однако, к большому нашему сожалению, они остаются полностью чуждыми французскому праву.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 3

ИСК И ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ

Раздел 1

АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО

Библиография. *J.A. Jolowicz.* Droit anglais, Dalloz, 2 éd. Olivier Moreteau, Droit anglais des affaires, Dalloz, 2000. *A. Zuckerman.* Civil Procedure, Londres, Butterworths, 2003.

§ 1. Важнейшие аспекты гражданского процесса

494. Правосудие в период реформ. Английское правосудие обладает высоким престижем, однако является очень дорогостоящим. Для улучшения доступа к правосудию была реализована реформа, подготовленная исследованиями лорда Вульфа: был принят Акт о гражданском процессе (1997), посредством которого был изменен специальный свод норм, заменяющих процессуальный кодекс[1]. Упрощенные процедуры стали более доступными, а в отношении дел, не подпадающих под эти процедуры, были усилены полномочия судьи по управлению ходом процесса *(judicial case management)*.

Процесс подчиняется принципу состязательности и стремлению к получению надежных доказательств, которые в английской традиции являются главным образом устными. Различными категориями средств доказывания являются: свидетельские показания *(oral evidence)*, письменные доказательства *(documentary evidence)*, вещественные доказа-

[1] Анализ целей данной реформы содержится в работе: *A. Zuckerman.* Civil Procedure, Londres, Butterworths, 2003. P. 1—50.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

тельства *(real evidence)*. Эти доказательства должны быть рассмотрены судьей непосредственно: показание с чужих слов *(hearsay evidence)* допускается только в исключительных случаях и при соблюдении некоторых условий. В гражданском процессе существует свой стандарт доказывания (это то, при каком условии обстоятельство считается доказанным: в отличие от уголовного процесса с его доказанностью при отсутствии разумного сомнения *(beyond a reasonable doubt)* здесь существует соотношение вероятностей *(balance of probabilities)*). Имеются различные приемы, позволяющие добиться предоставления необходимых доказательств противной стороной, если, конечно, она ими располагает.

Судопроизводство является сложным: здесь будет описан процесс, который разворачивается в Высоком суде (цена иска свыше 15 000 фунтов, верхний предел в отношении исков о возмещении личного ущерба *(personal injury actions)* может доходить до 50 000 фунтов). Однако существуют и другие процедуры, в том числе и в самом Высоком суде.

I. Требование, предъявляемое в Высокий суд в исковой форме

495. Каждый год в Высокий суд подается несколько десятков тысяч требований этого типа. Однако многие из них разрешаются до вынесения постановления Высоким судом как посредством мирового соглашения, так и посредством решения, вынесенного судебным распорядителем[1] *(Master)*. И даже при начавшейся процедуре данного типа в ряде случаев существует возможность перейти к другой разновидности процесса.

A. До судебного заседания

496. Солиситор истца *(claimant)* доставляет ответчику письмо с требованием *(letter before action)*, затем передается исковое заявление (*claim form*, однако до принятия Акта о гражданском процессе 1977 г. говорили о *writ*). Документ должен содержать указания на характер требования и требуемое возмещение. Если требование выражается в выплате денежной суммы, необходимо, чтобы исковое заявление было снабжено специальной надписью: *14 days costs and stay* (если ответчик удовлетворит требование в течение 14 дней, он понесет только те издержки, которые указаны в документе). Три экземпляра искового заявления передаются в канцелярию Высокого суда. Секретарь суда проверяет правильность составления документа и затем проставляет на всех экземплярах докумен-

---

[1] Под судебным распорядителем следует понимать лицо, руководящее предварительным производством и подготовкой дела к слушанию, а также таксацией расходов. — *Примеч. переводчика.*

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

та печать суда. Процесс считается возбужденным. На истца возлагается предоставление ответчику судебной повестки о вызове в суд. Дело должно быть рассмотрено в течение 12 месяцев, после чего уведомление о вынесенном решении доставляется курьером.

Acknowledgment of service представляет собой расписку ответчика о его уведомлении. Она должна быть отправлена в течение 14 дней с момента вручения ответчику искового заявления. В ней ответчик выражает свою позицию: возражает ли он против иска; требует ли он привлечения судебного распорядителя *(Master)*, просит ли он рассмотрения иска в Лондоне или в местном суде. Если ответчик не направит расписку, он принимает на себя риск того, что решение против него будет принято без проведения судебного заседания.

Стороны обмениваются письменными объяснениями (*statements of case*, а до проведения реформы говорили о *pleadings*): речь идет об эквиваленте наших объяснений сторон, но ограниченных отдельными вопросами, без оценки доказательств и оспаривания аргументации противника. Их последующее изменение происходит лишь в исключительных случаях: оно предполагает письменное соглашение сторон или разрешение судебного распорядителя. Именно указания судебного распорядителя будут влиять на ход процесса, и с их помощью будет осуществляться подготовка дела к судебному разбирательству.

На стадии процедуры раскрытия доказательств (*disclosure procedure*, ранее говорили о *discovery*) стороны сообщают друг другу документы, на которые они будут опираться, обязанность по предоставлению документа может быть возложена на сторону и судебным распорядителем (о влиянии реформы Вульфа на процедуру раскрытия доказательств см.: *Zuckerman*. P. 462–466). Когда стороны считают, что все необходимые уведомления сделаны, встречаются их солиситоры и отбирают для судьи документы, которые представляются им относящимся к делу *(the agreed bundle)*.

Б. Судебное заседание *(Trial)*

497. Перед судьей (по гражданским делам суда присяжных больше не существует, за редким исключением: например он допускается по делам о клевете) процесс разворачивается главным образом на основании заслушивания свидетельских показаний согласно системе «перекрестных вопросов», прославившей английский процесс.

Первый допрос *(examination in chief)* осуществляется солиситором (или барристером) стороны, которая вызвала свидетеля. Затем солиситор (или барристер) другой стороны проводит встречный допрос *(cross-examination)*. Далее сторона, пригласившая свидетеля, может задать ему дополнительные вопросы *(reexamination)*. Однако сегодня свидетели должны предоставлять свои показания в письменном виде *(witness statement)*: чтение последних и заменяет первый допрос. Эти показания сообщаются

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

другой стороне, и, таким образом, ее солиситор может приготовить вопросы для перекрестного допроса. Тем самым выигрывается время.

Затем происходят прения сторон.

Судебное решение принимается судьей. Оно провозглашается по завершении прений. Вынесение судебного решения может быть отложено только по сложным делам, и в этом случае решение должно быть составлено в довольно короткий срок (две или три недели). В Высоком суде судебное решение всегда является мотивированным. Решение дополняется специальным распоряжением *(order)*, которое является его резолютивной частью. Распоряжение составляется от имени судьи секретарем суда при посредничестве солиситоров.

II. Другие формы судопроизводства в суде первой инстанции

498. Зачастую процесс подчиняется упрощенным или просто другим нормам.

А. В Высоком суде

499. Предусмотрены упрощенные формы для следующих случаев: если цена иска не превышает 15 000 фунтов; если в отношении более значимых дел суд посчитает, что претензии истца или ответчика ни имеют шансов на успех, то вместо настоящего процесса будет вынесено «упрощенное решение».

Равным образом в отношении дел со значительной ценой иска может состояться специальная процедура *(multi-track)*, позволяющая быстро принять решение.

Когда Высокий суд привлекается для контроля за решением государственного органа, используется процедура судебного надзора *(judicial review)*, которая подчиняется специальным нормам.

Б. Судебные процедуры в отношении дел средней важности и небольших дел

500. Иски, цена которых колеблется от 5000 до 15 000 фунтов, обычно подаются в суд графства и рассматриваются с помощью процедуры *fast track (CPR 26.6.4)*. Суд устанавливает график прохождения различных этапов процесса, что позволяет быстро достичь положительного результата *(CPR 28.2.10)*.

В отношении небольших дел (с ценой иска менее 5000 фунтов) судопроизводство в суде графства разворачивается с еще большей простотой, а возможность обжалования здесь существует только при наличии грубого нарушения процедуры или неправильного толкования нормы права.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Семейные дела, направляемые в суд магистрата, также разбираются с помощью простой и малозатратной процедуры.

III. Апелляционное производство

501. Апелляционное производство регламентируется ст. 52 *CPR* и ее *Practice Direction*, вступившим в силу 2 мая 2000 г. (*A. Zuckerman.* Op. cit. P. 718 и последующие, особенно p. 743–745). В апелляционном суде поощряется письменная форма доказывания. Свидетели не подлежат судебному допросу, а записи, сделанные судьей, рассматривающим дело в первой инстанции *(documentary evidence)*, будут обеспечивать суду главную часть его материалов.

Палата лордов, привлекаемая в редких случаях (жалобы на постановления апелляционного суда, апелляции против решений Высокого суда, подаваемые в исключительных случаях *(leap frog)*), также не заслушивает свидетелей.

§ 2. Исполнительное право

502. Хотя здесь и не существует ни «Гражданского процессуального кодекса» в континентальном значении, ни специального закона, посвященного собственно исполнению, английская практика имеет для своего руководства два основания: Белая книга (практика Верховного суда), Зеленая книга (практика судов графств). Принимая во внимание закрепленные там нормы, можно различать меры обеспечения иска и меры исполнительного характера и даже провести несколько классификаций последних.

Распоряжения *(orders)* позволяют организовать исполнение судебного решения, вступившего в законную силу. Можно привести два примера этих распоряжений, используемых на практике.

Anton Piller Order является распоряжением, правовой режим которого был предусмотрен Палатой лордов в деле Антона Пиллера, разрешенном в 1976 г.[1] Это распоряжение позволяет принимать оперативные меры, для того чтобы обеспечить сохранение доказательств и избежать их уничтожения (например по делам о контрафактной продукции). Постепенно были сформулированы условия его выдачи. С одной стороны, истец должен *prima facie* обладать совершенным правовым основанием. С другой стороны, должен иметься серьезный риск того, что использование обычных процедур, предполагающих уведомление ответчика, может

[1] Anton Piller KG v. Manufacturing Processes (1976) 1 All ER 779.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

привести к тому, что последний уничтожит, утратит или спрячет важные для гражданского дела материалы. После выдачи данного распоряжения ответчик после консультации со своим солиситером может потребовать снятия предписания. На истца может быть возложена обязанность предоставить гарантии возмещения убытков ответчика на случай злоупотребления полномочий с его стороны.

Судебный запрет *(mareva injunction)* ограничивает распоряжение и даже перемещение вещи[1]. Одновременное применение этих мер также является возможным.

Меры исполнительного характера осуществляются как для немедленного исполнения судебных решений, не вступивших в законную силу, так и для исполнения решений, не подлежащих обжалованию. Различают меры, основанные на практике Верховного суда и практике Суда графства, однако различие является относительным, поскольку при определенных условиях можно осуществить исполнение в Высоком суде решений Суда графства и в Суде графства — решений, вынесенных Высоким судом. Процедуры имеют свою специфику в зависимости от вида имущества (имущества по английскому праву, понятие которого отличается от имущества во французском или немецком праве).

Процедуры банкротства *(bankruptcy)*, выведения сальдо *(winding up)* также приводят к взысканию требований с имущества должника.

Общепринятые способы исполнения сначала могут быть представлены в форме их применения в Высоком суде. Однако в Суде графства в отношении этих же способов исполнения существуют важные модификации.

В рамках крупной реформы правосудия, осуществляемой в настоящий момент, предусматривается изменение способов исполнения для улучшения эффективности и снижения издержек (*A. Zuckerman.* Op. cit. P. 704–718). Новые положения об исполнении уже предусмотрены ст. 70–73 *CPR*, вступившим в силу 25 марта 2002 г. В скором времени они должны быть дополнены.

I. Главные способы исполнения в Высоком суде

A. Судебный приказ об обращении взыскания на имущество должника *(writ of fieri facias)*

503. Процедура, осуществляемая в Высоком суде, позволяет добиваться наложения ареста и продажи имущества (для погашения основного долга, процентов и расходов). Помощник шерифа *(sheriff's officer)*,

---

[1] Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA (1975) Lloyds Rep 509.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

который занимается исполнением, действует в качестве частного лица, и поэтому стоимость процедуры является здесь более высокой, чем в Суде графства (в Суде графства судебный пристав *(bailiff)* является наемным служащим). Дело должно быть подготовлено с участием солиситора при соблюдении четко установленных норм в отношении заполнения формуляра судебного приказа *(writ)*. Если на осуществление процедуры получено разрешение, помощник шерифа налагает арест на имущество или принимает его в специальное владение (*walking possession*, при котором должник больше не может перемещать имущество, однако получает небольшую отсрочку, для того чтобы договориться с кредитором или найти средства для уплаты). Если процедура не принесет результата, это не повлияет на выплату расходов по совершению исполнительских действий.

Б. Распоряжение об обращении взыскания на права требования *(Third party debt order)*

504. Этот способ исполнения позволяет кредитору перевести на себя платежи по требованиям, принадлежащим должнику (таким образом, прослеживается аналогия с нашим наложением ареста на право требования). Однако не все права требования могут быть его объектом. Главным образом он касается банковских счетов и периодических платежей.

Процедура предусмотрена часть 72 *CPR*.

В. Распоряжение об обращении взыскания на землю, ценные бумаги и денежные средства *(charging order on land, securities or money in court)*

505. Распоряжение об обращении взыскания на имущество в порядке исполнения судебного решения *(charging order)* обычно касается недвижимого имущества (земли) или прав на недвижимое имущество, но оно также может быть затребовано в отношении правоустанавливающих документов, акций, ценных бумаг. Процедура не приводит к немедленной уплате долга: сначала происходит продажа ценных бумаг, которые являются ее объектом (часть 73 *CPR*).

Г. Назначение управляющего *(Equitable execution)*

506. В ситуациях, когда процедуры, развитые в рамках общего права, не могут подлежать применению, действуют специальные нормы. Они позволяют назначить управляющего (лицо, которому судом поручено управление имуществом), который будет погашать задолженность с помощью денег, которые ему удастся получить. В настоящее время эта процедура регламентируется ч. 73 *CPR*. Прежде чем назначить управляю-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раздел 2

ИСК И ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ В НЕМЕЦКОМ ПРАВЕ

Библиография. *Michel Fromont et Alfred Rieg.* Introduction au droit allemand, t. 3, Droit Privé, Paris, Editions Cujas 1991. *Othmar Jauernig.* Zivilprozessrecht, 28 éd., C.H. Beck, 2003.

§ 1. Важнейшие аспекты гражданского процесса *(Erkenntnisverfahren)*

I. Принципы германского гражданского процесса

А. Принцип диспозитивности

510. В материально-правовом плане истцу полностью подконтрольно определение рамок процесса, вопросов, которые будут рассматриваться в данном споре.

Б. Распределение полномочий между сторонами и судом

Стороны обладают полномочиями «приводить процесс в действие» (*Ingangsetzen;* это полномочие также может быть привязано к принципу диспозитивности).

В остальном процесс контролируется судьей: ход процесса состоит в ведении судьи, и именно судья «берет в свои руки проведение процедур», именно он выносит окончательные решения (истец больше не имеет возможности остановить процесс).

В. Принцип обвинительного характера процесса

511. Устность и публичность являются его следствиями. Предоставление доказательств, тем не менее может не подчиняться принципу публичности. Стороны могут избрать письменное судопроизводство. В любом случае адвокаты будут предоставлять письменные объяснения *(Schriftsätze)*. Судебное разбирательство в отсутствие ответчика не предполагает устных прений сторон.

Г. Обязательства сторон по сотрудничеству

512. Стороны должны говорить правду и ничего не утаивать. Они обязаны содействовать продвижению процесса.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Д. Принципы, касающиеся роли судьи

513. Принцип единства и «концентрации». Процесс формирует единое целое, которое должно подчиняться одинаковой организации (как в отношении промежуточных стадий, так и в отношении судебного разбирательства по существу). Однако существуют и исключения из этого принципа (система *Einzelrichter*). Судья обязан быстро разрешить дело, по общему правилу — в один рабочий день. Со стремлением к концентрации также связан принцип непосредственного восприятия доказательств судом (принцип устности также означает, что суд может принимать решение только на основе того, что было представлено и обсуждалось непосредственно перед ним).

Обязанность полного освещения дела *(Aufklärungspflicht)*, принцип свободной оценки доказательств (§ 286), принцип свободной оценки ущерба судьей (§ 287) дают представление об обязанностях немецкого судьи в том, что касается установления истины.

II. Нормальный ход дела

А. Ход судопроизводства

514. Исковое требование обозначается термином *die Klage* (который также означает и право на обращение в суд). Различают иски об исполнении *(die Leistungklagen)*, например иск об уплате долга; иски о признании *(die Feststellungsklagen)*, например иск о признании подлинности документа; преобразовательные иски *(die Rechtsgestaltungsklagen)*, например иск о разводе.

1. Исковое требование

515. Исковое требование принимает форму предварительной жалобы *(Klageschrift)*, составленной и подписанной адвокатом *(Rechtsanwalt)*; эта форма является упрощенной в случае подачи иска в участковый суд *(Amtsgericht)*. Содержание иска касается идентифицирующих элементов (§ 253): сторон, суда, предмета и основания иска, цены иска и средств доказывания. Исковое требование передается в канцелярию суда (с копиями документов и предоставлением обеспечения издержек).

Подача иска влечет «принятие дела к судопроизводству» *(Rechtshängigkeit)*, с которым связаны некоторые последствия материально-правового (официальное предъявление просрочившему должнику требования об исполнении обязательства, переход ответственности за сохранность индивидуально-определенной вещи) и процессуально-правового характера (возникновение судебных полномочий, фиксация предмета спора, что не помешает впоследствии изменить предмет или основание иска).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Ход судебного разбирательства и предоставление доказательств

516. Заявление передается судье, который бегло его просматривает и отклоняет при наличии очевидных процессуальных нарушений (отсутствие у суда компетенции). Судья назначает судебное заседание (оно не может состояться до истечения двух недель с момента уведомления о вызове в суд). Вызов в суд *(die Ladung)* официально доставляется через канцелярию суда. Он сопровождается копией жалобы и призывает ответчика к назначению адвоката.

А) Подготовительная стадия

517. На первом этапе происходит своеобразное прояснение спора: выносятся постановления по некоторым вспомогательным вопросам (отводы, прекращение производства по делу); производятся следственные действия. Прежде всего, каждая сторона должна занять определенную позицию в отношении заявлений по фактическим обстоятельствам дела, сделанных другой стороной (иначе они будут считаться установленными). Ответчик должен предоставить отзыв *(Schriftsätze)* в котором он отвечает на фактические и правовые доводы, содержащиеся в иске. Этот отзыв должен быть направлен вместе с необходимыми документами, по крайней мере за восемь дней до судебного заседания. В нем может содержаться несколько письменных возражений или реплик в отношении иска. Следственные действия могут быть назначены судом по собственной инициативе или по просьбе сторон: к ним относятся осмотр на месте, запрос документов, экспертиза, результаты которой будут устно представлены экспертом, допрос свидетелей, получение свидетельских показаний самим судом.

Специальный судья *(beaufragte Richter)* наделяется полномочиями по решению определенных задач. Так, он может склонять стороны к полюбовному разрешению спора. Этот судья должен отчитываться перед судом за выполнение своих функций.

Докладчик по делу (*Einzelrichter, ZPO*, § 348–359) единолично разрешает большое число вопросов, однако «устные прения» происходят перед всем составом суда, и решение принимается именно последним. Докладчик назначается председателем компетентной платы. Председатель может назначить докладчиком и самого себя.

Б) Устные прения *(mündliche Verhandlung)* имеют большое значение, поскольку судья должен основывать свое решение только на том, что обсуждалось в его присутствии

518. На этой стадии приступают к рассмотрению судебного дела. Адвокат зачитывает резолютивную часть своих объяснений. Суд играет активную роль. В частности, судья может давать сторонам пояснения и склонять их к изменению предмета иска (§ 139). Суд выполняет свои функции

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

граждений, немедленное исполнение судебного решения, не вступившего в законную силу, под поручительство.

В описательной части *(Tatbestand)* содержится изложение фактических обстоятельств дела, объяснения сторон, анализ приведенных доводов, описание поведения сторон в ходе судебного заседания, порядок проведения процедуры по урегулированию разногласий в отношении составления мирового соглашения.

В мотивировочной части *(die Gründe)* речь идет о правовом и фактическом обосновании.

(*NB*: в отношении судебного разбирательства, проходящего в отсутствие ответчика, решение принимает форму надписи, проставляемой в конце предварительной жалобы.)

Б. Способы обжалования

1. Возражение *(Einspruch)*

521. Оно возможно в отношении любого судебного разбирательства, проведенного в отсутствие ответчика, и приводит к пересмотру дела судом, вынесшим решение.

2. Апелляция *(Berufung)*

522. Апелляция является обыкновенным способом обжалования и может быть заявлена в месячный срок с момента вручения стороне решения. Она подается в вышестоящий суд.

3. Ревизионное обжалование *(Revision)*

523. Ревизионное обжалование сближается с нашим кассационным обжалованием, однако существуют и отличия. Оно осуществляется в месячный срок по основаниям, определенным в законе. Ревизионная жалоба подается в Федеральный суд, расположенный в Карлсруэ (в определенных случаях и только в отношении Баварии — в Верховный суд Мюнхена).

4. Обжалование определений

524. Этот способ обжалования касается судебных актов *(Beschluss)*, которые не разрешают спор по существу. Сам способ обжалования называется *Beschwerde*. Постановления по таким жалобам выносит вышестоящий судебный орган.

5. Возобновление производства по делу *(die Wiederaufnahme des Verfahrens)*

525. «Возобновление производства по делу» является возможным в случае грубых нарушений, допущенных при предыдущем разбирательстве. Пересмотр дела осуществляется судом, вынесшим решение, при соблюдении определенных условий.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 2. Исполнительное право *(Vollstreckungsverfahren)*

526. Исполнительное право основывается на нескольких актах: *ZPO*, ст. 704–945, в отношении недвижимого имущества — *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung* от 24 марта 1897 г. В отношении публичного права также действует *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz* (27 апреля 1953 г.).

I. Органы принудительного исполнения

A. Судебный исполнитель *(der Gerichtsvollzieher)*

527. Он осуществляет исполнение имущественных обязательств в отношении движимого имущества (§ 808) и обязательств по передаче имущества (§ 883–885). Он действует под контролем исполнительного суда. Должник может обжаловать действия судебного исполнителя в суд (§ 766). Исполнительный суд обладает полномочием запрещать, приостанавливать или отменять меры, относящиеся к компетенции судебного исполнителя.

Б. Исполнительный суд

528. Помимо своих полномочий по контролю за деятельностью судебных исполнителей, исполнительный суд обладает полномочиями по непосредственному вмешательству в процесс исполнения. Это происходит, в частности, при принудительном исполнении некоторых имущественных требований: об обращении взыскания на недвижимое имущество (закон 1897 г.), на права требования или другие имущественные права (§ 828 и последующие, § 857). В определенных случаях суд обладает компетенцией и тогда, когда принудительное исполнение будет касаться только движимого имущества (§ 811*a*, 813*a*, 825). После продажи имущества с публичных торгов суд будет участвовать в осуществлении процедуры распределения (§ 872 и последующие).

Функции суда обычно осуществляются посредством деятельности судебного служащего *(Rechtspfleger)*, который выступает под контролем судьи. В исключительных случаях, когда речь заходит об обязательстве совершить определенное действие или воздержаться от совершения определенных действий, компетенцией наделяется сам суд первой инстанции (§ 887 и последующие).

В. Бюро поземельных книг *(Grundbuchamt)*

529. Этот орган также осуществляет некоторые исполнительские функции: он вносит в земельную книгу запись об аресте права требования, обеспеченного ипотекой (§ 830, 857); он действует в качестве ор-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

гана принудительного исполнения в тех случаях, когда кредитор требует внесения записи о судебной ипотеке *(Zwangshypothek)* в рамках принудительного исполнения в отношении недвижимого имущества (§ 867, 932).

II. Правовые основания принудительного исполнения

530. Для осуществления принудительного исполнения лицо должно обладать определенным правовым титулом.

Речь идет о судебном решении, вступившем в законную силу (§ 704), судебном постановлении, подлежащем немедленному исполнению (§ 704, 708 и последующие), судебном решении, содержащем «предложение к исполнению», актах, принятых на основании ч. 5 кн. 8 (определение о наложении ареста на имущество должника, находящееся у третьих лиц, и определение, предписывающее совершение обеспечительных мер, § 928, 936).

Существуют и другие исполнительные документы. Некоторые из них предусмотрены положениями *ZPO*: мировое соглашение (§ 794); арбитражное решение и арбитражное мировое соглашение, объявленные судом подлежащими исполнению (§ 794); аутентичный акт (§ 794, 5). Ряд исполнительных документов определяется другими актами: так, Закон о принудительном исполнении 1897 г. придает исполнительную силу продаже с публичных торгов в рамках процедуры принудительного исполнения в отношении недвижимого имущества (§ 93, 132, 162, абз. 1 § 180).

III. Принудительное исполнение имущественных обязательств: специфика норм, обусловленная разновидностями имущества

A. Что касается движимого имущества

531. Прежде всего, это нормы в отношении телесных вещей по смыслу § 90 ГГУ, находящихся во владении должника *(Gewahrsam)*: к ним не относятся права требования и другие имущественные права.

На некоторое имущество арест не налагается (§ 811): имущество, необходимое для личной или семейной жизни, имущество, необходимое для профессиональной деятельности (в соответствии с § 811 суд обладает в таких ситуациях некоторыми полномочиями: так, он может заменить Мерседес коммивояжера более экономичной машиной).

Арест налагается судебным исполнителем, который вступает во владение соответствующим имуществом (§ 808). Речь идет о публично-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

правовом акте, о конфискации (ст. 137 Уголовного кодекса санкционирует незаконное изъятие предметов, подвергнутых описи или аресту).

Наложение ареста должно быть оправдано законным интересом и ограничиваться объектами, реализация которых является необходимой. Суд может отложить наложение ареста, для того чтобы позволить должнику уплатить свой долг в установленный срок (§ 813 a).

Реализация имущества *(Verwertung)* обычно осуществляется с помощью процедуры принудительных публичных торгов (§ 816). День торгов устанавливается судебным приставом (должно пройти не менее недели после дня наложения ареста). Переход собственности осуществляется по договору с участником торгов, предложившим наибольшую цену (речь идет о публично-правовом акте, а не о вынужденной продаже, и поэтому добросовестность покупателя не требуется). Уплаченная сумма передается судебным приставом кредиторам в соответствии с установленной очередностью.

Другие способы реализации могут зависеть от характера имущества (золото или серебро, ценные бумаги, выпускаемые юридическими лицами) и решения суда (принудительная продажа в соответствии с нормами Гражданского уложения, зачет).

Исполнительный суд устанавливает план по распределению суммы между различными взыскателями (§ 874); процедура оспаривания *(Widerspruch)* открыта для всех, кто не был включен в их число.

Часто применяются специальные процедуры: в отношении прав требования, обеспеченных ипотекой (§ 830, 837), фондовых бумаг (§ 831), зарплат и периодических доходов (§ 832, 833), других имущественных прав, собственности на долю в обществе с ограниченной ответственностью, прав общей собственности, патентов, авторских прав.

Б. Что касается недвижимого имущества

532. В отношении недвижимого имущества существует специальная процедура, которая регулируется несколькими крупными актами (*Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung* от 24 марта 1897 г.).

В. Влияние обеспечительных мер и производства по распределению имущества несостоятельного должника

Немецкое право обеспечительных мер использует весьма оригинальные приемы в сравнении с соответствующей французской системой (например, «облигация поземельного кредита», которая порождает меру обеспечения в отношении недвижимого имущества даже до возникновения конкретного долга, который она будет обеспечивать). Лицо, в пользу которого установлена обеспечительная мера, при наличии исполнительного

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

документа может инициировать процедуру принудительного исполнения при соблюдении определенных условий. Во время проведения исполнительный процедуры некоторые лица, в пользу которых была установлена обеспечительная мера, могут ссылаться на свои правомочия в противовес кредитору, который инициировал эту процедуру.

Производство по распределению имущества несостоятельного должника является помехой для нормального хода исполнительной процедуры. Правила его проведения установлены *Insolvenzordnung* (Кодексом о несостоятельности), вступившим в силу 1 января 1999 г. Отмечают, что этот акт касается не только несостоятельности предприятий, но также банкротства частных лиц.

Раздел 3

ФРАНЦУЗСКОЕ ПРАВО

Библиография. *Hervé Croze, Christian Morel, Olivier Fradin.* Procédure civile, Paris, Litec, 2 éd., 2003.

533. Французское право после проведения в 70-х гг. XX в. крупной реформы, которая заставила его отказаться от концепции процесса, закрепленной в Гражданском процессуальном кодексе наполеоновской эпохи, избрало промежуточный путь развития между английской и немецкой моделями. До этого времени на протяжении более полутора веков гражданский процесс воспринимался как «судебный поединок» перед «нейтральным» судьей. Нейтралитет судьи означал не его беспристрастность, которая понимается всеми в качестве первого условия правосудия, но говорил о его пассивности. Определение рамок процесса, собирание доказательств, движение судебного разбирательства зависело полностью от сторон. Судье оставалось только разрешить дело. Такая концепция удостоилась критики. Адвокаты и поверенные, которые руководили процессом до 1958 г., злоупотребляли отложениями дела, что затягивало судопроизводство и приводило к ненадлежащей организации судебной работы. Судья не всегда мог оценить обстоятельства конкретного дела в полном объеме. Существовало неравенство тяжущихся сторон в зависимости от профессиональных качеств их адвокатов. После начала реформы, которая была начата еще до Второй мировой войны, был принят новый Гражданский процессуальный кодекс, хорошо подготовленный, замечательно составленный, что отличает его от многих современных актов. Там были определены принципы, которые отныне руководят нашим процессом. Следует также добавить, что новый кодекс лишь отчасти изменил способы исполнения.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 1. Руководящие принципы процесса

534. Первые двадцать одна статья нового Гражданского процессуального кодекса определяют «руководящие принципы процесса». Это принципы публичного порядка, которые применяются во всех судах. Некоторые из них имеют особое влияние на исковое производство.

I. Принцип состязательности

535. Этот принцип гарантирует лояльность процесса. Его наименование является гораздо более удачным по сравнению с «равенством правовых средств» — этой формулировке придают схожее значение, но она напоминает нам концепцию «судебного поединка», которую, к счастью, удалось преодолеть. Статья 15 Кодекса прямо устанавливает соответствующие обязанности сторон, которые направлены на то, чтобы «каждый был в состоянии организовать свою защиту»: предоставлять доводы фактического характера, на которых стороны будут основывать свои требования, средства доказывания, которые ими получены, доводы правового характера, на которые они ссылаются.

Судья обязан следить за соблюдением этого принципа сторонами, но также должен и сам ему соответствовать. Если он намеревается положить в основу своего решения довод публичного порядка, который может быть им применен в силу должностных полномочий, то и в этом случае он должен сначала призвать стороны предоставить свои замечания на этот счет.

II. Принцип диспозитивности и сотрудничества сторон

536. Стороны самостоятельно определяют предмет спора (ст. 4 ГПК), а судья должен вынести решение по всем заявленным требованиям, но только в пределах того, что было потребовано (ст. 5 ГПК). В соответствии с логикой этой концепции процесса судебное разбирательство ведут стороны. Тем не менее новое право ушло от прежней концепции, которая позволяла ответчику играть пассивную роль, на основании принципа установления истины: защищаемый ст. 1315 Гражданского кодекса, ответчик не нес «риск доказывания» и вследствие этого мог помешать полной осведомленности судьи. Отныне новая ст. 10 Гражданского кодекса налагает на каждого обязательство «оказывать содействие правосудию в целях обнаружения истины». И если ст. 1315 так и не претерпела никаких изменений, то манера толкования судьями бремени доказывания изменилась настолько, что ответчик имеет веские причины занимать активную роль в процессе.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

III. Предоставление судье регулятивной функции

537. «Нейтральность» судьи осталась в прошлом. Не имея полномочий немецкого судьи, французский судья, тем не менее обладает важными прерогативами, которые он может осуществлять со стадии судебного рассмотрения дела. Некоторые формулировки, наделяющие его полномочиями, носят показательный характер и характеризуют дух современного процесса.

Судья следит за надлежащим ходом судебного разбирательства: он обладает полномочием устанавливать сроки совершения процессуальных действий и обязывать к принятию необходимых мер (ст. 3 ГПК).

Судья в силу должностных полномочий обладает правом принимать любые меры по выяснению обстоятельств дела, допустимые на основании закона (ст. 10 ГПК).

Судья может потребовать от сторон предоставления объяснений правового характера, которые он посчитает необходимыми для разрешения спора (ст. 13 ГПК).

Он должен давать или воспроизводить точную квалификацию оспариваемым фактам и правовым актам, не останавливаясь на квалификации, предложенной ему сторонами. Он может выдвигать собственные правовые основания, каковы бы ни были правовые основания, на которые ссылаются стороны.

Таким образом, судья может выполнять свою работу по отправлению правосудия, совмещая ее с заботой об установлении истины и разъясняя сторонам их права и обязанности, а также правовые последствия совершаемых ими процессуальных действий. Французский процесс стал основываться на начале справедливости. Но не следует ли ему стать более быстрым?

§ 2. Ход гражданского процесса

538. Стандартным гражданским процессом является тот, который обычно разворачивается в суде большой инстанции. Однако существуют и многочисленные модификации.

I. Стандартный гражданский процесс: ход судопроизводства в суде большой инстанции

539. Процедура следует базовым нормам. Однако существуют и модификации, которые принимают во внимание сложность той или иной категории дел. В отношении особого производства (когда суд привле-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

кается при отсутствии спора) применение процессуальных норм отличается упрощенностью.

Председатель суда большой инстанции обладает самыми разнообразными полномочиями (в случае необходимости он может быть привлечен к качестве судьи по неотложным вопросам, кроме того, он самостоятельно принимает решения по многим вопросам).

А. Возбуждение дела в суде

540. Дело может начаться посредством вызова в суд или подачи совместного требования (ст. 750 ГПК). На практике почти все дела начинаются с вызова в суд. Вызов в суд производится судебным исполнителем. По гражданским делам (за исключением случаев, прямо предусмотренных законом) стороны должны быть представлены адвокатом, и уже в акте о вызове в суд должно содержаться указание на представителя истца.

Ответчик, которому направляется вызов в суд, в пятнадцатидневный срок должен назначить своего адвоката.

Копия актов о назначении адвокатов, копия судебной повестки передаются в канцелярию суда, что позволяет внести данное дело в реестр дел, назначенных к слушанию (передача в канцелярию суда копии судебной повестки должна произойти не позднее четырех месяцев с момента уведомления о вызове в суд ответчика).

Б. Подготовка гражданского дела к судебному разбирательству

1. Стороны обладают некоторыми обязанностями в соответствии с логикой «принципа диспозитивности»

541. В «объяснениях сторон» каждая из них должна сформулировать вместе со своими требованиями «фактические и правовые доводы, на которых основывается каждое из этих требований» (ст. 73 ГПК). К объяснениям следует приложить сводную таблицу имеющихся доказательств. Объяснения, подписанные адвокатами, передаются от одной стороне к другой, а их копии направляются в канцелярию суда.

Противоположная сторона уведомляется об используемых доказательствах.

2. Рассмотрение дела организуется судом

542. Во время первого заседания председатель суда, заслушав адвокатов сторон, оценивает сложность дела и решает вопрос о том, готово ли дело к рассмотрению.

Рассмотрение дела в суде может быть объявлено закрытым, также может быть принято решение о немедленном открытии судебного разбирательства, если согласно представленным документам и объясне-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ниям адвокатов дело не представляет серьезных затруднений. Судебное разбирательство может состояться в тот же день, или же судья может только назначить дату его проведения.

Если дело представляет определенную сложность, оно направляется «судье по движению дела». Судьей по движению дела является магистрат суда большой инстанции. Его полномочия весьма значимы. Он может устанавливать сроки для предоставления объяснений, потребовать объяснений по правовым или фактическим вопросам, заслушать стороны, провести экспертизу. На него также возлагается задача по наблюдению за надлежащим ходом процесса и соблюдению принципа состязательности. Если требование представляется ему бесспорным, он уполномочен предоставить кредитору аванс в отношении суммы убытков. Когда подготовительная работа кажется ему выполненной, он выносит определение об окончании предварительного следствия: это определение устанавливает элементы, на основании которых дело будет разрешено (существует принцип, согласно которому после вынесения этого определения в суд больше не может быть предоставлено ни одного документа, не может быть заявлено новое требование). Тем не менее в исключительных случаях (например в случае обнаружения важных элементов доказывания) может произойти отмена определения об окончании предварительного следствия, и сторонам вновь предоставляется возможность предоставлять новые доказательства и давать новые объяснения.

B. Судебное разбирательство дела

543. Судебное заседание обычно является публичным, и только в отношении некоторых категорий дел (по вопросам правового положения или дееспособности, делам особого производства) оно является закрытым. Выступления носят устный характер, ими руководит председательствующий. Адвокат истца воспроизводит свои объяснения и развивает свои обоснования, затем это делает адвокат ответчика. Каждый имеет право на реплику, адвокату ответчика всегда предоставляется право на последнее слово. Стороны уполномочены на представление замечаний, а суд может попросить их предоставить объяснения (правового или фактического свойства), которые он сочтет нужными.

После провозглашения председательствующим окончания судебного следствия наступает этап вынесения решения, которое принимается большинством голосов. Решение выносится немедленно («на месте») лишь в редких случаях; обычно председательствующий устанавливает дату его вынесения.

Судебное решение должно быть доставлено получившей его стороной своему противнику. Уведомление осуществляется судебным исполнителем, который должен уточнить возможные способы обжалования, а также сроки и формы их осуществления.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Г. Способы обжалования

544. Возможны несколько способов обжалования, которые различаются по своим основаниям.

Возражение доступно лицу, в отношении которого решение было вынесено заочно. Такое лицо обладает месячным сроком для обжалования заочного решения, этот срок начинает течь с момента даты уведомления о принятом решении. В случае подачи возражения суд, принявший заочное решение, возобновляет рассмотрение дела в соответствии с обычной состязательной процедурой.

Апелляция является способом обжалования, который основан на концепции двухуровневой системы судебных органов, выступающей гарантией надлежащего правосудия. Сторона, не удовлетворенная вынесенным решением суда, может в месячный срок с момента ее уведомления о принятом решении обратиться в апелляционный суд, в округе которого находится суд, вынесший решение. Апелляционный суд рассматривает как фактические, так и правовые аспекты дела. Процедура предоставления доказательств в апелляционный суд, тем не менее является несколько упрощенной.

Кассационное обжалование возможно при наличии одного из установленных законом оснований, которое предполагает, что «суд, вынесший решение по существу», нарушил закон путем его неправильного применения или неправильной интерпретации. Этот способ обжалования допускается в течение двух месяцев с момента получения уведомления о принятом решении. Кассационный суд рассматривает только правовые аспекты дела.

Кассационное обжалование уже рассматривается как «экстраординарный способ обжалования». Таковыми также являются — и даже еще более исключительными — «возражение третьего лица» (лицо, которое не было стороной в процессе, считает, что вынесенное решение причинило ему вред), пересмотр дела по вновь открывшимся обстоятельствам (сторона может ссылаться на мошенничество или на обнаружение новых важных доказательств).

IV. Модификации процедуры

А. Другие процедуры в суде первой инстанции

545. Сам суд большой инстанции может использовать упрощенную процедуру. Председатель суда уполномочен в случае необходимости разрешить истцу вызвать в суд ответчика в определенный день. Будучи привлеченным «для разрешения неотложных вопросов», председатель суда может направить дело на судебное разбирательство и назначить его дату. Такое исковое производство в назначенный день дает

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

место упрощенному судебному разбирательству (ст. 790 и последующие ГПК).

546. Существуют и другие суды, рассматривающие дела в первой инстанции, судопроизводство в которых может представлять собой как заимствование процедуры, применяемой в суде большой инстанции (так происходит с судом малой инстанции), так и использование особой процедуры, приспособленной к определенным категориям дел или сторон (так происходит с прюдомальным судом).

Б. Процедура в вышестоящих судах

547. При рассмотрении жалоб изменяются некоторые характеристики судопроизводства.

В апелляционном суде несколько ослабляется устный характер судопроизводства.

В кассационном суде судопроизводство является, если можно так выразиться, полностью письменным.

§ 3. Исполнение

I. Основы «исполнительного права»

548. Когда решение является окончательным и вступает в законную силу, сторона, в пользу которой оно было вынесено, может получить копию этого решения, снабженную «исполнительной надписью», позволяющей при необходимости принудительно исполнить решение.

Исполнение облегчается в том случае, если судом предусмотрена постоянно возрастающая пеня (астрэнт) на случай ненадлежащего поведения должника.

Выгодоприобретатель решения может также прибегнуть к такому способу исполнения, который приведет к наложению ареста на имущество проигравшей стороны. Основные правила, применяющиеся в настоящий момент к исполнительным процедурам, определены Законом от 9 июля 1991 г. Перед судьей по исполнению судебных постановлений ставится задача обеспечения законного хода процесса исполнения и его эффективности.

Во время проведения исполнительных процедур возможно применение обеспечительных мер, а суд, выносящий решение, может посодействовать исполнению через установление постоянно возрастающей пени. Однако чаще всего исполнение осуществляется с помощью процедуры наложения ареста.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

чают примирение кредитора и должника (процедура начинается с простого заявления, адресованного канцелярии суда большой инстанции по месту жительства должника).

Во многих случаях существует возможность наложения ареста с последующей продажей на транспортное средство должника. Однако здесь также существуют особые процедуры — как в целях оказания давления на должника (арест посредством подачи заявления в префектуру), так и для иных целей (арест посредством задержания транспортного средства).

Б. Наложение ареста на недвижимое имущество

Наложение ареста на недвижимое имущество является возможным, однако оно подчиняется весьма сложным нормам.

«Принудительная продажа недвижимого имущества может осуществляться только на основании аутентичного исполнительного документа в отношении точно определенного и ликвидного долга» *(Cass. 2 civ., 21 nov. 2002).*

Формальности, предваряющие продажу, являются многочисленными и еще более ужесточаются с принятием недавних законов (таких, как закон Кареза).

Существует множество обстоятельств, которые могут значительно затянуть процедуру. Однако может произойти и конвертация данной процедуры в добровольную продажу. В любом случае, несмотря на все издержки и сроки, прибегая к наложению ареста, кредиторы имеют серьезный шанс на получение, по крайней мере, частичной уплаты долга, при условии, что должник является собственником недвижимого имущества.

II. Влияние многочисленных специальных норм (об обеспечительных мерах, режиме сверхзадолженности частных лиц, правовом положении предприятий, испытывающих трудности)

Библиография. *Dominique Legeais*. Suretés et garanties du crédit, LGDJ, 4 éd., 2004. *Philippe Thery*. L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution: Dr. Et procéd. Mai–juin 2002.

549. Исполнение судебных постановлений осложняется существованием все более многочисленных норм, одни из которых относятся к праву обеспечительных мер, другие вмешиваются в правовое регулиро-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вание исполнительного производства при наличии сверхзадолженности у частных лиц или трудного положения у предприятий.

Право обеспечительных мер приводит к созданию настоящей иерархии между долговыми требованиями, поскольку кредитор-взыскатель должен принимать в расчет других кредиторов, которые могут обладать приоритетными правами требования.

Режим сверхзадолженности часто препятствует кредитору, в пользу которого вынесено судебное решение, получить свой долг в полном объеме.

Правовые нормы, посвященные положению предприятий, испытывающих трудности (которые в настоящее время являются объектом реформ) также значительным образом ограничивают права кредиторов, которые могут воспользоваться обеспечительными мерами только в отношении определенного имущества или части имущества подобного должника.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы

Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Титул 2

УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И УГОЛОВНАЯ ЮСТИЦИЯ

Библиография. *Marc Ancel.* La défense sociale nouvelle, Cujas, 3 éd. *Mireille Delmas-Marty.* Procédures pénales d'Europe, PUF, 1995. *Jean Pradel.* Droit pénal comparé, Dalloz, 2 éd., 2002.

550. Невозможно проникнуть в самые недра правовой системы без изучения ее уголовного права и процесса. Однако использование здесь сравнительно-правового подхода следует осуществлять с определенной гибкостью, поскольку соответствующие сближения и оппозиции не всегда будут верны базовой классификации, к которой мы примкнули в начале нашего исследования (см. выше п. 144). В этом разделе мы сможем осветить лишь несколько систем, да и то отдавая приоритет определенным вопросам. Однако разве нельзя увидеть в этих системах главные течения, которые принимаются сегодня в расчет при изучении эволюции права в мире?

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 1

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ИЗУЧЕНИЕ НОРМ, КАСАЮЩИХСЯ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Библиография. *Jean Pradel.* Droit pénal comparé, Dalloz, 2 éd., 2002. Adde: La responsabilité, Travaux du colloque de philosophie pénale de Strasbourg, Dalloz, 1961. La confrontation de la théorie de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Dalloz, 1969. La culpabilité, Travaux du colloque de Toulouse des 22–27 septembre 1975, Annales de l'Université de Toulouse, 1976.

551. Приступая к сравнению институтов материального права, мы избираем уголовную ответственность в качестве наилучшего объекта исследования. В своей основе уголовное право покоится именно на ней. Но с юридической точки зрения уголовная ответственность отличается многообразием, поскольку всегда воплощается в одной из строго определенных законом уголовных квалификаций. И даже если сегодня можно говорить о сближении концепций уголовной ответственности, то эти самые уголовные квалификации представлены с чрезвычайным техническим разнообразием, которое, без сомнения, будет очень сложно преодолеть.

Раздел 1

СБЛИЖЕНИЕ КОНЦЕПЦИЙ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

552. Эволюция правовых систем в отношении норм об уголовной ответственности сегодня (после искоренения нацизма и фашизма) имеет своим основанием единую концепцию. Это особенно справедливо в от-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ношении принципов, определяющих ответственность физических лиц и деяний, приравниваемых к уголовным правонарушениям. В отношении уголовной ответственности юридических лиц формирование современного права пока не закончено и осуществляется совершенно различным образом в разных европейских странах.

§ 1. Принципы, касающиеся физических лиц

553. Помимо противоправности, уголовная ответственность основывается на двух других составляющих: *actus reus, mens rea* (во французской научной традиции различаются противоправность, общественная опасность деяния и субъективная сторона).

Actus reus (деяние при наличии, в случае необходимости, причинной связи между деянием и определенным результатом) понимается везде очень схожим образом, по крайней мере с точки зрения общей теории, поскольку способ, которым совершаются конкретные уголовные правонарушения, является источником чрезвычайного разнообразия (см. ниже п. 572 и последующие).

Деяние выражается в действии или бездействии.

Причинность понимается доктриной весьма схожим, если не идентичным образом, однако судебная практика приводит к возникновению некоторых различий.

554. Сравнительно-правовой подход к *mens rea* (субъективная сторона) даже с точки зрения общей теории является гораздо более сложным.

Конечно, в системах, которые мы будем рассматривать, существует правило о том, что уголовная ответственность не может возлагаться на лицо, которому нельзя поставить в упрек ни злого умысла, ни неосторожности. Однако не все так просто. Нормативные акты и судебная практика закладывают свои основы и вносят оригинальные уточнения в это правило (это особенно справедливо в отношении немецкого права, в котором необходимо принимать во внимание прекрасно обоснованные рассуждения юристов, связывающие с противоправностью уголовного правонарушения такие вопросы, которые в других системах права связаны с субъективной стороной).

I. Позитивные определения субъективной стороны *(mens rea)*

A. На континенте

1. Итальянское право

555. На континенте наиболее совершенную формулировку субъективной стороны уголовного правонарушения предоставил итальян-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал, защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ский законодатель. В этом отношении ст. 42 и 43 Уголовного кодекса Италии являются показательными. Абзац первый ст. 42 определяет общий режим:

«Никто не может быть привлечен к наказанию за действие или бездействие, предусмотренное законом в качестве уголовного правонарушения, если он не совершил его с сознанием и волей».

Следующие абзацы данной статьи, как и положения ст. 43, уточняют базовую формулировку, предлагая даже настоящие определения для того, чтобы раскрыть необходимый психологический аспект деяния.

2. Немецкий и французский Уголовные кодексы не отличаются такой изысканностью

556. Параграф 5 Уголовного кодекса Германии устанавливает:

«Только умышленный акт подвергается наказанию. Исключением являются случаи, когда закон прямо санкционирует акт, совершенный по неосторожности».

Однако позитивное определение субъективной стороны развито здесь недостаточно. Ее освещение как в отношении умысла, так и неосторожности, произвели доктрина и судебная практика.

Необходимый умысел *(Vorsatz)* для правонарушений, совершаемых в форме действия, является согласно формулировке М. Жешека «базовым элементом наказуемого деяния» и состоит в одновременном присутствии двух психологических моментов, каковыми являются сознание и воля на совершение деяния, составляющего определенное законом уголовное правонарушение. Однако для обнаружения умысла нам не всегда придется отыскивать желание определенного результата. Иногда закон требует этого, но иногда он ставит правонарушение в зависимость от «косвенного умысла», т.е. он ограничивается тем, что причинитель предусматривал результат в качестве возможного, принимая последствия осуществляемого деяния.

В отношении правонарушений в форме бездействия *mens rea* существует тогда, когда лицо знает, что на него возлагается обязанность совершить действие, требуемое в данной ситуации. В отношении правонарушений по неосторожности субъективная сторона существует тогда, когда лицо могло знать об обязанностях, возлагаемых на него.

Статья 121-3 нового Уголовного кодекса Франции также является лаконичной:

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

A. Обстоятельства, оправдывающие по закону причинение вреда

559. Закон устраняет возможность существования *mens rea*, когда он говорит об «обстоятельствах, оправдывающих причинение вреда». Доктрина часто связывает обстоятельства, оправдывающие причинение вреда, с противоправностью уголовного правонарушения, однако закон разграничивает эти категории. Законодатель в большинстве случаев объединяет обстоятельства, оправдывающие причинение вреда, в ансамбль оснований, которые устраняют уголовную ответственность в силу отсутствия *mens rea*.

1. Согласие жертвы не является общепризнанным обстоятельством, оправдывающим причинение вреда

560. Уголовный кодекс Италии, тем не менее, содержит следующее положение на этот счет:

«**Статья 50. Согласие заинтересованного лица.** Не подлежит наказанию тот, кто причинил ущерб или нарушил право с согласия лица, которое действительно могло распоряжаться таким правом».

Эквивалента этому положению нет ни в немецком, ни во французском, ни в английском праве.

2. Предписание закона или органа власти

561. Предписание закона или органа власти признается различными правовыми системами в качестве обстоятельства, оправдывающего причинение вреда, допуская существование некоторых нюансов.

Английское право не знает общей категории обстоятельства, оправдывающего причинение вреда и основанного на предписании закона или органа власти. Однако, когда уголовное правонарушение зависит от доказательства бесчестности (как в случае с кражей), подчиненный, исполняющий незаконное предписание, которое, тем не менее может показаться ему законным, не может осуждаться за это правонарушение. Что касается кодифицированных систем, то они содержат формулировки, которые отличаются их друг от друга.

Итальянский кодекс посвящает две статьи вопросам, связанным с обстоятельствами, оправдывающими причинение вреда: ст. 51 и ст. 53. Статья 51 имеет более общее значение: она позволяет лицу, которое исполняет предписание, ссылаться на «фактическую ошибку». Она также предписывает в своем последнем абзаце, что:

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

направлена на то, чтобы отвести от себя или другого лица незаконное и реальное нападение».

Закон содержит формулировку, которая могла бы привести к ограничительному толкованию, признавая необходимую оборону лишь в случаях нападения на лицо, осуществляющее данную меру, или нападения на другое лицо. Прочтение юристов было более либеральным: необходимая оборона может осуществляться для защиты всякого юридически защищаемого интереса. Таким образом, допускается необходимая оборона имущества (если за гражданином и не закреплена обязанность вмешательства для поддержания общественного порядка, то он, тем не менее может защищать государственное имущество). Превышение пределов необходимой обороны предусматривается ст. 33, которая говорит об освобождении от наказания (и следовательно, придает ему меньшую силу по сравнению с обстоятельством, оправдывающим причинение вреда): «Если в силу смятения, ужаса или страха причинитель превышает пределы необходимой обороны, то он не подлежит наказанию». Для применения этих статей суды оценивают обстоятельства дела, соотношение нападения и отпора. Тем не менее следует подчеркнуть положения, которые различают западные правовые системы. Прежде всего, немецкие суды говорят о том, что не следует принимать во внимание разницу в ценности между защищаемым благом и благом, на которое совершено посягательство при осуществлении необходимой обороны (если для защиты материальных благ не существует другого средства, кроме причинения ранения или даже смерти нападающему, необходимая оборона будет допускаться). Однако, с другой стороны, необходимая оборона квалифицируется менее либеральным образом, когда нападающий не является нормальным взрослым человеком (речь идет о ребенке или подростке, слабоумном или душевнобольном, лице, находящимся в состоянии опьянения) или существуют особые обстоятельства, характеризующие отношения агрессора и жертвы (жертва спровоцировала нападавшего, нападавший и жертва являются родственниками или близкими свойственниками).

Во Франции новый Уголовный кодекс посвятил две статьи обстоятельствам, оправдывающим причинение вреда, которые отныне представляются в качестве общих. В статье 122-5 выделяется абз. 2, который прямо допускает необходимую оборону, «чтобы пресечь совершение преступления или деликта против какого-либо блага», при условии, что акт обороны не состоит в умышленном причинении смерти и, разумеется, при условии соблюдения правила о соответствии. Статья 122-6 закрепила «презумпции необходимой обороны».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

4. Состояние крайней необходимости

563. Состояние крайней необходимости существует тогда, когда лицо стоит перед альтернативой: совершить уголовное правонарушение или совершить (или не препятствовать совершению) акт, причиняющей вред другому лицу. Если совершение уголовного правонарушения было избрано лицом во избежание возможного причинения вреда, может ли это лицо сослаться на «обстоятельство, оправдывающее причинение вреда»? «Нужде закон не ведом» — гласит старая пословица. Однако признание состояния крайней необходимости в качестве обстоятельства, оправдывающего причинение вреда, еще не является в Европе всеобщим.

Каждая из кодифицированных правовых систем обладает собственной формулировкой.

В итальянском Кодексе положения ст. 54 являются очень развернутыми:

«**Статья 54. Состояние крайней необходимости.** Не подлежит уголовному наказанию лицо, которое совершило деяние из необходимости защищать самого себя или другое лицо от реальной опасности причинения тяжкого вреда, опасности, которая не была спровоцирована умышленно и которую нельзя было избежать иным способом, при условии, что деяние соответствовало существовавшей опасности. Это положение не применяется к тому, кто противостоит опасности в силу обязанности, возложенной на него законом.

Положение абзаца первого настоящей статьи применяется даже тогда, когда состояние крайней необходимости имеет своим основанием угрозу в отношении другого лица. Но в этом случае лицо, спровоцировавшее такое поведение, отвечает за деяние, совершенное лицом, поставленным под угрозу».

В редакции, являющейся следствием реформы 1974–1975 гг., немецкий Уголовный кодекс квалифицирует состояние крайней необходимости то в качестве «обстоятельства, оправдывающего причинение вреда» (§ 32), то в качестве «извинительного основания» (§ 35), что порождает неопределенность, поскольку это может говорить и об отсутствии вины (тогда здесь имеется в виду нечто большее, чем извинение), и о смягчении наказания (в этом случае можно действительно говорить об извинении — смягчающем извинении). Обстоятельство, оправдывающее причинение вреда, понимается широко и определяется совершенно четко:

«§ 34. Состояние крайней необходимости в качестве обстоятельства, оправдывающего причинение вреда. Не действует незаконным образом тот, кто при наличии реальной опасности в отношении жизни, личности,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

свободы, чести, собственности или всякого другого права, опасности, которую невозможно избежать любым другим средством, совершает уголовное правонарушение с целью отведения опасности от самого себя или другого лица. При оценке пришедших в столкновение интересов, а именно затронутого блага и степени опасности, которая ему угрожает, защищаемый интерес должен превосходить в значительной степени интерес, принесенный в жертву. Данное положение применяется, тем не менее только тогда, когда деяние является подходящим средством для предотвращение опасности».

Параграф 35 содействует прояснению сферы действия обстоятельства, оправдывающего причинение вреда, поскольку в отношении всякой иной опасности, чем та, которая определена в § 34, состояние крайней необходимости не является обстоятельством, оправдывающим причинение вреда, даже если оно и принимается во внимание в большинстве случаев. Если опасность прошла, то состояние крайней необходимости не будет приниматься во внимание, если опасность не касалась жизни, физической неприкосновенности или свободы. Если под угрозу поставлена жизнь, физическая неприкосновенность или свобода и опасность больше не является актуальной, то состояние крайней необходимости становится основанием для признания невиновности лица только при условии, что опасность касалась самого причинителя вреда, одного из его родственников или близких (в случае имеющейся опасности, напротив, родственные или близкие отношения с лицом, поставленным под угрозу, не имеют значение). Либерализм законодателя ограничивается смягчением наказания в отношении определенных случаев. Наиболее примечательным является тот, когда лицо ошибается в значении обстоятельств: оно ошибочно полагает существование обстоятельств, которые, принимая во внимание абз. 1 § 35, устранили бы его виновность. Если это лицо могло избежать ошибки, то оно будет наказано. Тем не менее наказание будет смягчено в соответствии с абз. 1 § 49.

Во Франции состояние крайней необходимости в течении долгого времени отличалось той особенностью, что существовало в качестве обстоятельства, оправдывающего причинение вреда, прежде всего, в судебной практике. Новый Уголовный кодекс прямо его закрепил, однако сделал это с определенной двойственностью, создав категорию «оснований, освобождающих или смягчающих ответственность». Статья 122-7 предписывает:

«Не подлежит уголовной ответственности лицо, которое, столкнувшись с реальной или неминуемой опасностью, угрожавшей ему самому, другому лицу или имуществу, совершает деяние, необходимое для спасения лица или имущества, за исключением случаев несоответствия примененных средств и тяжести угрозы».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Английское право, таким образом, может показаться «тянущимся в хвосте», поскольку знаменитое постановление Дадлэй *(Dudley)*[1] по-прежнему сохраняющее качество руководящего судебного решения, не придает состоянию крайней необходимости универсальный характер. Тем не менее мы можем наблюдать эволюцию, и при использовании концепции давления обстоятельств *(duress of circumstances)* освобождаются от ответственности лица, действующие в ситуациях, которые мы бы анализировали в качестве «состояний крайней необходимости».

В сфере уголовных правонарушений, регулируемых законодательством о дорожном движении, с 1986 г. одно за другим последовали несколько решений. Наиболее заметное было вынесено апелляционным судом в 1989 г.[2] Судья Саймон Браун заявил в мотивировочной части своего решения *(ratio decidendi)*, что оборона может оправдывать поведение, признаваемое законом уголовным правонарушением, если существовала объективная опасность, угрожающая обвиняемому или другим лицам, уточняя, что можно ссылаться на оборону только тогда, когда обвиняемый действовал разумным образом и избрал способ, годный для предотвращения риска смерти или тяжелого ранения.

Постановление Высокого суда, вынесенное в ноябре 1991 г.[3], интерпретировало это решение либеральным образом, и профессор Д.С. Смит, который прокомментировал его в Обзоре судебной практики по уголовным делам *(Criminal Law Review)*, указал, что если применение под давлением обстоятельств средств обороны было допущено в ряде случаев, касающихся преступлений, регулируемых законодательством о дорожном движении, то не существует оснований полагать, что применение средств обороны ограничивается только этой категорией преступлений. Однако спустя некоторое время в деле *R. v. Gotts*[4] о покушении на убийство моральное принуждение, выраженное в форме приказа об убийстве матери, отданного отцом своему шестнадцатилетнему сыну под страхом смерти, не было принято во внимание Палатой лордов в качестве основания для применения средств обороны.

---

1 Dudley (1884) 14 QBD 273.

2 Martin (1989) 1 All ER 652.

3 High Court of Justice: Queens Bench Divisional Court, 1 nov. 1991: Crim. Law Review, 1992. P. 176.

4 R. v. Gotts (1992) 94 Cr. App.R., 315.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Основания, освобождающие от уголовной ответственности

1. Основания, касающиеся субъекта уголовной ответственности

564. В каждой правовой системе, которую мы наблюдаем, ответственность не может быть признана за некоторыми категориями несовершеннолетних и лиц, страдающих психическими заболеваниями. Итальянское и немецкое право идут еще дальше и освобождают от уголовной ответственности лиц, пораженных физическим или умственным недугом.

Несовершеннолетие является препятствием для привлечения к ответственности, однако здесь существуют различия в возрастных категориях.

Английскому праву знакома неопровержимая презумпция безответственности ребенка, который не достиг 10-летнего возраста. Свыше 14 лет особая защита в силу возраста больше не допускается. Между 10 и 14 годами несовершеннолетний пользуется обычной презумпцией безответственности. Однако обвинение может доказать, что ребенок мог осознавать порицаемый характер своих действий. В этом случае на него возлагается уголовная ответственность (тем не менее продолжает существовать категория преступлений, в отношении которых существует неоспоримая презумпция о том, что их не может совершить мальчик, не достигший 14 лет: речь идет о таких преступлениях, объективная сторона которых связана с действиями сексуального характера, например об изнасиловании).

Немецкое право отличается своей определенностью и либеральностью. Определенностью, потому что ст. XIX Уголовного кодекса четко предписывает: «Не подлежит ответственности несовершеннолетний, не достигший 14-летнего возраста на момент совершения деяния». Этот принцип, близкий всем европейским правовым системам, благоприятствует детям. В отношении подростков (с 14 по 18 лет) ответственность возлагается при условии достаточной зрелости (первое предложение ст. 3 специального закона о несовершеннолетних): если в момент совершения деяния подросток мог отдавать себе отчет в противоправности последнего, он подлежит уголовной ответственности.

Во Франции Ордонанс от 2 февраля 1945 г., касающийся несовершеннолетних правонарушителей, после его изменения Законом от 10 сентября 2002 г. и Законом от 20 марта 2004 г., практически выводит за сферу уголовного права несовершеннолетних, не достигших 10-летнего возраста. Но с 10 лет несовершеннолетний, который является «автором» правонарушения, может быть подвергнут принудительным мерам воспитательного характера или даже задержанию на случай совершения преступления или тяжкого деликта. С 13 до 18 лет он может быть подвергнут наказанию, а оправдание несовершеннолетием, которым он

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

обычно пользуется и которое значительно снижает размер наказания, отнимается у него по достижению 16-летнего возраста на момент совершения деяния.

Психическое заболевание как препятствие для привлечения к уголовной ответственности

Все кодифицированные правовые системы закрепляют положения, посвященные психическим заболеваниям, формулировки которых отражают эволюцию медицинской науки.

Итальянское право допускает, что психическое заболевание может полностью или частично освободить от ответственности (ст. 88 и 89 Кодекса). Однако оно не связывает с психическим заболеванием эмоциональные или чувственные состояния (ст. 90).

Положения немецкого Кодекса предусматривают как освобождение, так и смягчение ответственности. Психические расстройства должны привести к освобождению от ответственности, если они помешали осознавать противоправный характер деяния или если они препятствовали лицу адекватно отреагировать на ситуацию, когда его способность к здравому суждению не исчезла. Формулировка § 20 позволяет широко принимать в расчет психические нарушения:

«Не подлежит ответственности за свои поступки тот, кто во время совершения деяния в силу психопаталогического расстройства, глубокого расстройства сознания, слабоумия или любого другого умственного ослабления был неспособен оценить незаконный характер своих действий или действовать согласно рассудку».

Таким образом, все психические болезни могут быть приняты во внимание. Однако и помутнения рассудка, и чувственные состояния, и даже некоторые психические расстройства приравниваются к настоящим психическим болезням, как только они уничтожают способность к здравому суждению или свободу действий. Судебная практика, тем не менее отказывает в освобождении от ответственности в том случае, когда состояние лица, чье поведение подлежит оценке, является следствием его вины. Если способность рассудочной деятельности и свобода действий не являются полностью уничтоженными, психические нарушения могут обосновать смягчение ответственности. Параграф 21 устанавливает это таким образом:

«Если способность причинителя понимать противоправный характер своего деяния или действовать согласно рассудку является в момент совершения деяния в значительной степени ослабленной одним из оснований, упомянутых в § 20, наказание может быть смягчено в силу применения абзаца 1 § 49».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Основания, упраздняющие свободу в принятии решения

565. Свобода, минимальная свобода лежит в основе уголовной ответственности. Если деяние осуществлялось автоматически, оно не должно образовывать уголовного правонарушения (см. в отношении английского права дело *Bratty v. A.G. for Northern Ireland*, 1963[1]). Западные правовые системы, таким образом, постепенно закрепили в качестве препятствий для признания виновности две формы, упраздняющие свободу, каковыми являются принуждение и ошибка.

Принуждение

В кодифицированных правовых системах принуждение то предусматривается само по себе (как в случае с французским правом), то привязывается к более широким понятиям (как в случае с правом немецким). Немецкое право не закрепило отдельного положения, посвященного принуждению. Однако положения § 20 и 21 Уголовного кодекса неоспоримо позволяют принимать его во внимание. Квалифицируя некоторые виды физического принуждения, можно говорить об отсутствии действий лица. В отношении других случаев физического принуждения и в отношении психического принуждения в зависимости от ситуации можно принимать их в расчет на основании § 20 или 21.

Не закрепив его в каком-либо акте, английское право также отводит принуждению важное место. Можно даже сказать, что это понятие является там расширительным до такой степени, что вбирает в себя часть того, что мы относим скорее к состоянию крайней необходимости (см. выше п. 63 и последующие). В расчет принимается физическое принуждение, однако это может произойти и в отношении морального принуждения при наличии определенных обстоятельств (так, жена, которая совершила деяние в присутствии своего мужа, может сослаться на психическое принуждение, хотя с момента принятия закона 1925 г. она больше не пользуется презумпцией, установленной общим право в ее пользу).

Ошибка

Можно считать, что тот, кто действует по незнанию, не принимает свободного решения. Однако следует усомниться в освобождении его от всякой уголовной ответственности, поскольку зачастую ошибки можно было избежать. В течение долгого времени европейские правовые системы в качестве основания для признания невиновности ссылались лишь на некоторые фактические ошибки. Благодаря развитию либерализма сегодня стало возможным ссылаться и на правовую ошибку.

---

[1] A.C. 386, (1961) 3 All E.R. 523.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В случае отказа от совершения уголовного правонарушения (абз. 3) или деятельного раскаяния (абз. 4) предусматриваются более мягкие последствия.

2. Германское право основывается на § 22–24 Уголовного кодекса

567. Сфера наказуемости покушения напоминает французское право. Покушение всегда является наказуемым, если это касается преступлений. Если же речь идет о деликтах, то оно подлежит наказанию в той мере, в которой это прямо предусмотрено законодателем (абз. 1 § 23).

Понятие покушения ясно определено § 22: «Совершает покушение тот, кто, намереваясь совершить преступление, непосредственно переходит к реализации его конститутивных элементов». Эти конститутивные элементы не должны быть реализованы полностью, однако одной субъективной стороны для признания покушения будет недостаточно, даже если она и является необходимым элементом; следует также иметь в наличии объективную сторону, т.е. начало совершения конститутивных элементов или по крайней мере одного из конститутивных элементов преступления. Таким образом, необходимо отличать покушение от приготовления, которое осуждается законодателем только в исключительных случаях (государственная измена при условиях, определенных в § 83, изготовление поддельных денег, инкриминируемое § 149). Добровольный отказ препятствует реализации преступления. Однако, если после реализации всех необходимых конститутивных элементов преступления происходит «деятельное раскаяние», последнее также принимается во внимание в качестве одного из оснований для освобождения от наказания. Тем не менее от исполнителя требуется, чтобы он приложил серьезные усилия для того, чтобы действительно помешать осуществлению преступления (§ 24).

Покушение может быть подвергнуто менее строгому наказанию, чем законченное деяние.

Негодное покушение предусматривается абз. 3 § 23. По общему правилу оно является наказуемым. Однако судья может не применить меру наказания или смягчить ее. Комментаторы отмечают к тому же необходимость минимального нарушения общественного порядка, нарушение, без которого всякое уголовное преследование в правовом государстве не будет являться обоснованным.

3. Французское право

Покушение всегда являлось предметом дискуссий во французском праве, даже после появления уточнений, сделанных новым Уголовным кодексом.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В терминах ст. 121-5 французского Уголовного кодекса оно образуется «с момента начала совершения деяния, если оно не было отложено или не принесло своих последствий только в силу обстоятельств, независимых от воли исполнителя». Судебная практика квалифицирует начало совершения уголовного правонарушения как деяния, которые непосредственно и немедленно были направлены на совершение уголовного правонарушения.

Покушение всегда наказуемо в отношении преступлений, однако в отношении деликтов оно наказывается только в случаях, прямо предусмотренных законом. Установленное наказание является таким же, как и наказание, предусмотренное за оконченное правонарушение. Законом не предусматривается снисхождения на случай «деятельного раскаяния». Однако «общие» полномочия, которыми обладают судьи, позволяют им принимать его во внимание.

Б. Английское право также принимает во внимание покушение, а его основания приближены к основаниям французского права

По общему правилу только покушение на преступления, преследуемые по обвинительному акту *(indictable offences)*, является наказуемым (см. о понятии такого преступления ниже п. 577). В этом случае наказание устанавливается судьей достаточно свободным образом.

Понятие покушения обладает определенной «размытостью», и закон предусматривает, что для его квалификации необходимо совершение деяния, которое является бóльшим, чем просто приготовление *(Criminal Attempts Act 1981, s. 1)*.

II. Соучастие

568. Вопросы соучастия в совершении преступления уже давно привели юристов к различению исполнителей и соучастников. Однако конструкция каждой правовой системы оказывается сложной и не позволяет во всех случаях привлекать к ответственности всех тех, кто играл определяющую роль в совершении преступления. Именно в отношении соучастия английское право в наименьшей степени противостоит кодифицированным правовым системам, поскольку Акт об уголовной юстиции 1967 г. сильно «модернизировал» его положения.

А. Кодифицированные правовые системы

Итальянское право получило из Кодекса 1930 г. положения, которые самым общим образом говорят об «участии нескольких лиц в совершении преступления». Немецкое право сближается с итальянским,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

однако положение соучастников обрисовано там с большей четкостью. Новый французский Уголовный кодекс сохранил метод Кодекса 1810 г. и содержит лаконичное положение, которое затрудняет восприятие теории соучастия.

Итальянское право содержит базовую норму в ст. 110:

«Когда несколько лиц участвуют в совершении одного преступления, каждый из них подвергается наказанию, установленному за это преступление, с учетом положений последующих статей».

В последующих статьях в расчет принимается мера участия каждого лица: тот, кто склоняет других, руководит их деятельностью, подлежит наиболее строгому наказанию (см. ст. 112), напротив, судья может смягчить наказание в отношении лица, которое, по его мнению, приняло минимальное участие в подготовке или совершении преступления.

Положения немецкого права были изменены при проведении реформы 1974–1975 гг., а раздел, принадлежащий к общей части Уголовного кодекса *(Dritter Titel. Täterschaft und Teilnahme)*, имеет решающее значение в определении того, на каких условиях будут подвергнуты уголовной ответственности соучастники в совершении правонарушения.

Статья 25 определяет того, кто считается исполнителем уголовного правонарушения:

«(1) Наказывается в качестве исполнителя уголовного правонарушения лицо, которое самостоятельно или при помощи другого лица совершает преступление. (2) Если несколько лиц совместно совершают преступление, каждый из них наказывается в качеств исполнителя (соисполнителя)».

Понятие исполнителя трактуется здесь широко, принимая во внимание существование фигуры «посредственного исполнителя». Если определение исполнителя не вызывает проблем тогда, когда лицо в одиночку совершает все действия, необходимые для осуществления правонарушения, то при квалификации деяния, совершенного руками другого лица, возникают определенные трудности. Непосредственный исполнитель деяния может вообще избежать всякой ответственности (если им является ребенок, душевнобольной, подчиненный, который действует под принуждением), и тогда к ответственности будет привлекаться лишь подстрекатель. Иногда непосредственный исполнитель может выступить соисполнителем или пособником — в зависимости от значимости его вклада в совершение уголовного правонарушения.

Во всяком случае ст. 29 устанавливает: «Всякий соучастник подвергается наказанию по мере своей вины, без учета вины других лиц».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Германский уголовный кодекс предусматривает в специальных положениях различные формы соучастия. Подстрекатель, который в немецкой концепции не является посредственным причинителем, но скорее лицом, которое провоцирует к совершению правонарушения, подлежит тому же наказанию, что и исполнитель преступления (§ 26):

«Тот, кто намеренно побуждает другое лицо к умышленному совершению противоправного акта, подлежит в качестве подстрекателя такому же наказанию, что и исполнитель уголовного правонарушения».

Тем не менее уточняет § 28, должно осуществляться смягчение наказания в соответствии с абз. 1 § 49. Пособник — это «тот, кто умышленно помогает другому лицу совершить противоправный акт (абз. 1 § 27). При назначении ему наказания за основу берется наказание, полагаемое исполнителю преступления, однако оно также подлежит смягчению посредством применения абз. 1 § 49.

Покушение на соучастие предусматривается § 30. При его оценке принимаются во внимание все те же факторы, которые берутся в расчет при квалификации покушения на уголовное правонарушение (см. выше п. 567, в особенности в отношении того, что касается применения абз. 3 § 23). Оно будет наказываться исходя из того, какое наказание предусмотрено за покушение на уголовное правонарушение, однако и здесь будет применяться абз. 1 § 49 (обстоятельства, смягчающие наказание). Отмечается, что под статью 30 подпадает не только «тот, кто стремится побудить другое лицо совершить преступление или склоняет его на это» (абз. 1 § 30), но равным образом «тот, кто заявляет о своей готовности совершить преступление, побудить к его совершению, или принимает предложение другого лица или договаривается с ним на этот счет» (абз. 2 § 30). Отказ от покушения на соучастие влечет за собой освобождение от наказания (§ 31).

Таким образом, можно только удивляться тому, что после разработок итальянской и немецкой доктрины новый французский Уголовный кодекс остается относительно лаконичным в определении различных возможных форм «участия в совершении преступления». Он только частично исправляет подход, который базировался на знаменитых ст. 59 и 60 Уголовного кодекса 1810 г. После того как статья 121-6 устанавливает, что соучастник в совершении уголовного правонарушения будет наказываться так же, как и его исполнитель, ст. 121-7 определяет случаи, когда лицо становится соучастником (является соучастником преступления или деликта лицо, которое умышленно, посредством помощи или поддержки способствует его подготовке или совершению. Равным образом является соучастником лицо, которое посредством дара, обещания, угрозы, злоупотребления властью или полномочием

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материал защищенный авторским правом

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

спровоцирует другое лицо на совершение преступления или даст инструкции по его совершению»). Основанием для уголовного преследования соучастника выступает наказуемость основного уголовного правонарушения, однако доктрина и судебная практика развили теорию соучастия, допустив самостоятельную оценку «преступного характера» соучастия, и, таким образом, уголовное преследование соучастника осуществляется, исходя из его личных свойств и фактических обстоятельств дела.

Б. Английское право

Правовое регулирование «соучастия в совершении преступления» в английском праве долгое время отличалось повышенной сложностью. Однако оно было значительно упрощено Актом об уголовном праве 1967 г. В качестве соучастия больше не воспринимаются действия, имеющие место после совершения преступления; законодатель возвел в категорию самостоятельных преступлений деяния, до этого наказуемые в качестве разновидностей соучастия (так произошло с действиями тех лиц, которые помогали скрыться исполнителю тяжкого преступления). В том, что касается действий, предшествующих совершению основного преступления или сопряженных с ним, которые сыграли свою роль в реализации преступления, английская концепция соучастия является очень широкой. Она затрагивает все виды преступлений (не только преступления, преследуемые по обвинительному акту, но также преступления, преследуемые в прядке упрощенного судопроизводства). Она включает активное поведение и бездействие и охватывает всякую помощь (даже самую ограниченную), оказываемую исполнителю преступления. Допускается и соучастие в покушении.

Соучастие, тем не менее, обладает «собственным» преступным характером. Если основной исполнитель может ссылаться на возражение, которое препятствует признанию его вины, то соучастник, тем не менее может быть признан виновным. Напротив, в отношении преступлений с объективной формой ответственности следует доказывать наличие вины у соучастника, хотя для привлечения к ответственности исполнителя будет достаточным одного наличия объективной стороны.

Некоторое число деяний, которые мы трактуем в качестве форм соучастия, признаются английским правом самостоятельными преступлениями. Подстрекательство к совершению преступления является самостоятельным преступлением. Сговор на совершение преступления (даже если план не был исполнен или исполнен не полностью) также образует самостоятельное преступление.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 3. Ответственность юридических лиц: возникновение и динамика

I. Уголовная ответственность юридических лиц в английском праве: миф или реальность?

Библиография. По всему комплексу вопросов, можно обратиться к работам на французском языке: *Philippe Kenel*. La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais, Droz, Genève 1991. На английском языке, помимо работ, представляющих общим образом проблемы уголовной ответственности, можно с пользой обратиться к работам «специалистов» *L. H. Leigh* и *Célia Wells*.

569. Во время дебатов, которые предшествовали закреплению уголовной ответственности юридических лиц во французском праве, английское право было принято во внимание в качестве поучительного примера. Тем не менее мы с большим трудом можем постичь тот способ, через который трактуется эта ответственность. Трудности возникают прежде всего потому, что понятие юридического лица в английском праве является очень сложным. К тому же в отношении объединений, которые не обладают юридической правосубъектностью (некоторые из них именуются «квазикорпорациями»), иногда применяются нормы, заимствованные из правового режима юридических лиц (и случаи с уголовной ответственностью принадлежат к этой сфере). Трудность объясняется и тем, что уголовная ответственность имеет свои тайны. Известно (см. выше п. 553 и последующие), что для признания преступления необходимо наличие двух составляющих, помимо законной или судебной правовой базы: деяния и субъективной стороны. К тому же уголовная ответственность является персональной. Однако существуют и случаи объективной ответственности и ответственности за вред, причиненный действиями другого лица. Уголовная ответственность юридических лиц, таким образом, была разработана в английском праве с учетом двух весьма различающихся перспектив: с одной стороны, к ней относится объективная ответственность и ответственность за вред, причиненный действиями другого лица (эти случаи особенно казуистичны), с другой стороны, персональная уголовная ответственность (она охватывает более широкую сферу), признание которой происходит с помощью особого толкования понятий «деяние» и «объективная сторона».

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

постановления стали допускать уголовную ответственность корпораций, а апелляционный суд в постановлении 1934 г. для обоснования своего приговора избрал правовую формулировку, которая была составлена лордом Блэкберном.

В отношении преступлений, определенных в законах (в статутном праве), случаи объективной ответственности являются более многочисленными, однако и здесь очень многое будет зависеть от судейской оценки, поскольку многие акты не были сформулированы достаточно четко. Можно привести в качестве примера преступления с объективной формой ответственности владение некоторыми видами наркотических веществ (Акт о злоупотреблении наркотиками 1971 г.), ношение огнестрельного оружия (разд. 1 Акта об огнестрельном оружии 1968 г.) — преступление, в отношении которого апелляционным судом было вынесено важное постановление по делу *R. v. Hussain* (1981). Однако все это только примеры, и число статутов, предусматривающих объективную форму ответственности за уголовные правонарушения, является довольно большим.

2. Признание уголовной ответственности юридических лиц в качестве ответственности за вред, причиненный действиями другого лица *(vicarious liability)*

Vicarious liability — это ответственность за вред, причиненный действиями другого лица. Она является исключительной и почти всегда носит объективный характер, что влечет ее применение к юридическим лицам.

Мы находим несколько случаев ее применения в общем праве (среди которых также фигурирует создание источника опасности для окружающих).

Случаи ее использования есть и в статутном праве. Когда на лицо возлагается императивная обязанность, но оно делегирует свои полномочия другому лицу, чтобы возложить на него исполнение этой обязанности, и если последняя в конечном итоге остается неисполненной, «делегант» подлежит уголовной ответственности за действия «делегата». При применении статутов, которые предусматривают такую ответственность, судья вынужден играть еще бóльшую роль по сравнению со случаями простой объективной ответственности, поскольку он должен не только принять решение в отношении характера и размера ответственности, предусмотренной законом, но и оценить действительность делегирования полномочий.

Можно привести в качестве примера судебного постановления, который иллюстрирует правовые проблемы ответственности за действия другого лица, решение, рассматриваемое в качестве прецедента и возлагающее ответственность на компанию. Речь идет о решении Суда ко-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ролевской скамьи Высокого суда правосудия по делу *Green v. Burnett*[1]. В этом деле речь шла о применении Инструкции по созданию и использованию транспортных средств 1951 г. Статья 101 Инструкции предписывала, что факт использования транспортного средства, состояние которого не соответствует законным требованиям, образует преступление. Барнет *(Burnett)*, работник компании, управлявший в рамках служебных обязанностей транспортным средством, принадлежащим его работодателю, стал виновником аварии, вызванной неисправностью тормозной системы, которая не соответствовала законным требованиям. Суд посчитал, что за преступление может быть вменена объективная ответственность, поскольку сам акт предусматривал термин «использование» (аналогичное рассуждение было проведено в других постановлениях в отношении термина «продажа»), причем эта объективная ответственность возлагается на компанию, даже если работодатель запрещал своему работнику действовать подобным образом. В итоге компания, являющаяся собственником транспортного средства, была осуждена.

Б. Уголовная ответственность юридических лиц за преступления, в которых необходимо установление субъективной стороны *(mens rea)*

Обычно преступления формируются только при одновременном существовании деяния *(actus reus)* и субъективной стороны *(mens rea)*. Субъективная сторона может являться простым намерением или основываться на неумышленной форме вины, лишь бы последняя могла быть вменена субъекту, обладающему возможностью осознавать и желать. Поскольку для формирования конструкции преступления всегда необходимо наличие воли или по крайней мере некоторого психологического осознания, возникает вопрос: может ли юридическое лицо совершить преступление, поставленное в зависимость от доказательства субъективной стороны?

Уголовная ответственность юридических лиц была признана сравнительно недавно. Ее предвестники существовали уже в первой четверти XX в. Однако для английской доктрины эта ответственность по-настоящему была внедрена в английское право тремя постановлениями 1943–1944 гг.[2] После 60-х гг. уголовная ответственность юридических лиц стала признаваться все чаще и в отношении самых разнообразных преступлений (как предусмотренных статутным правом, так и преступлений общего права, например в отношении простого убийства, соот-

---

1 (1955) 1 Q.B. 78.

2 DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd (1944) 1 K.B. 146, R. v. ICR Haulage Ltd (1944) 1 KB 551, Moore v. I. Bresler Ltd (1944) 2 All E.R. 515.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

углубления этой теории отождествления особенно пристально приняли во внимание два судейских соображения. Прежде всего, рассуждение лорда Рэйда, обосновывающего свою позицию в постановлении *Supermarkets Ltd. v. Nattrass* следующим образом:

«Физическое лицо обладает рассудком, который способен сформировать свою волю или допустить упущение, оно также имеет руки, чтобы реализовывать свои намерения. Юридическое лицо вовсе не является таковым: оно должно действовать с помощью физических лиц, хотя оно не всегда действует через одно и то же лицо. Но в таком случае лицо, которое действует, не говорит и не действует за компанию. Оно действует как сама компания и его воля является волей компании. Речь не может идти о том, чтобы возложить ответственность на компанию, за действия другого лица. Лицо, которое действует, не делает этого в качестве служащего, представителя, уполномоченного или делегата. Оно является воплощением компании, или можно сказать, что оно слышит и говорит от имени компании в рамках своей собственной сферы и его воля является волей компании. Если эта воля является виновной, тогда эта вина является виной компании».

Однако равным образом продолжает приниматься в расчет формулировка лорда Денинга, высказанная ранее и являющаяся только попутным высказыванием в решении, вынесенном по гражданскому делу:

«Компания может быть во многих отношениях сравнима с человеческим телом. Она обладает мозгом и нервным центром, который контролирует то, что она делает. Она имеет руки, которые располагают орудиями и действуют согласно инструкциям центра. Некоторые члены компании являются простыми служащими или агентами, которые являются лишь руками, исполняющими работу, и о них невозможно сказать, что они представляют ум и волю компании. Другие являются директорами и менеджерами, они представляют руководящий разум и волю компании и контролируют то, чем она занимается. Умонастроение этих менеджеров является умонастроением компании и трактуется в качестве такового правом».

Однако эта оппозиция ума и рук не приводит к совершенно определенному решению. Некоторые лорды, заседавшие по делу *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*, кажется, опирались на формулировку лорда Денинга. Еще один вопрос, возникающий в связи с все той же теорией отождествления, звучит следующим образом: можно ли возлагать на компанию ответственность за простое убийство, если необходимая для его признания небрежность характеризовала поведение лишь некоторых членов компании или даже одного из них? Тезис «вины по совокупности» был осужден судьей Бингхэм в деле *R. v. H.M. Coroner for East, ex p. Spooner*.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Немецкое право: санкционирование юридических лиц за преступления, совершенные физическими лицами

570. Немецкое право было организовано таким образом, что наряду с уголовным правом в собственном смысле слова здесь был создан ансамбль так называемых подзаконных правонарушений. С точки зрения этих двух отраслей уголовная ответственность юридического лица трактуется совершенно различным образом.

А. Принцип отсутствия ответственности юридических лиц за «настоящие» уголовные правонарушения

В рамках уголовного права в собственном смысле слова ответственность юридического лица отсутствует. Такое решение соответствует логике германской концепции уголовной ответственности, которая возобладала вскоре после окончания Второй мировой войны. Принцип виновности *(Schuldprinzip)*, который был признан Федеральным конституционным судом в качестве одного из принципов конституционного значения, запрещает налагать наказание на того, кто не несет персональную ответственность за запрещенное законом действие или бездействие. Этим принципом в Германии руководствуются и при выборе меры наказания. Такой способ понимания принципа виновности приводит к признанию «настоящей» уголовной ответственности только за физическими лицами. Конечно, в Уголовном кодексе существует ст. 14, определяющая условия возложения ответственности на физических лиц, которые являются органами юридического лица или обладают полномочием на представительство последнего. Подлежит ответственности:

«Тот, кто действует в качестве уполномоченного органа юридического лица или в качестве члена такого органа; тот, кто действует в качестве участника хозяйственного общества, уполномоченного на представительство последнего».

Однако эта ответственность является персональной ответственностью физического лица. Тем не менее немецкое право нашло возможность возлагать уголовную ответственность и на юридическое лицо.

Б. Ответственность юридических лиц на основании «подзаконных правонарушений»

«Декриминализация», осуществляемая для сохранения уголовного права в разумных пределах, привела к созданию механизма административных санкций, в рамках которого ответственность юридических лиц

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

была организована самым тщательным образом. Статья 30 *OwiG (Ordnungswidrigkeiten Gesetz)* является одним из оснований такой ответственности.

Сфера ее применения является очень широкой. Статья 3 упомянутого акта говорит о том, что такая санкция не может существовать в отсутствии нормативного акта. Эти акты регулируют все сектора административной, экономической и социальной жизни, есть они и в праве окружающей среды. Кроме того, необходимо отметить, что подобные акты затрагивают не только юридических лиц, но также ассоциации, не обладающие юридической правосубъектностью.

Условия возложения ответственности определены в позитивном и негативном смысле. В позитивном смысле необходимо, чтобы лицо, обладающее статусом органа юридического лица или принадлежащее к одному из таких органов, совершило деяние, представляющее следующие характеристики: оно должно образовывать правонарушение или посягательство на административный порядок; оно должно нарушать обязанность, возлагаемую на юридическое лицо, или содействовать обогащению последнего. В негативном смысле необходимо отсутствие одного из оснований освобождения от ответственности, закрепленного ст. 11, 15 и 16 (например, совершение ошибки или состояние крайней необходимости).

Санкция состоит в наложении штрафа, размер которого может быть очень высоким, а его максимальный предел различается в зависимости от характера деяния физического лица (умышленное правонарушение, неумышленное правонарушение, посягательство на административный порядок).

B. Понятие органа юридического лица или лица, входящего в состав такого органа

Эти понятия имеют большую важность и освещаются некоторыми положениями общей части *BGB* (§ 31 в отношении юридических лиц частного права, § 89 в отношении юридических лиц публичного права), так же как и в положениями *BGH* и законов о хозяйственных обществах.

III. Внедрение уголовной ответственности юридических лиц во французском праве

571. Из всех вопросов, которые заслуживают внимания в новом французском Уголовном кодексе, уголовная ответственность юридических лиц сразу же вышла на передний план. Этому не следует удивляться, но над этим, быть может, следовало бы призадуматься. То, что этому не следует удивляться, объясняется тем, что на протяжении десятилетий французские специалисты по уголовному праву видят в уголовной от-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ветственности юридических лиц главный вопрос, с которым связывается решение множества проблем. Чуть не дошло до принятия ставок по вопросу — будет ли она, не будет ли ее, хватит ли у французского законодателя смелости? Законодателю ее хватило, и можно с полным основанием полагать, что эта смелость, проявленная в 1992 г., была только первым шагом и что вскоре следует ожидать от него еще большей отваги.

A. Первые технические основания уголовной ответственности юридических лиц

Статья 121-2 нового Кодекса уже поражает своим широким охватом:

«Юридические лица, за исключением государства, подлежат уголовной ответственности согласно положениям статей 121-4–121-7 в случаях, предусмотренных законом или регламентом, за совершенные их органами или представителями в их пользу уголовные правонарушения. Тем не менее административно-территориальные образования и их объединения подлежат уголовной ответственности только за уголовные правонарушения, совершенные в качестве осуществления деятельности, явившейся предметом соглашения о делегировании публичной службы. Уголовная ответственность юридических лиц не исключает уголовную ответственность физических лиц, исполнителей или соучастников соответствующих деяний».

Несколько других положений помогают претворить в жизнь этот новый принцип, вызвавший такой резонанс. Однако многие французские комментаторы в течение долгого времени так и не смогли освоить эти новые положения французского уголовного права. Поскольку, если некоторые основания уголовной ответственности юридических лиц были закреплены достаточно четко, то следовало разрешить еще ряд важных вопросов, плохо освещенных в законе.

1. Основания, ясно прописанные в законе

Закон четко определяет, с одной стороны, в отношении каких уголовных правонарушений уголовная ответственность юридических лиц является возможной, с другой стороны, какие наказания могут быть применены в отношении последних.

Что касается видов уголовных правонарушений, то законодатель в 1992 г. избрал технику перечисления, поскольку совершенно определенным образом ст. 121-2 признает уголовную ответственность юридических лиц только в случаях, предусмотренных законом или регламентом. Уголовные законы не полежат расширительному толкованию, и поэтому следует полагать, что уголовные правонарушения, в отношении которых уголовная ответственность юридического лица не была прямо

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

предусмотрена в тексте, определяющем это уголовное правонарушение, не могут быть совершены юридическим лицом, даже если характер этого правонарушения не приводит с очевидностью к такому негативному решению. Однако эта техника перечисления не явилась признаком либерализма. В самом кодексе уголовная ответственность юридического лица предусматривается в отношении практически всех уголовных правонарушений. Тем не менее ставя признание уголовной ответственности юридического лица в зависимость от специального закрепления в тексте закона, посвященного каждому конкретному правонарушению, закон устанавливает определенный лимит для репрессий.

Наказания и принципы их определения в отношении юридических лиц образуют другую надежную базу: целый раздел гл. 1 титула II кн. I Уголовного кодекса посвящен их закреплению. На первом месте находится штраф, но затем следует целая гамма наказаний, приспособленных к природе юридического лица. Статья 131-39 содержит не менее девяти заголовков, и в конце в дополнительном абзаце несколько отдельных положений посвящаются юридическим лицам публичного права, партиям или политическим объединениям, профессиональным союзам или институтам, представляющим персонал. Диспозиция статьи содержит, безусловно, «репрессивную окраску», что не ускользнуло от внимания весьма квалифицированных комментаторов, которые отмечают контраст между правовым режимом физических и юридических лиц.

«Так, — пишет М. Булок, — в то время как в отношении физических лиц происходит ориентация на социальный режим преступности (с невознаграждаемым трудом осужденных, медиацией...), в отношении юридических лиц было оказано содействие возвращению или реабилитации чистой и жесткой санкции. Санкции, применимые к юридическим лицам, характерны для периода неоклассического права».

2. Некоторые проблемы, которые следует разрешить

Необходимо определить лиц, подлежащих наказанию.

Что такое юридическое лицо? Французский Уголовный кодекс не говорит нам об этом. Конечно, он с точностью ссылается на некоторые разновидности юридических лиц: юридические лица публичного права, партии, политические объединения, профессиональные союзы, однако ни одно из положений кодекса не содержит разъяснения об общем понятии. Французское право испытало колебания и сомнения на этот счет, а для разрешения наиболее сложных ситуаций стала использоваться теория самостоятельности уголовного права. Не имея возможности привести все аргументы знаменитого научного спора, следует напомнить два подхода к понятию юридического лица. Сторонники теории фикции, полагающие, что только телесное образование (существо из плоти и крови) обязывает к признанию его правосубъектности, допускают, что закон,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

всемогущий с юридической точки зрения, может искусственно решить, что некоторые объединения обладают правосубъектностью юридического лица. Для других юристов юридические лица существуют на самом деле, и право может лишь их удостоверить. Знаменитое постановление Кассационного суда 1954 г. закрепило теорию реальности юридического лица[1]. Однако некоторые последующие законы могут явиться основанием для возвращения к теории фикции. Кассационный суд, тем не менее сохранил свою приверженность теории реальности[2]. Однако в уголовной сфере, подчиненной жесткому принципу законности, возникает дилемма: можно ли наказывать в качестве юридического лица объединение, прямо не названное законом юридическим лицом? Или если допустить широкую концепцию юридического лица, то где необходимо остановиться, поскольку, ссылаясь на автономность уголовного права, некоторые суды могли бы подвергнуться искушению наказать всякое объединение, образованное самым элементарным образом. Без сомнения, эти дебаты не заставили себя долго ждать и затрагивали ситуации, обладающие огромным значением: например, как поступить с объединением хозяйственных обществ?

Кроме этого, следует определить круг деяний, порождающих уголовную ответственность. Поскольку юридическое лицо участвует в социальной жизни только при помощи физических лиц, возникает вопрос: деяния каких физических лиц могут возлагать ответственность на юридическое лицо и какие именно деяния? Статья *L.* 121-2 в абз. 1 возлагает ответственность на юридических лиц за «уголовные правонарушения, совершенные от их имени их органами или представителями». Это понятие органов или представителей вовсе не является новым для французского права, однако оно также все еще не является настолько определенным, как это требуется уголовным правом, которое по необходимости должно быть очень точным. Как отличить его от понятия служащего, которое заслужило самое пристальное внимание французских юристов при обсуждении вопросов гражданской ответственности? Существует и другие ситуации, весьма сложные для разрешения. Как, например, поступить, если имеется общее неудовлетворительное функционирование всех служб юридического лица, однако конкретную ошибку физического лица определить невозможно? Эта проблема не является теоретической, поскольку она уже возникла по ряду серьезных дел, подчиненных иностранной юрисдикции. Выражение «уголовные правонарушения, совершенные их органами и представителями», кажется, доказывает, что прежде всего нужно спросить себя о поведении лиц, которые являют-

---

1 Cass. Civ., 28 janv. 1954 : D. 1954, jurispr. p. 217, note G. Levasseur.

2 Cass. Soc., 23 janv. 1990 : JJCP 1990, II, 21529, obs. R. Vatinet.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ся органами или представителями юридического лица, т.е. лиц, которые остаются малочисленными и представляют интересы конкретных юридических лиц.

Большинство возникших вопросов быстро получили свои ответы, поскольку за десять прошедших лет проявилась тенденция, которая расширила уголовную ответственность юридических лиц до максимальных пределов.

Б. Динамика распространения уголовной ответственности юридических лиц

Судебная практика, которая еще недавно оставалась враждебной признанию ответственности юридических лиц, сделала, если можно так выразиться, крутой поворот, интерпретируя новые акты с настоящей жестокостью по отношению к последним.

Она, таким образом, стала очень широко понимать словосочетание «органы и представители», которые могут своими действиями возложить уголовную ответственность на юридическое лицо. Она посчитала, что в отношении уголовных правонарушений, совершенных по неосторожности, достаточным будет установить то, что физическое лицо, являющееся органом или представителем юридического лица, не выполнило законного или подзаконного предписания или допустило упущение, каким бы тяжким оно ни было.

Однако не были ли судьи принуждены к этой жесткости самим законодателем? Вскоре после принятия Кодекса тексты, добавляющие случаи уголовной ответственности, стали следовать друг за другом с потрясающей скоростью. А когда речь зашла о смягчении ответственности за деяния, совершенные по неосторожности, юридические лица были обойдены стороной (Закон от 10 июля 2000 г. № 2000-647).

Тем не менее до выхода на уровень режима крайней жестокости оставался еще один шаг: чтобы совершить его, следовало отменить содержащийся в кодексе «принцип специальной правоспособности». Этот шаг только что совершен так называемым законом «Пербан 2». Его статья 54 устраняет из первого абзаца статьи выражение: «в случаях, предусмотренных законом».

Раздел 2

ЗНАЧЕНИЕ РАЗЛИЧНЫХ ТЕХНИК ИНКРИМИНИРОВАНИЯ

572. Уголовная ответственность претворяется в жизнь посредством отдельных квалификаций преступлений, без которых в силу принципа

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

плений и деликтов (см. выше п. 567). Что касается процесса, то указанная классификация используется и здесь (см. ст. 153*a* Ордонанса об уголовном процессе), однако в меньшей степени, чем во французском праве.

Б. Подзаконные правонарушения *(Ordnungswidrigkeiten)*

Подзаконные правонарушения относятся в настоящее время к отрасли права, которую немецкие юристы считают самостоятельной по отношению к праву уголовному. Им посвящен специальный закон, обладающей большой важностью: *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OwiG)*, первоначальный текст которого от 2 января 1975 г. является объектом периодических изменений. Закон касается как федерального права, так и правовых систем земель (*OwiG*, § 2).

Критерий их отличия от уголовных правонарушений является чисто формальным: если закон устанавливает, что санкцией является имущественное наказание (*Geldbusse*, неуголовный штраф, уголовным штрафом является *Geldstrafe*), то правонарушение не является ни преступлением, ни деликтом, но подзаконным правонарушением, *Ordnungswidrigkeiten*.

Правовой режим подзаконных правонарушений является, без сомнения, специфичным, однако определенное число принципов уголовного права и уголовного процесса были все же заимствованы *OwiG* (см. общую часть закона в том, что касается принципа законности, обстоятельств, оправдывающих причинение вреда, и оснований освобождения от уголовной ответственности). Поэтому скорее следует поддержать тезис о том, что эти правонарушения принадлежат к особой отрасли уголовного права, нежели относятся к настоящей подотрасли права административного.

III. Двухчастные классификации

А. Двухчастная система в Италии и Испании

576. С давних пор двухчастная система существует в Италии. Она также является выбором испанского законодателя.

Италия привержена двухчастной системе с момента принятия кодекса Занарделли. Кодекс Рокко 1930 г., все еще остающийся в силе, не изменил базовой классификации: уголовные правонарушения в итальянском праве разделяются на деликты и правонарушения. Однако классификация используется с определенной сдержанностью: законодатель посвящает кн. II Уголовного кодекса деликтам, затем кн. III — правонарушениям. Однако эта классификация используется менее систематично, чем это происходит во французской трехчастной классификации: итальянский законодатель подразделяет деликты на категории, и именно эти категории, имеют, быть может, наибольшее значение (см. для определения

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

компетенции судебных органов ст. 8 и последующие нового Уголовно-процессуального кодекса).

Испания также закрепила в своем недавно принятом Кодексе 1996 г. двухчастную классификацию, различая деликты *(delitos)* и правонарушения *(faltas)*. Однако деликты разделяются на тяжкие и менее тяжкие, и поэтому здесь можно было бы попытаться обнаружить трехчастную систему на французский манер. Следует также принять во внимание, что как материально-правовые, так и процессуальные нормы в Испании находятся в меньшей зависимости от базовой классификации уголовных правонарушений.

Б. Дуализм английского права

577. Не будучи кодифицированной системой, уголовное право Англии также знакомо с трехчастной системой. Измена (преступление против Короля или против государства), фелония (насильственные и тяжкие преступления против лиц или имущества), мисдиминор (другие менее тяжкие уголовные правонарушения, деликты): в отношении каждой категории существовала своя специфика в применении материально-правовых и процессуальных норм. С принятием Акта об уголовной юстиции 1967 г. эта классификация утратила свое значение и больше не воспринимается английскими юристами в качестве фундаментальной. Не обладая полезным эффектом отвергнутой классификации, классификация процессуального порядка считается в настоящее время наиболее важной с технической точки зрения: она противопоставляет преступления, преследуемые по обвинительному акту, преступлениям, не подлежащим преследованию по обвинительному акту, которые также обозначают как преступления, преследуемые в порядке упрощенного производства.

1. Изложение классификации и ее относительность

Среди оснований, которые привели к этой классификации, существуют и соображения о тяжести преступления. Однако главным отличием является то, что в отношении некоторых преступлений дело с необходимостью должно рассматриваться судом присяжных, в то время как в отношении других преступлений совершенно приемлемым будет ограничиться упрощенной процедурой в мировом суде, которая не предполагает участие суда присяжных. Торжественный обвинительный акт, которым возбуждается производство в Суде короны (уголовный суд, состоящий из судьи и присяжных заседателей), называется *indictment* и соответственно в качестве *indictable offences* обозначаются преступления, которые относятся к компетенции Суда короны, в то время как другие преступления обозначаются как *non-indictable offences* или *summary offences*. Тем не менее для того чтобы не перегружать Суд короны, законо-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

датель внес коррективу, которая в действительности не пересматривает классификации, однако помогает избежать практических неудобств, которые связаны с абсолютным соблюдением данного принципа: некоторые преступления, квалифицируемые как *either-way offences*, рассматриваются как *indictable offences* по своей природе, однако при определенных условиях они могут быть разрешены в соответствии с упрощенной процедурой в мировом суде.

Преступлениями, преследуемыми по обвинительному акту, являются тяжкие преступления, наличие которых в случае их оспаривания со стороны обвиняемого лица должно быть установлено Судом короны, в котором и заседает суд присяжных. Круг этих преступлений определяется законом: к этой категории принадлежат тяжкое убийство (см. определение ниже в п. 580) и изнасилование *(rape)*.

Преступлениями, не подлежащими преследованию по обвинительному акту *(summary offences)*, являются наименее тяжкие преступления, которые относятся к компетенции мировых судов, заседающих без суда присяжных, в соответствии с относительно упрощенной процедурой.

Either-way offences являются преступлениями средней тяжести, которые должны быть рассмотрены Судом короны, если обвиняемое лицо не признает себя виновным и требует такого рассмотрения, однако они могут быть рассмотрены и мировым судом в соответствии с упрощенной процедурой, если обвиняемое лицо выражает на то согласие и если для магистратов, которые составляют судебный состав этого органа, это решение покажется допустимым. Законом установлен список таких преступлений, среди которых числятся и некоторые посягательства на лиц (телесные повреждения) или имущество (кража), посягательства на общественный порядок (например опасное управление транспортным средством).

2. Значение классификации

Будучи основанной на критерии процессуального порядка, значение данной классификации проявляется не только в процессуальном аспекте.

В том, что касается материального права, можно подчеркнуть следующие отличия. Покушение является наказуемым только в отношении преступлений, преследуемых по обвинительному акту (отмечают, что для применения данной нормы преступления, называемые *either-way offences*, являются преступлениями, преследуемыми по обвинительному акту). Наказания за эти преступления также являются различными.

В том, что касается процедуры, различается режим, применяемый к различным категориям преступлений. Срок давности уголовного преследования составляет шесть месяцев для преступлений, не подлежащих преследованию по обвинительному акту. В отношении преступлений, преследуемых по обвинительному акту, по общему правилу давностно-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вах не так просто, поскольку оно охватывает целую гамму деяний, которые мы связываем с различными квалификациями. Простое убийство стоит между нашими наименее тяжкими квалификациями умышленных убийств и наиболее тяжкими квалификациями причинения смерти по неосторожности.

Английские юристы различают определенные разновидности простого убийства. Прежде всего, простое умышленное убийство: это преступление, которое явилось бы тяжким убийством, если бы не существовало провокации со стороны жертвы или если бы не было одного из законных оснований для смягчения ответственности (Акт об убийстве 1957 г.). Затем идет убийство, совершенное с неопровержимо презюмируемым умыслом: это деяние лица, которое, не желая причинения смерти потерпевшему, умышленно совершило преступление при таких обстоятельствах, в которых всякий разумный человек осознавал бы, что тем самым он ставит в опасность жизнь другого лица. Далее, убийство с грубой неосторожностью: речь идет о неумышленном причинении смерти по грубой неосторожности *(recklessness)*. Независимо от этих общих разновидностей, закон определяет в качестве простого убийства и весьма частные случаи (Закон о самоубийстве 1961 г. представляет пример такого случая, осуждая в качестве простого убийства поведение лица, которое в рамках договора о двойном самоубийстве не может убить себя сам после причинения смерти своему «партнеру»).

Простое убийство является преступлением, преследуемым по обвинительному акту. В случае осуждения подсудимого судом присяжных судья обладает большой свободой в выборе меры наказания, поскольку максимальным наказанием является пожизненное заключение, а минимальным наказанием является штраф.

3. Другие квалификации, применимые к деяниям, повлекшим причинение смерти

582. Законом предусмотрены особые квалификации для случаев, когда потерпевшим является ребенок, который еще не родился или не достиг на момент совершения преступления возраста одного года.

Что касается дорожно-траснпортных происшествий (речь идет о причинении смерти посредством управления автомобилем, создавшим аварийную ситуацию), то их рассматривают суды присяжных, несмотря на то что причинение смерти по неосторожности обычно рассматривается законом в качестве простого убийства. Тем не менее данное преступление преследуется по обвинительному акту и относится к компетенции Суда короны. Однако применимое здесь наказание ограничивается пятилетним тюремным заключением.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

лица (ст. 223-1 осуждает «деяние, заключающееся в непосредственном возложении на другого лица немедленного риска смерти или ранений, которые по своей природе ведут к физическому уродству или к постоянным увечьям»).

Квалификации неумышленных деяний представлены, прежде всего, неумышленным причинением смерти (ст. 221-6), неосторожными телесными повреждениями, которые квалифицируются несколькими статьями. Статья 221-6 имеет важное практическое значение (дорожно-транспортные происшествия, происшествия, связанные с деятельностью предприятий): ее широкая формулировка (деяние, причинившее по оплошности, неосторожности, невнимательности, небрежности или невыполнению предписанного законом или регламентом обязательства по обеспечению безопасности смерть другому лицу, образует неумышленное причинение смерти), строго интерпретируемая судебной практикой, повлекла принятие некоторых корректив, которые была направлены на ограничение случаев ответственности (мэры, учителя, главы предприятий были расценены как слишком широко толкуемые категории). Неумышленные телесные повреждения, причиненные идентичными деяниями, составляют деликт (ст. 222-19 и 222-20) или правонарушение (ст. R. 622-1) в зависимости от наличия и степени утраты трудоспособности.

2. Немецкое право

584. Многие немецкие авторы желали бы, чтобы в новой редакции Уголовного кодекса главное место было уделено уголовным правонарушениям, посягающим на личность, ее жизнь и физическую неприкосновенность. Это пожелание не было реализовано, однако существующие квалификации свидетельствуют о воли законодателя уделить большое внимание защите жизни и физической неприкосновенности.

Геноцид был возведен в преступление (§ 220*a*), наказываемое лишением свободы пожизненно; к уголовному преследованию за это правонарушение не применяется срок давности.

Умышленное убийство является объектом базовой правовой квалификации, *Totschlag*, однако существуют и специальные квалификации, как отягчающие, так и ослабляющие ответственность. *Totschlag* — это простое умышленное убийство без специального ужесточения или смягчения ответственности. Назначаемое за него наказание не может быть менее пяти лет лишения свободы (абз. 1 § 212), а в особо тяжких случаях оно может выражаться в пожизненном лишении свободы (абз. 2 § 212).

Возможны и другие квалификации. Одна из них касается квалифицированного умышленного убийства, *Mord*, которое по-прежнему наказы-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вается пожизненным лишением свободы и может подлежать уголовному преследованию без ограничения срока давности: законодатель в 1979 г. упразднил возможность применения давностного срока, для того чтобы можно было подвергать преследованию некоторые преступления гитлеровской эпохи. Абзац 2 § 211 устанавливает мотивы или фактические обстоятельства, являющиеся основаниями для избрания такой квалификации (например, если умышленное убийство совершается для того, чтобы осуществить или скрыть другое уголовное правонарушение, или если применимые средства свидетельствуют об особой жестокости).

В некоторых случаях наказание подлежит снижению. Так обстоит с убийством, которое происходит по просьбе жертвы (§ 216): при этом законодатель требует, чтобы эта просьба являлась однозначной и действительной (наказание за такое убийство предусматривается в пределах от шести месяцев до пяти лет лишения свободы). Самоубийство и покушение на самоубийство не подлежат уголовной ответственности, также немецким законодательством не осуждается ни подстрекательство к самоубийству, ни содействие самоубийству. В отношении прерывания беременности положения кодекса являются очень сложными (§ 218*a*–219*d*), что отражает трудности, возникшие с их разработкой (знаменитое постановление, вынесенное Конституционным судом 25 февраля 1975 г., отменило пятый закон о реформе уголовного права 1974 г., посчитав выведение за поле уголовной ответственности аборты, произошедшие «без достаточных оснований», слишком либеральной мерой). Закон от 18 мая 1976 г., тем не менее ввел в текст Кодекса положения, которые позволяют осуществлять прерывание беременности законным способом (см., в частности, § 218*a*).

Причинение смерти по неосторожности санкционируется § 222 лишением свободы до пяти лет или имущественным наказанием. Однако диспозиция является лаконичной: на судебную практику и доктрину возлагается задача по разъяснению понятия неосторожности.

Уголовные правонарушения против физической неприкосновенности определяются § 223 и последующими.

В них находят место многочисленные квалификации, некоторые из которых предполагают умысел причинителя. Тем не менее телесные повреждения, причиненные по неосторожности, также подлежат уголовной ответственности (§ 230).

Две особенности немецкого права заслуживают самого пристального внимания. Признается (см. § 228), что тот, кто действует с согласия жертвы, не действует противоправным образом, если его деяние не противоречит нормам морали. В случае умышленного или неумышленного причинения телесных повреждений уголовное преследование ставится в зависимость от подачи предварительного заявления жертвой (§ 230).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

II. Сравнительное изучение основных посягательств против собственности

A. Континентальные кодексы

1. Итальянское, французское, испанское право

***585.* Возрастающая сложность квалификаций.** Западноевропейские общества испытывают схожие проблемы: они вынуждены сталкиваться с преступностью, которая постоянно совершенствуется, становится более профессиональной и приобретает международный характер. Италия, Франция и Испания обладают кодексами XX в.: Кодекс Италии 1930 г. посвящает относительно небольшой титул имущественным деликтам (он был дополнен специальными законами). Новый французский Уголовный кодекс 1994 г. и новый испанский Уголовный кодекс являются более разработанными. Французский Кодекс (Книга III «Имущественные преступления и деликты») воспроизводит прежние квалификации (кража, мошенничество, злоупотребление доверием, приобретение имущества, заведомо добытого преступным путем) и располагает более современными квалификациями (посягательства на системы обработки данных, отмывание средств, добытых преступным путем). Испанский кодекс обладает Титулом XIII Книги II «Деликты, направленные против имущества и социально-экономического порядка». Квалификации разнятся в деталях, однако сходятся в техническом выражении.

2. Немецкое право

586. Немецкое право четко различает уголовные правонарушения, касающиеся определенных вещей, и уголовные правонарушения, посягающие на всю совокупность имущества.

Среди правонарушений, касающихся определенных вещей, § 242 упоминает кражу *(Diebstahl)*. Это хищение движимого имущества, принадлежащего другому лицу, с намерением неправомерного присвоения похищенной вещи. Предусматриваемое наказание состоит в лишении свободы, срок которого может достигать пяти лет, однако наказание может носить и имущественный характер. Покушение на кражу является наказуемым. Существуют более тяжкие квалификации, такие как разбой *(Raub)*, предусмотренный § 249 и последующими, который предполагает насилие или угрозу применения насилия. Наказание может превышать пятилетний срок лет лишения свободы; оно будет состоять в пожизненном заключении, если виновник причинил смерть жертве (§ 251).

Если виновник правонарушения намеревается присвоить имущество, которое уже находится у него во владении, это является присвоением *(Unterschlagung)*, которое подлежит уголовному наказанию: § 246 предусматривает лишение свободы до трех лет или денежный штраф.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Существуют отягчающие квалификации кражи: это касается грабежа (кража, совершенная с применением насилия).

Также предусматриваются квалификации, которые принимают во внимание различные фактические обстоятельства, например проникновение в чужое жилище в ночное время.

Другие квалификации охватывают деяния, которые мы называем мошенничеством или злоупотреблением доверием.

Приобретение имущества, заведомо добытого преступным путем, трактуется как квалифицированная разновидность кражи, отягчающая ответственность.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Глава 2

К ИЗУЧЕНИЮ ФУНДАМЕНТАЛЬНЫХ ИНСТИТУТОВ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Библиография. *Jean Pradel.* Droit pénal comparé, Dalloz, 2 éd., 2002. *Mireille Delmas-Marty.* Procédures pénales d'Europe, PUF, Thémis, Droit privé, 1995. Un écroulement des dogmes en procédure pénale? Rev. internat. De droit pénal, 1 et 2 trimestre 1997.

588. Если мы перейдем к изучению уголовного процесса, то нельзя ли и здесь обнаружить контраст, эквивалентный тому, который был установлен в отношении аспектов материального уголовного права? Не существует ли здесь идентичных «общих принципов», которые реализованы с большим количеством технических различий? Такое освещение было бы верным. Однако у нас нет уверенности, что оно будет наиболее благоприятным для сравнительно-правового исследования. Процессуальные системы образуют ансамбли, каждому из которых присуща своя идея. И будет правильным провести параллели между этими процессуальными системами именно на уровне «ансамблей». Если выходить на этот уровень, то можно отметить, что сегодня некоторые системы обладают относительным равновесием, другие являются более дестабилизированными, но «кризис уголовного правосудия» является всеобщим, хроническим. Часто английская система рассматривается в качестве идеальной модели уголовного правосудия. Правда и то, что она имеет огромное влияние в Европе. Но какова она сегодня на самом деле? Как располагаются по отношению к ней системы континентальной Европы?

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раздел 1

ВЕЧНЫЙ ОБРАЗЕЦ. АНГЛИЙСКАЯ СИСТЕМА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Библиография. *Mireille Delmas-Marty.* Procédures pénales d'Europe, PUF, 1995. *John Spencer.* La procédure pénale anglaise, PUF, 1998.

589. Без сомнения, английская система уголовного процесса снискала славу благодаря тому, что она очень рано нашла формы, благоприятные для свободы личности, а также тому, что, не будучи замороженной, она сохранила свою идентичность на протяжении тысячелетия. Ее поклонники сегодня находятся главным образом за пределами Англии, и у нас нет никаких сомнений, что в течение долгого времени она будет по-прежнему считаться лучшей системой мира. Перед тем как описать «ход» английского уголовного процесса, будет полезно отыскать то, что можно считать ее общими чертами, ее основаниями.

§ 1. Основания

I. Организация состязательной процедуры судебного разбирательства (судебного разбирательства с участием суда присяжных)

590. Великая хартия 1215 г. провозгласила: «Никто не может быть подвергнут тюремному заключению, если оно не обосновано законами королевства или судебным решением, вынесенным пэрами». Именно благодаря необходимости судебного решения, предполагающего оценку фактических обстоятельств дела «пэрами», «презумпция невиновности» и судебный процесс приобрели свое основополагающее значение. Процесс является «абсолютно» обвинительным: судебное разбирательство начинается со знаменитого вопроса: «Признаете ли Вы себя виновным?».

A. Обвинительные и состязательные черты процесса

591. Две основных черты английского уголовного процесса тесно связаны между собой. Было бы неправильным характеризовать этот процесс только как обвинительный, не подчеркивая одновременно его

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
مادة محمية بموجب حقوق النشر

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

состязательное начало. Перед судьей обвинение и защита находятся в одинаковом положении с весьма схожими полномочиями.

Каждый гражданин обладает правом предъявлять обвинение; на полицию и Государственную службу преследования возлагается такая обязанность. В течение долгого времени сторону обвинения в качестве «адвокатов Короны» поддерживали барристеры или солиситоры. Сегодня Государственная служба преследования по-прежнему обращается к некоторым барристерам с просьбой об осуществлении этой задачи.

Каждый обвиняемый обладает с начала осуществления уголовного преследования самыми широкими средствами для защиты. В любой момент он сам или представляющий его интересы профессионал могут узнать, что ставится ему в вину, на какие средства доказывания ссылается обвинение. Все это делается для того, чтобы судебное разбирательство строго соответствовало состязательному характеру процесса.

Б. Концепция судебного разбирательства *(trial)*: присутствие суда присяжных и устный характер

592. Организация процесса опирается на состав суда, который сложился в первые века существования общего права. Обычно суд состоит из 12 присяжных заседателей, и судьи, присяжные, выносят вердикт в отношении действительности фактических обстоятельств дела, а судья руководит процессом, давая присяжным определенные указания, и назначает наказание в случае вынесения обвинительного вердикта.

Устный процесс, покоящийся прежде всего на свидетельских показаниях, был необходим для того, чтобы граждане, не знакомые с делом и не умеющие читать, могли бы сформировать свое мнение в разумный срок. Публичный характер этого процесса также является гарантией надлежащего отправления правосудия. Все это и есть черты образцового процесса.

Однако не во всех судах имеется суд присяжных. Во многих случаях процесс является упрощенным. Однако и в упрощенный процесс были перенесены дух и большинство норм образцового процесса.

II. Доказательственное право

593. Доказательство *(evidence)* — это главное слово для всех английских юристов! Еще в школе английский юрист навсегда усваивает для себя то, что все в праве подчиняется доказыванию. Несмотря на определенное единство доказательственного права, в уголовной сфере его нормы отличаются особой тщательностью и требовательностью. С самого начала процесса каждый юрист непрестанно думает о том, каким способом можно будет представить доказательства перед судьей и присяжными.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

А. Бремя доказывания

Доказывание события преступления и наличия оснований для ответственности обвиняемого лица возлагается на обвинение. В знаменитом решении *(Woolmington v. DPP)* действующий лорд-канцлер *(Viscount Sankey)* выразил в яркой форме то, что он считает основным правилом уголовного правосудия, называя его «золотой нитью английского уголовного права».

Тем не менее в отношении ряда вопросов бремя доказывания возлагается на защиту: так происходит с доказыванием невменяемости, которая необходима для применения одного из правил *M`Naghten* (см. выше п. 564).

Б. Стандарт доказывания

На языке английских юристов о «стандарте» доказывания говорят для того, чтобы определить, до какой степени достоверности должна доказывать та сторона, на которой лежит бремя доказывания.

Для обвинения стандарт доказывания определен следующей нормой: обвинение должно доказывать вне всякого разумного сомнения *(beyond reasonable doubt)*, т.е. вина обвиняемого лица должна быть установлена таким образом, чтобы члены суда присяжных не могли разумным образом в этом усомниться (лорд Деннинг смог сопоставить этот «стандарт» с нашим «внутренним убеждением»).

Когда доказывание возлагается на защиту (обстоятельства, оправдывающие причинение вреда, основания освобождения от ответственности), «стандарт доказывания» является другим. В его основе лежит принцип *balance of probabilities*, т.е. следует придерживаться наиболее вероятностного решения, принимая во внимание все собранные средства доказывания.

В. Вопросы допустимости доказательств

«Доказательственное право» является в довольно большой степени «исключительным правом», для того чтобы присяжные заседатели действительно принимали решение исключительно исходя из самих фактов, а предоставляемые им доказательства были исключительно надлежащими доказательствами.

Обвинению запрещено упоминать о предыдущих судимостях или плохой репутации обвиняемого лица, что могло бы привести присяжных к вынесению иного вердикта, нежели тот, который был бы избран ими исходя из фактических обстоятельств. Тем не менее существуют исключения из этого правила. Если обвиняемый уже совершил деяние, сходное с тем, которое ставится ему в вину, обвинению разрешается ссылаться на ранее совершенные преступления для того чтобы обосновать возмож-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
เนื้อหาคุ้มครองลิขสิทธิ์

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ность совершения обвиняемым нового преступления. Если обвиняемый, избранный в качестве свидетеля по своему собственному делу, ссылается на свои нравственные качества или опровергает нравственные качества своих соучастников или свидетелей, то во время перекрестного допроса обвинение может задать ему вопросы относительно его собственных нравственных качеств или его досье криминалистического учета.

Свидетели во время дачи показаний не могут выражать свое мнение. Иначе происходит с экспертами, хотя они участвуют в процессе в качестве свидетелей.

Одно из наиболее важных технических правил — весьма сложное для его точного описания французскому юристу — это запрет предоставления показаний с чужих слов *(hearsay)*. Его сложно описать прежде всего потому, что оно является гораздо бóльшим, нежели простой запрет на распространение слухов. Этому правилу также известно некоторое количество исключений, которые в последнее время умножились.

Г. Представление доказательств

Представление доказательств осуществляется обычно в рамках допроса и перекрестного допроса свидетелей: в этом проявляется одна из примечательнейших характеристик английского процесса.

Тем не менее существует несколько исключений. Судья и присяжные могут иметь непосредственный доступ к некоторым средствам доказывания. В мировом суде сторона обвинения может изложить свою позицию в письменном докладе.

Д. Оценка доказательств

1. Принцип свободной оценки доказательств

Присяжные в Суде короны, судья мирового суда свободно оценивают доказательства. Тем не менее существуют различные правила, которые ограничивают эту свободу.

2. Главные ограничения свободы оценки доказательств

а) Невозможность учета доказательств, полученных незаконным путем

В течение долгого времени всякое средство доказывания могло приниматься во внимание, если по своей природе и способу представления оно отвечало требованиям доказательственного права. Однако затем произошла реформа, которая позволила санкционировать нарушения в способе собирания доказательств. Если средство доказывания было получено незаконным путем, его нельзя принимать во внимание. Многие полагают, что также не является возможным опираться на те средства

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
เนื้อหาคุ้มครองลิขสิทธิ์

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

доказывания, которые были добыты исключительно на основании незаконно полученных доказательств.

б) Требование «укрепления», носящее исключительный характер

Свобода оценки доказательств позволяет суду присяжных выносить вердикты только на основании свидетельских показаний. Однако в некоторых случаях, где не следует особенно доверять свидетельским показаниям, возникает необходимость в повышенной требовательности: тогда существует предписание о том, что свидетельское показание может быть положено в основу обвинения только в той мере, если оно будет укреплено, т.е. поддержано другим средством доказывания.

Имеются случаи, когда сам законодатель делает это укрепление обязательным. Закон 1911 г., касающийся лжеприсяги (Акт о лжеприсяге 1911 г.), предписывает в своем разд. 11, что невозможно обосновать обвинительный приговор за лжеприсягу на показаниях одного свидетеля.

Судебные решения также определяют требования по укреплению. Это происходит тогда, когда встает вопрос об установлении личности лица или когда соучастники свидетельствуют против обвиняемого.

В случае необходимости «укрепления» судья Суда короны определяет, какие средства доказывания могут послужить этим «укреплением», однако решение о действительности укрепления принимается присяжными.

III. Сложность апелляционных норм и исключительный характер апелляции

594. Способы обжалования в Англии организованны не слишком рациональным образом. Термин «апелляция» используется тогда, когда существует возможность направить дело в вышестоящий суд. Для разработки этих положений в расчет принимаются два соображения.

Во-первых, забота о предоставлении заинтересованным лицам возможности осуществить проверку обоснованности решения. Принципа двух уровней судебных органов как такового не существует. Однако есть много возможностей для исправления ошибок, допущенных при толковании и применении норм права.

Тем не менее английское право позаботилось и о том, чтобы не перегружать свои высшие судебные инстанции — Палату лордов и Апелляционный суд. Это объясняет множество технических требований, необходимых для подачи апелляции.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 2. Ход уголовного правосудия

595. Французский юрист всегда занимается поисками границ для своей работы: ограничится ли дело предварительной процедурой или же будет рассматриваться по существу. Английский уголовный процесс также может быть разделен на ряд следующих друг за другом этапов. Тем не менее континентальный юрист должен всегда держать в уме то, что ключевую роль в разбирательстве наиболее тяжких преступлений играет судебное разбирательство. Прежде всего, этот юрист должен представлять себе, как происходит «уголовный процесс» в отношении преступлений, преследуемых по обвинительному акту. Только после этого он сможет осознать причины существования и значение так называемых приспособлений.

I. Уголовный процесс в отношении преступлений, преследуемых по обвинительному акту *(indictable offences)*

596. Как протекает уголовный процесс в отношении наиболее тяжких преступлений, таких как тяжкое убийство, которые будут разрешаться в Суде короны *(indictable offences)*?

A. Роль полиции

597. Полиция играет основную роль. Поскольку, несмотря на то что каждый гражданин может осуществлять уголовное преследование, на практике это происходит в исключительных случаях. По английской традиции именно полиция, как только она будет располагать достаточными средствами доказывания, предъявляет обвинение (к тому же считается, что полицейские участвуют в деле не как представители государства, но как частные лица). Такая функция полиции должна согласовываться с полномочиями, предоставляемыми Директору публичного преследования и региональным службам уголовного преследования, которые были учреждены в 1985 г. и продолжают действовать до сих пор. Полиция не является всесильной: ее полномочия всегда были подвержены ограничениям, даже несмотря на их расширение, осуществленное законом 1894 г. (Акт о полицейских доказательствах 1984 г.).

Полиция обладает множеством прерогатив, которые все время сопровождаются определенными обязанностями. Полиция может проникать в частные владения для проведения обыска и наложения ареста на имущество при наличии мандата, предоставляемого мировыми судьями, или даже при отсутствии судебного мандата при соблюдении определенных условий. Полицейские обладают полномочиями по осуществлению принудительных действий в отношении физических лиц. Они

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

уполномочены задерживать лиц и подвергать их обыску в случае, когда имеются разумные основания полагать, что данные лица скрывают оружие или украденные вещи. Однако время задержания является ограниченным (обычно 24 часа с возможностью продления до 36 часов, если на это дает разрешение комиссар полиции, и до 96 часов по решению мирового судьи), а задержанное лицо обладает серьезными средствами защиты против возможных злоупотреблений (см. ниже п. 603 и последующие). Задержанный имеет право на молчание, и полицейский, имеющий основания полагать, что допрашиваемое им лицо является виновником преступления, должен напомнить ему о существовании такого права, а также разъяснить, что такое молчание не будет иметь для него неблагоприятных правовых последствий, но, напротив, все, что он скажет, может быть использовано против него в суде (признание является одним из средств доказывания при условии, что оно было сделано по собственной воле).

После предъявления обвинения мировой суд возбуждает производство по делу, которое, в свою очередь, передается в Службу уголовного преследования.

Б. Служба уголовного преследования

598. Судебной организации Англии не знакома прокуратура на французский манер. Полномочия на уголовное преследование с давних пор распределены между несколькими государственными органами. Так, Генеральный атторней (который является членом Правительства) может осуществлять уголовное преследование или выносить решение об отказе в его осуществлении. Директор публичного преследования, должность которого была учреждена в 1877 г., действует под началом Генерального атторнея и обладает правом на участие в любом начатом процессе. На практике именно он обеспечивает уголовное преследование по наиболее тяжким или сложным делам.

Закон 1985 г. создал на местном уровне (Англия и Уэльс были поделены на 29 регионов) Службу уголовного преследования, находящуюся в ведении Директора публичного преследования. Должностные лица этой службы (которые одновременно могут обладать статусом барристеров или солиситоров) продолжают уголовное преследование, начатое полицией. Однако последняя продолжает собирать доказательства, и на практике именно она чаще всего решает вопрос о возбуждении уголовного преследования. Служба уголовного преследования по-прежнему сильно отличается от нашей прокуратуры. Ее должностные лица, т.е. уполномоченные ею барристеры и солиситоры, являются представителями Короны (государства) в уголовном процессе, поддерживают обвинение и осуществлят представление доказательств в суде.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

В. Роль мировых судей: процедура предания суду *(committals proceedings)*

599. До направления дела в Суд короны обязательно должен быть привлечен мировой суд, который производит первичную оценку средств доказывания и выдает официальный обвинительный акт *(indictment)*, если обвинение подкреплено достаточными основаниями. Процедура предания суду, в которой участвуют мировые судьи, является достаточно оригинальной процедурой, поскольку речь не идет ни о дознании в собственном смысле слова, ни о «предварительном следствии», каким понимаем его мы, французы.

Процедура предания суду обладает традиционной формой. Происходит своего рода упрощенная репетиция судебного разбирательства в Суде короны. Адвокат Короны излагает дело, затем допрашиваются свидетели обвинения (адвокат Короны допрашивает первым, адвокат защиты делает перекрестный допрос). Защита может просить судей признать безосновательность обвинения. Если судьи отказывают в прекращении дела по этому основанию, приступают к допросу и перекрестному допросу свидетелей защиты (адвокат защиты задает вопросы первым, адвокат Короны устраивает перекрестный допрос). Затем судьи принимают решение о том, подлежит ли дело передаче в Суд короны. В случае положительного ответа на этот вопрос канцелярия мирового суда выдает официальный обвинительный акт *(indictment)*.

Традиционная форма процедуры предания суду представляла множество неудобств. Деятельность полицейских зачастую была парализована обязанностью давать показания в мировом суде, однако во многих случаях эта дорогостоящая процедура в действительности оказывалась бесполезной. Акт об уголовной юстиции 1967 г. допустил применение упрощенных форм. Орган уголовного преследования с согласия защиты может предоставить письменные показания своих свидетелей, и уже на этом основании мировые судьи будут решать вопрос о направлении дела в Суд короны. Возможен еще один вариант: орган уголовного преследования предоставляет в письменном виде только доказательства, не оспариваемые защитой, а в отношении оспариваемых показаний происходит вызов свидетелей и, соответственно, производится основной и перекрестный допрос. Эти изменения не успокоили критиков, и многие юристы по-прежнему связывают процедуру предания суду с огромными неудобствами и требуют ее полной отмены.

Г. Уголовный процесс в Суде короны

600. Обвинительный акт обязывает указанное в нем лицо предстать перед Судом короны. В этом суде председательствует судья, квалификация которого зависит от важности дела; суд присяжных участвует в про-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

детель отвечать на такой вопрос или нет. Это не является его единственным полномочием в сфере доказывания. Он может разрешить обвинению дополнить свою доказательственную базу (поскольку, если защита всегда должна быть заранее проинформирована обвинением об имеющихся средствах доказывания, то сама защита может хранить в секрете большинство доказательств, на которые она будет ссылаться). Наконец, во время произнесения напутственного слова присяжным *(summing up)* судья в определенной мере направляет присяжных.

Адвокаты сторон выступают в судебных прениях, а затем судья, обращаясь к присяжным, уточняет, какова должна быть их роль, указывая на все вопросы, которые должны быть рассмотрены присяжными (в том числе он говорит им и о значении доказательств согласно закону).

Присяжные удаляются для обсуждения вердикта. Согласно английской традиции для признания виновности лица было необходимо единодушие присяжных. Теперь, после принятия Акта об уголовной юстиции 1967 г., достаточно квалифицированного большинства голосов при условии, что обсуждение вердикта проходило не менее двух часов. Если в обсуждении принимают участие 12 присяжных (как это происходит практически во всех случаях), достаточным будет большинство в 10 голосов.

Если присяжные признают существование устанавливаемых фактов и установят виновность обвиняемого лица, судья должен назначить ему наказание. Однако до вынесения приговора судья заслушивает адвоката Короны и адвоката защиты, и если для раскрытия нравственных характеристик личности обвиняемого лица они вызывают свидетелей, происходят процедуры основного и перекрестного допросов. Судья обладает большой свободой в выборе наказания. С 1973 г. он может предоставить потерпевшему возмещение личного ущерба и убытков, которые явились следствием преступления. Это является коррективой традиционного положения английского права, которое, не признавая института гражданского истца в уголовном процессе, налагало на потерпевшего обязанность обращаться в гражданский суд с требованием о возмещении ущерба, причиненного преступлением.

Д. Возможности обжалования

1. Лицо, осужденное Судом короны, может, прежде всего, подать жалобу в апелляционный суд

601. Универсальный способ обжалования. В английском праве апелляция является основным способом обжалования. Апелляция всегда принимается к рассмотрению, если она основывается только на правовом основании.

Если она основывается на правовых и фактических основаниях, апелляция должна быть допущена апелляционным судом.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Апелляционный суд обладает широкими полномочиями. Он может отклонить апелляцию, если посчитает, что обжалуемое решение было вынесено в соответствии с законом. Он может отменить решение, если решит, что последнее нарушает закон (тем не менее наказание в случае вынесения нового решения может быть увеличено только по просьбе Генерального атторнея). Он может направить дело в Суд короны, который обязывается принять во внимание дополнительные доказательства. При обнаружении определенных условий, сформулированных Палатой лордов, апелляционный суд может отменить решение и назначить новое судебное разбирательство[1].

2. Обжалование постановлений апелляционного суда

Против постановления апелляционного суда жалоба может быть подана в Палату лордов. Это происходит только при соблюдении следующих условий: апелляционный суд должен установить, что по делу возник правовой вопрос всеобщего интереса, и обжалование будет допущено как самим апелляционным судом, так и Палатой лордов.

II. Возможные коррективы процесса

602. Процесс в Суде короны — «образцовый процесс» — применяется только в отношении небольшого числа дел (менее 10%). Он является долгим и дорогостоящим. Для рассмотрения большинства преступлений законодателем предусмотрена упрощенная процедура, которая, тем не менее благодаря использованию некоторых правовых приемов может применяться к делам, отнесенным к компетенции Суда короны.

A. Ход упрощенного процесса

Законодатель предусмотрел, что дела небольшой тяжести относятся к компетенции мирового суда, деятельность которого регулируется менее сложной процедурой. В мировом суде не существует суда присяжных, хотя фактически все происходит и произносится так, как если бы здесь присутствовали присяжные. Вынесение решения и назначение наказания осуществляется судьей. Представление доказательств регламентируется техникой перекрестного допроса (описанной выше), однако зачастую случается и такое, что факты признаются сторонами. Открыты разнообразные возможности для обжалования.

Первая возможность касается подачи апелляции в Суд короны. Если лицо, осужденное мировым судом, не признавало себя виновным, оно

---

[1] Руководящим судебным решением в настоящее время является постановление по делу Роуз *(Rose)* 1982 г.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

может подать апелляцию в Суд короны, причем оспариванию подлежат как судебная оценка фактов, так и назначенное судом наказание. Если осужденное лицо признало себя виновным, апелляция возможна только в отношении назначенного наказания. В Суде короны свидетели могут быть заслушаны заново, также допускается предоставление дополнительных доказательств.

Вторая возможность связана с подачей апелляции в Высокий суд (Суд королевской скамьи), однако этот способ подвергается большим ограничениям, что означает возможность обжалования лишь правовых вопросов. Технически апелляция может принять форму специальной апелляции *(appeal by way of case stated)* или судебного надзора: оба случая предполагают существование сложного механизма обжалования. После вынесения постановления Высоким судом дело может быть направлено в Палату лордов, если Высокий суд удостоверит, что дело поднимает правовой вопрос всеобщего значения и если сам Высокий суд и Палата лордов разрешат обжалование.

Б. Способы сокращения числа дел, передаваемых в Суд короны

Участие мировых судов в качестве органов по рассмотрению уголовных дел увеличивается благодаря возможности выбора, предоставленной заинтересованным лицам самим законодателем, а также благодаря наличию некоторых практик, которые, не будучи официально признанными, имеют в действительности огромное значение.

Прежде всего, мировые суды могут выносить решения по так называемым *either-way offences.*

Недавно принятые законы предусматривают, что преступления средней тяжести могут быть рассмотрены как Судом короны, так и мировым судом *(offences triable eitherway)*. Обвиняемое лицо может избрать компетенцию мирового суда, надеясь на более скорое рассмотрение дела, меньший размер назначаемого наказания и судебных расходов. Однако, если мировой суд посчитает, что наказание должно превысить разрешенный законом максимум (шесть месяцев тюремного заключения), он отправляет дело в Суд короны.

Plea bargaining

Соглашение сторон обвинения и защиты в отношении оценки фактических обстоятельств дела именуется *plea bargaining.* Даже в отношении преступлений, которые обычно относятся к компетенции Суда короны, соглашение сторон защиты и обвинения может привести к избранию компетенции мирового суда. *Plea bargaining* не получило в Англии такого развития, которое характерно для Соединенных Штатов. Однако было бы неправильным полагать, что оно вовсе не имеет никакого значения.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 3. Положение обвиняемого лица в ходе процесса

603. Считается, что английское право предоставляет множество гарантий преследуемым лицам не только в силу общей концепции уголовного процесса, но также и по причине большого числа конкретных правовых механизмов, большинство из которых относятся к самому уголовному процессу. Еще один правовой механизм, так называемый *habeas corpus*, имеет гораздо более широкую сферу применения.

I. Нормы уголовного процесса, регулирующие положение преследуемого лица

Всякое арестованное лицо пользуется правами, которые позволяют ему организовать свою защиту и оградить себя от возможных злоупотреблений полиции: оно должно быть проинформировано о своих правах полицейским, производящим его арест, который одновременно сообщает арестованному лицу основания его задержания.

Арестованное лицо может немедленно известить об аресте родственника или друга.

Оно имеет право проконсультироваться с солиситором, который может присутствовать при допросе. Тем не менее этому праву известны исключения. Наиболее значительное ограничение предусмотрено в отношении преступлений, которые относятся к *serious arrestable offences* (как в случае с тяжким убийством): при наличии некоторых условий полиция может воспротивиться присутствию адвоката в течение определенного срока, который может достигать 36 часов.

Задержание, осуществляемое полицией без решения судьи, обычно ограничивается 24 часами. Срок может быть продлен на 12 часов по решению комиссара полиции. Если после этого лицо не выпускается на свободу, оно должно быть представлено мировому судье, который имеет право принять решение о продлении задержания, однако общий срок задержания не может превышать 96 часов. Если по истечении этого срока происходит предъявление обвинения, то возможность предварительного заключения будет зависеть от санкции суда, а его длительность всегда будет ограничиваться коротким периодом: английское право в любой момент благоприятствует освобождению «под залог».

Всякий орган, обладающий полномочием по ограничению свободы (полиция, мировой суд, Суд короны, Апелляционный суд), уполномочивается выпускать соответствующее лицо на свободу под залог. Акт о залоге 1976 г. закрепляет право быть отпущенным на свободу под залог. Первоначально под залогом понимали денежную сумму, предоставляемую самим задержанным или поручившимся за него лицом. Эта денежная сумма будет утрачена, если обвиняемый не предстанет перед судом

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

или не выполнит налагаемые на него обязанности. Сегодня залог понимается с большей гибкостью, когда речь заходит о лицах, которые не располагают финансовыми ресурсами. Как бы то ни было, этот правовой механизм неоспоримо способствует сокращению числа задержанных на предварительной стадии.

II. Судебный приказ о доставлении в суд лица, содержащегося под стражей, для выяснения правомерности его задержания *(habeas corpus)*

Habeas corpus является правовым институтом, процедурой, позволяющей судье контролировать законность задержания. Защита свободы личности многим обязана *habeas corpus*. Однако в сегодняшней Англии институт *habeas corpus* чаще всего применяется за рамками уголовной сферы, и это не удивительно, поскольку нормы самого уголовного процесса уже обеспечивают высокий уровень защиты свободы.

Судьи не допускают ситуаций, когда *habeas corpus* используется в качестве средства, способного затянуть ход уголовного процесса. Однако они допускают такое применение судебного приказа, которое позволяет задержанному лицу защищать себя против исключительных злоупотреблений, которые невозможно было бы также легко устранить другим путем. На *habeas corpus* не может ссылаться тот, кто считает, что его освобождение обусловлено слишком значимой суммой залога. Однако в случае, когда полицейский задерживает лицо сверх разрешенного законом срока, сам задержанный или любое другое лицо может запустить судебную процедуру контроля за задержанием. Это известно всем властным органам, а потому наибольшее значение *habeas corpus* для правового положения лиц в рамках уголовного процесса связано с его предупреждающим эффектом.

Раздел 2

МЕТАМОРФОЗЫ ДРУГОЙ КРУПНОЙ МОДЕЛИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА (ОБВИНИТЕЛЬНОЙ МОДЕЛИ С ПРОКУРАТУРОЙ И СЛЕДСТВЕННЫМ СУДЬЕЙ)

604. В течение долгого времени «английская модель» притягивала к себе другие правовые системы (можно провести аналогию с влиянием, которое оказывала постреволюционная Франция). Однако в определен-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ные периоды притяжение является особенно сильным. Отсюда возникает вопрос: говорит ли это о наличии определенных циклов, или это просто дань моде? Следует скорее полагать, что в истории существуют периоды, когда забота об уважении личности, какой бы она ни была, пусть даже и виновной, выходит на первое место в иерархии ценностей общества. Это объясняет то, что период, начавшийся вскоре после окончания Второй мировой войны, оказался благосклонным к возвышению роли прав человека. В этот период вновь обострилось внимание к английскому уголовному процессу, который обладает репутацией самого влиятельного поборника свободы, даже если время от времени в Англии принимаются решения, способные бросить тень на его мифическую ауру.

Для Франции положение усугубилось тем, что «французская модель», реализованная Кодексом уголовного расследования 1808 г. и организующая предварительную процедуру с участием прокуратуры и следственного судьи, претерпела кризис доверия и, как следствие, начала реформироваться путем разработки нового Уголовного кодекса, принятого в 1958–1959 гг. Германия, напротив, пошла своим путем и стала содействовать развитию собственной системы уголовного процесса, которая может служить новой образцовой моделью обвинительного процесса, притягивающей другие мировые системы.

§ 1. Немецкий уголовный процесс: новая модель состязательного уголовного процесса

Библиография. *Michel Fromont et Alfred Rieg.* Introduction au droit allemand, t. 2, Droit Public-Droit pénal, Paris, Editions Cujas, 1981. *Mireille Delmas-Marty.* Procédures pénales d'Europe, PUF, 1995.

605. Реформа уголовного процесса в Германии является составной частью ответной реакции права на злоупотребления нацистской Германии. И даже если она не явилось причиной таких же горячих политических и философских дебатов, которые сопровождали разработку нового текста Уголовного кодекса, это не делает ее менее значимой.

Конституция 1949 г. подчинила уголовный процесс принципу законности и тщательно определила основные права граждан в ходе уголовного преследования. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод весьма скоро коснулась Германии, политические органы которой, после соблюдения необходимых формальностей по ратификации этой конвенции, быстро взяли за руководство ее нормы. Поэтапно законом проводились реформы, которые были направлены на гармонизацию немецкого уголовного процесса, его соответствие новым фундаментальным основаниям. Были сохранены основные этапы судопроиз-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

водства (предварительный процесс, промежуточный процесс и основной процесс), организованные Ордонансом об уголовном процессе 1877 г., однако изменилось их содержание.

I. Фундаментальные основания немецкого уголовного процесса

606. Во главе немецкого уголовного процесса стоят несколько фундаментальных принципов.

А. Принцип законности *(Legalitätsprinzip)*

Принцип законности прямо распространен на уголовный процесс самой Конституцией. Это привело к важнейшим последствиям. Компетенция судебных органов устанавливается только законом, «никто не может быть изъят из компетенции суда, который обладает законным полномочием на рассмотрение его дела» (ст. 110 Конституции). Государственный орган, наделенный полномочиями уголовного преследования, должен осуществлять его в соответствии с определенной законом системой (тем не менее в отношении преступлений небольшой тяжести и даже средней тяжести этот принцип понимается с определенной гибкостью, см. ниже п. 608).

Б. Принцип государственного характера уголовного преследования *(Offizial prinzip)*

Уголовное преследование виновников уголовных правонарушений является компетенцией государства, а не потерпевшего или другого частного лица. Эта задача возлагается на государственный орган, *Staatanwaltschaft* (эквивалент нашей прокуратуры). Организованная Законом от 9 мая 1975 г. о судебных органах (титул 10), *Staatanwaltschaft* получила статус, который гарантирует ей независимость как в отношении политических и административных органов, так и в отношении самих судов.

Иногда в качестве необходимого условия уголовного преследования некоторых преступлений (например нанесения телесных повреждений, см. выше п. 584) выступает заявление потерпевшего. Однако потерпевший не может предъявить уголовный иск и даже не может являться гражданским истцом в уголовном процессе. Никакой другой гражданин также не может осуществлять роль обвинителя.

В. Обвинительный характер процесса *(Akkusationprinzip)*

Статья 151 Закона об уголовном процессе четко формулирует этот принцип. Ансамбль проведенных реформ попытался сформировать новый баланс сил в уголовном процессе: на публичный орган, получивший

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Прокуратура может возложить собирание доказательств на полицию или другие органы

«Голова без рук» — формулировка, которая охотно воспроизводится немецкими юристами. На практике прокуратура возлагает на полицию основную работу по собиранию доказательств.

Сотрудники полиции к тому же обладают по закону (см. § 163 Закона об уголовном процессе) полномочиями действовать по своей собственной инициативе, однако некоторые из этих полномочий закреплены лишь за теми лицами, которые обладают статусом «вспомогательных сотрудников прокуратуры». Полиция устанавливает факт совершения уголовного правонарушения и в случае необходимости собирает доказательства.

По просьбе прокуратуры сотрудники полиции могут проводить действия по собиранию доказательств при условии, что проведение этих действий не отнесено законом к исключительным полномочиям прокуратуры. Тем не менее наиболее серьезные следственные меры, такие как арест имущества, обыски помещения, личные обыски, отнесены законом к компетенции полицейских, являющихся «вспомогательными сотрудниками прокуратуры», однако, если их реализация осложняется возражениями заинтересованных лиц, санкция на их проведение будет выдаваться специальным судьей (следственным судьей в немецком смысле, поскольку *Ermittlungsrichter* не может больше рассматриваться в качестве коллеги французского следственного судьи). Обвиняемое лицо может потребовать помощи своего адвоката, однако при проведении следственных действий присутствие адвоката зависит от специального разрешения и не гарантируется положениями закона.

3. По окончании подготовительной процедуры прокуратура решает вопрос о дальнейшем движении дела

Прокуратура может отказать в возбуждении уголовного дела. Она может принять такое постановление только при отсутствии фактических оснований, необходимых для квалификации уголовного правонарушения, а также при наличии обстоятельств, оправдывающих по закону причинение вреда или свидетельствующих о невиновности лица. Следует особо подчеркнуть, что в немецкой системе собирание доказательств под контролем прокуратуры осуществляется как против, так и в пользу обвиняемого (то есть объективным образом). Если дело является малозначительным, может ли прокуратура прекратить по нему производство? Принцип законности уголовного преследования не дает ей полномочий для осуществления подобной оценки. Тем не менее на практике незначительные уголовные дела прекращаются в большинстве случаев, не редко происходит и прекращение уголовных дел средней тяжести.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Если прокуратура посчитает, что по данному уголовному делу было собрано достаточное количество доказательств, происходит дальнейшее движение дела. При наличии определенных законом условий дело рассматривается по упрощенной процедуре, а решение по нему быстро выносится полицейским судом *(Strafbefehl)*. Уголовные дела по тяжким уголовным правонарушениям направляются прокуратурой в компетентный суд.

После вынесения обвинительного акта *(Anklage)* начинается новый этап процесса. Это позволяет немецкому юристу говорить о том, что «обвинительный акт является переходным звеном между подготовительной и промежуточной процедурой».

Б. Роль судьи при проведении подготовительной процедуры

609. Специальный судья (который обычно принадлежит к окружному суду — *Amtsgericht* — и только в отношении незначительного ряда дел к федеральному суду) обладает полномочиями по санкционированию проведения наиболее значительных следственных операций (например, обысков в помещениях, личного обыска) или даже по самостоятельному совершению ряда действий (с той оговоркой, что при первой возможности дело все-таки будет передано в прокуратуру). Такого судью также обозначают как «следственного судью» *(Ermittlungsrichter)*. Однако, не желая недооценивать важность возложенных на него задач, следует подчеркнуть, что его функции весьма отличаются от функций французского следственного судьи, являясь гораздо более ограниченными. Именно на прокуратуру, а не на следственного судью немецким правом возлагается ответственность за собирание доказательств и принятие решения о подачи уголовного иска.

В. Правовое положение лиц при проведении подготовительной процедуры

610. Законодатель допустил посягательства на основные права граждан, однако такие посягательства тщательно регламентированы. Самым распространенным посягательством является ограничение свободы лица. Кроме того, допускаются и иные ограничения фундаментальных прав.

Ограничение свободы осуществляется как путем задержания на короткий срок, так и через предварительный арест.

Задержание на короткий срок может происходить в случае совершения очевидного уголовного деликта, если существует риск сокрытия виновника преступления или необходимость в установлении его личности (абз. 1 § 127). Полномочием на задержание обладает всякое частное

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

лицо, при этом допускается использование силы с оговоркой о запрете использования огнестрельного оружия. Данным полномочием также располагают компетентные должностные лица прокуратуры и полиции, которые могут задержать лицо на срок до 12 часов, для того чтобы проверить личность лица подозреваемого в совершении уголовного правонарушения (§ 163*b*, 163*c*).

Приказ о приводе позволяет произвести принудительную явку в прокуратуру лица, которое постоянно вызывается прокуратурой, но воздерживается от визита без уважительных причин (абз. 1 § 134).

Предварительный арест, влекущий заключение под стражу на определенный срок, может происходить только на основании постановления об аресте, подписанного следственным судьей *(Ermittlungsrichter)*.

Выдача этого постановления возможна только при том условии, если, с одной стороны, будут иметь место веские доказательства того, что именно обвиняемое лицо совершило уголовное правонарушение, и, с другой стороны, имеется одно из четырех оснований для ареста, предусмотренных § 112 (риск побега, опасность исчезновения доказательств, тяжесть совершенного правонарушения, возможность рецидива). Судья не может подписать постановление об аресте, если, принимая во внимание все обстоятельства данного дела, такая мера представляется ему несоразмерной. В отношении уголовных правонарушений, которые не могут повлечь наказание свыше шести месяцев лишения свободы, законодатель ограничил возможности для предварительного ареста с еще большей строгостью (§ 113). Постановление о предварительном аресте отменяется после отпадения обосновывающих его оснований; обычно он не может длиться более шести месяцев, и только веские основания позволяют продлить его на три месяца. Постановление о предварительном аресте может быть отменено и по ходатайству прокуратуры. Заинтересованное лицо уполномочивается в любой момент требовать у судьи, который принял решение об аресте, проверки его законности или обоснованности, в случае отказа в освобождении на постановления судьи может быть подана жалоба, условия подачи и правовой режим которой определяются § 73 Закона о судоустройстве и § 117 и 310 Закона об уголовном процессе.

Для целей осуществления уголовного правосудия законом допускаются и другие ограничения основных прав личности.

Допускаются некоторые посягательства на физическую неприкосновенность, например, принудительно взятие крови для анализа. Полномочием на принятие такого решения обладает следственный судья, а на врача возлагается осуществление данной процедуры. Здесь также необходимо еще раз обратить внимание на разумную «соразмерность».

Посягательства на тайну личной жизни, неприкосновенность жилища, тайну переписки допускаются при соблюдении некоторых ограничений: следственный судья *(Emittlungsrichter)* должен дать разрешение на особо

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

значимые посягательства, например, на обыск в помещении, на установление постов наблюдения (§ 111), на установление засад (§ 163*d*).

III. «Промежуточная» процедура *(das Zwischenverfahren)*

611. Промежуточная процедура в первый раз вводит в уголовный процесс фигуру суда, который на данном этапе действует в составе, ограниченном профессиональными судьями. Целью данного этапа является проверка законности проходившей до этого процедуры, а также наличия уголовного дела, готового к судебному рассмотрению.

A. Открытие промежуточной процедуры

Прокуратура направляет в компетентный суд обвинительный акт, составленный в письменной форме, а вместе с ним передается и уголовное дело.

При наличии условий для применения «ускоренной процедуры» (уголовное правонарушение, подпадающее под компетенцию окружного суда, в отношении которого существуют основания полагать, что наказание за его совершение не превысит одного года лишения свободы) промежуточная процедура не производится.

Однако в большинстве случаев промежуточная процедура все же имеет место. Судья знакомит обвиняемого с обвинительным актом и предлагает ему заявить свои ходатайства в отношении доказательств. Он назначает обвиняемому защитника, если последний не избрал его самостоятельно.

Б. Различные виды судебного контроля во время проведения промежуточной процедуры

Прежде всего, суд оценивает законность процедуры, проходившей до сих пор. В случае обнаружения нарушений требований закона привлеченный судебный орган удалит из уголовного дела все то, что фигурирует там незаконным образом.

На данном этапе важное место отводится вопросам доказывания. По просьбе заинтересованных лиц или в силу своих должностных обязанностей суд может предписать совершение конкретных мер по поиску доказательств или вынести постановление о необходимости проведения дополнительного расследования.

B. Возможные варианты судебных постановлений

1. Отказ в открытии основной процедуры

Привлеченный судебный орган отказывает в открытии основной процедуры, если установленные фактические основания покажутся ему

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

недостаточными для квалификации уголовного правонарушения или если собранные фактические основания являются достаточными, однако их толкование заставляет сделать вывод об отсутствии вины лица или недопустимости уголовного преследования.

Прокуратура может подать жалобу против такого решения, обратившись в вышестоящий суд.

После вступления данного постановления в законную силу процессуальные действия могут быть возобновлены только при обнаружении дополнительных доказательств или в том случае, если уголовное преследование будет основываться на новых фактических обстоятельствах.

2. Постановление об открытии основной процедуры

Суд принимает постановление об открытии основной процедуры, если согласно имеющимся доказательствам существует большая вероятность вынесения обвинительного приговора в отношении обвиняемого лица (§ 203 Закона об уголовном процессе).

Суд может изменить квалификацию, на которой основывается обвинительный акт, отказавшись от одной из квалификаций или избрав иную квалификацию.

Обвиняемый не может подать жалобу против такого постановления, а прокуратура может обжаловать постановление только в том случае, когда измененная квалификация приведет к отнесению дела к компетенции нижестоящего суда (по отношению к тому, в который направлялся обвинительный акт).

3. Предварительное приостановление процедуры

Даже если суд посчитает, что фактические и правовые основания оправдывают открытие главной процедуры, он может вынести постановление о предварительном приостановлении процедуры, если существуют веские основания полагать, что она не сможет проходить в надлежащих условиях.

Так произойдет в случае, когда обвиняемый обладает извинительными основаниями, обосновывающими невозможность немедленной явки в суд, например, если он находится в состоянии невменяемости.

Если предстать перед судом не могут свидетели, то приостановление происходит только в том случае, если тем самым не будет нарушаться право обвиняемого на рассмотрение его дела в разумный срок.

IV. Основная процедура *(das Hauptverfahren)*

612. Основная процедура является этапом процесса, в ходе которого на основании принципов публичности и состязательности суд рассматривает представленные сторонами доказательства, заслушивает пози-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Augenschein составляют довольно разнородную категорию доказательств, которая включает все, что может иметь влияние на судейское убеждение путем непосредственного воздействия на органы зрения, слуха, обоняния и осязания судьи (это может быть человеческое тело, живое или мертвое, это могут быть материальные объекты). Данная категория может быть принята во внимание на всех стадиях процедуры, однако правило о допустимости требует, чтобы эти средства доказывания были зафиксированы протоколом, составленным судьей (тем не менее при отсутствии возражений судья может основываться и на протоколе, составленном полицией).

Urkunden — это письменные документы, содержание которых и считается доказательством. Судья и присяжные могут непосредственно познакомиться с ними посредством чтения.

Объяснения обвиняемого, показания свидетелей и экспертов являются основными средствами доказывания. Представление таких средств доказывания строится на основе принципа состязательности, однако на практике английская модель используется только в исключительных случаях.

Объяснения обвиняемого имеют большое значение, поскольку обвиняемый играет роль не только субъекта уголовного преследования. Его объяснения делают его субъектом доказывания (немецкие юристы пишут: *Beweismittel*). Помимо объяснений, данных в ходе допроса, проводимого председательствующим, обвиняемый может высказывать свои соображения на протяжении всего процесса, а также сделать итоговое заявление по окончании судебных прений. Признание или даже простые объяснения обвиняемого могут оказаться достаточными для вынесения обвинительного приговора (однако — и в этом заключается отличие от английского права — обвиняемый не может выступать свидетелем в своем собственном деле).

Допрос свидетелей происходит в порядке, устанавливаемом председательствующим.

За исключением обвинителя и обвиняемого, свидетелем может выступать любое лицо, включая детей и душевнобольных. На вызываемых свидетелей обычно возлагается обязанность предстать перед судом, принести присягу и дать показания. Тем не менее в силу наличия семейных связей с обвиняемым или профессиональной обязанности по сохранению тайны некоторые лица могут отказаться от дачи свидетельских показаний.

Каждый свидетель заслушивается отдельно, вне присутствия других свидетелей, которые будут давать показания после него, тем не менее существует возможность проведения очных ставок. Председательствующий принимает присягу свидетеля, затем опрашивает его; задавать вопросы могут и другие члены суда, а также представитель прокуратуры, за-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

щитник и обвиняемый. Председательствующий должен следить за тем, чтобы задаваемые вопросы имели отношение к делу и чтобы ответы свидетеля были определенными (последующие пояснения должны носить исключительный характер и даваться только в случае необходимости).

Статья 239 позволяет председательствующему допустить по ходатайству обвинения или защиты проведение допроса свидетелей в соответствии с техникой перекрестного допроса *(Kreuzverhör)*. Однако на практике эта возможность используется не так часто.

Как происходит восприятие мнений экспертов? Некоторые эксперты заслушиваются так, как будто они являются свидетелями, поскольку они обладают непосредственным знанием фактических обстоятельств дела. Однако в большинстве случаев эксперты не обладают непосредственным знанием обстоятельств дела и только в силу своих технических познаний они могут разъяснить значение некоторых средств доказывания. Эксперты представляют свои заключения в устной форме. Хотя они рассматриваются не в качестве свидетелей, но как лица, содействующие правосудию, процедура их допроса скопирована с процедуры, применяемой к допросу свидетелей.

3. Обвинительная речь прокурора и судебные прения

616. Когда представление доказательств закончено, представитель прокуратуры, а затем и защитник произносят свою заключительную речь. Сторона обвинения обладает правом на реплику, которое, будучи осуществленным, дает защитнику право на ответную реплику. Перед закрытием судебных прений председательствующий спрашивает у обвиняемого, не желает ли он добавить несколько слов в свою защиту.

Б. Судебное решение

1. Предоставленные суду возможности

617. Суд обладает полной свободой в оценке доказательств, даже если свое мнение высказали эксперты.

Суд может вынести постановление, не разрешив вопрос по существу, если посчитает себя некомпетентным или обнаружит, что наличие определенного правового препятствия, такого как давность привлечения к уголовной ответственности, делают вынесение решения по существу невозможным.

При вынесении решения по существу суд постановляет оправдательный приговор, если обвинение не предоставило достаточных доказательств вины обвиняемого в совершении уголовного правонарушения. Однако если деяние подсудимого и его виновность в совершении правонарушения покажутся суду установленными, он приговорит последнего к определенной мере наказания. Если, несмотря на существование

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

события правонарушения, вина подсудимого не может быть признана (например причинитель в момент совершения деяния был невменяем), суд согласно имеющимся правовым предписаниям может провозгласить применение воспитательных мер принудительного характера или мер по обеспечению безопасности.

2. Обсуждение и составление решения

618. Когда состав судебного органа является коллегиальным, решение против обвиняемого может быть принято только большинством в две трети голосов, после тайного обсуждения. Напротив, простое большинство будет достаточным для разрешения правовых вопросов, предваряющих вынесение решения по существу (о компетенции, о сроке давности уголовного преследования).

Решение объявляется в открытом судебном заседании, однако его составление может произойти позже (по общему правилу максимальный срок, предоставленный суду для составления решения, равняется пяти неделям).

V. Способы обжалования

619. Немецкое право, как и право французское, располагает ординарными способами обжалования решений, которые еще не вступили в законную силу, и экстраординарными способами обжалования, которые являются доступными лишь в исключительных случаях и направлены на пересмотр решений, уже вступивших в законную силу.

A. Ординарные способы обжалования

620. Немецкой модели не знакомо «возражение», право на которое во французском праве при соблюдении определенных условий предоставляется лицам, в отношении которых решение было вынесено заочно. В немецком праве вообще не существует заочной процедуры. Среди допускаемых способов обжалования выделяется тот, который, в свою очередь, не имеет аналогов во французском праве: речь идет о «частной жалобе» *(Beschwerde)*. Апелляция *(Berufung)* во многом сближается со способом обжалования, известным во Франции. Что касается «ревизионного обжалования» *(Revision)*, то, проявляя особую осторожность в отношении используемого выражения, дабы не дать словам себя обмануть, мы обнаружим аналог французского кассационного обжалования, однако с существованием некоторых отличий.

При анализе различных способов обжалования важно учитывать возможность обращения к суду с ходатайством о восстановлении пропущенного срока, если соблюдению этого срока помешало объективное обстоятельство (см. § 44 и последующие Закона об уголовном процес-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

се), поскольку, принимая во внимание относительную сжатость этих сроков, данная возможность обладает огромным практическим значением.

1. Частная жалоба *(Beschwerde)*

621. Частная жалоба — это способ обжалования судебных постановлений, которые по общему правилу не являются окончательными. Судебным постановлением, вынесенным по окончании основной процедуры, является приговор *(Urteil)*. Однако и в рамках самой процедуры судом могут быть приняты самые разнообразные постановления: речь идет о постановлениях *(Verfügungen)*, которые исходят от судей, обладающих собственной функцией, таких как *Ermittlungsrichter* или председатель судебного органа; о судебных определениях, которые не разрешают дело по существу *(Beschüsse)* и выносятся судом во время проведения промежуточной или основной процедур. *Verfügungen* и *Beschlüsse* по общему правилу являются объектами обжалования, однако законом могут быть допущены исключения из этого правила.

Частная жалоба доступна всякому заинтересованному лицу: достаточно, чтобы оно обратилось в орган, вынесший постановление, или даже непосредственно в вышестоящий суд. Срок для подачи жалобы составляет неделю в том случае, когда он оговорен специальной нормой, если же такой нормы нет, подача частной жалобы осуществляется без ограничения срока.

Рассмотрение частной жалобы подчиняется сложным правилам. Если жалоба направлена в орган, вынесший постановление, то у него есть три дня на ее рассмотрение. Если он посчитает, что жалоба является необоснованной, он передаст дело в вышестоящий суд, который и примет окончательное решение. Если был сразу же привлечен вышестоящий орган, то после проведения необходимого расследования он может в заочном порядке оставить в силе или изменить обжалуемое постановление.

2. Апелляция *(Berufung)*

622. Апелляция является способом обжалования, который позволяет оспорить в вышестоящем суде по фактическим или правовым основаниям постановление, вынесенное в результате проведения основной процедуры.

Возможность подачи апелляции предоставляется не только осужденному, прокуратуре, и потерпевшему, но и всякому лицу, которому вынесенным приговором был причинен вред. Этот способ обжалования должен быть осуществлен в короткий срок (неделя с момента провозглашения приговора, если обвиняемый присутствовал при этом, в про-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Экстраординарные способы обжалования

624. Даже когда решение вступает в законную силу, возможность пересмотреть его по существу остается, однако она касается исключительных оснований. Законом об уголовном процессе предусматривается такой экстраординарный способ обжалования, как подача ходатайства о «возобновлении процедуры». Кроме того, в случае нарушения в ходе рассмотрения дела принципа, закрепленного Конституцией, жалоба может быть направлена в Федеральный конституционный суд (§ 90 и последующие Закона о Федеральном конституционном суде).

1. Ходатайство о «возобновлении процедуры»

625. Этот экстраординарный способ обжалования может быть сопоставлен с французским ревизионным обжалованием с тем важным отличием, что в немецком праве возобновление процедуры может осуществляться как во вред осужденному, так и в его пользу.

Осужденный или прокуратура могут представить ходатайство о возобновлении процедуры по одному из оснований, предусмотренных § 359 Закона об уголовном процессе. В случае допущения серьезных судебных ошибок, являющихся следствием уголовно наказуемых деяний (таких как подлог), возобновление процедуры может произойти как в интересах, так и в ущерб осужденному. В иных случаях возобновление процедуры может произойти только в пользу осужденного (открытие новых обстоятельств или новых средств доказывания). Наконец, если оправданное лицо впоследствии признается в совершенных деяниях, возобновление процедуры также является возможным (п. 4 § 362).

Данная процедура является сложной и состоит из трех этапов. Прежде всего, происходит проверка допустимости ходатайства о возобновлении процедуры, которая носит формальный характер и позволяет немедленно отказать в принятии ходатайства. После расследования, осуществленного одним из судей, суд без проведения устных прений выполняет проверку того, получили ли обстоятельства, на которые ссылаются заявители, достаточное подтверждение в предоставленных средствах доказывания. Если основание, на котором покоится заявление о возобновлении процедуры, будет признано обоснованным, приговор немедленно теряет законную силу. Однако немедленного вынесения оправдательного приговора не происходит (кроме тех случаев, когда прокуратура изъявила на то свое согласие), обычно для разрешения данного дела проводится новое судебное разбирательство. В случае признания судебной ошибки жертва этой ошибки может потребовать соответствующего возмещения (Закон от 8 марта 1971 г.).

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Обжалование в Федеральный конституционный суд

Библиография. *Béguin.* Le controle de la constitutionnalité des lois en RFA, Paris, Economica, 1982.

626. Неоднозначный способ обжалования. Всякое лицо уполномочивается потребовать от Конституционного суда отмены закона, административного акта или приговора, который посягает на фундаментальное конституционное право. Хотя множество немецких юристов трактуют этот способ обжалования как несудебный, один очень квалифицированный автор указал следующее:

«...большинство таких жалоб направляется против судебных приговоров, вынесенных компетентными судебными органами, что делает Федеральный конституционный суд разновидностью надкассационного суда, обязанного проверять жалобы на нарушение прав человека, которые гарантированы конституцией» (*Michel Fromont.* Droit allemand des affaires, n. 380).

§ 2. Трудности с интерпретацией недавней эволюции ряда европейских систем уголовного процесса

627. Во многих странах можно различить тенденцию перехода от инквизиционной системы к системе, покоящейся на совершенно иных основаниях. Однако эволюция, протекающая в различных странах, будет иметь более или менее радикальный характер. Нашего внимания заслуживают два примера. В 1989 г. Италия провела эффектную реформу, которая, однако, не уберегла ее от будущих потрясений. Что касается уголовного процесса Франции, то последние 15 лет ему присуще состояние перманентного кризиса.

I. Значение итальянской реформы

Библиография. *Mireielle Delmas-Marty.* Procédures pénales d'Europe, PUF, 1995. *Antonio Boldossare.* Les propositions de réforme constitutionnelle de la justice italienne: Droits, 1999, n. 29. *M. Chiavario.* Aperçus sur la procédure d'audience en Italie entre réforme et «postréforme»: Rev. sc. crim. 1994, 207.

628. Реформа уголовного процесса в Италии, бесспорно, была проведена самым тщательным образом. Был избран метод «законодательных оснований». Составление таких оснований, возложенное на исполнительную власть, было обеспечено содействием крупнейших юристов. Представленный как заимствование «англосаксонской модели», новый кодекс вызвал огромный интерес западноевропейских юристов, тем бо-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

лее, что вот уже два века Италия в их глазах представляется страной постоянного реформирования отраслей уголовного права и уголовного правосудия.

A. Акт 1989 г.

Со своими 746 статьями новый Уголовно-процессуальный кодекс Италии образует ансамбль, разделенный на 11 книг: субъекты (книга I), деяния (книга II), доказательства (книга III), временные меры (книга IV), расследование и предварительное судебное заседание (книга V), специальные процедуры (книга VI), приговор (книга VII), процедура, разворачивающаяся перед претором (книга VIII), способы обжалования (книга IX), исполнение (книга X), судебные сношения с иностранными органами (книга XI). Здесь можно различать основания обычной модели процесса и множество возможностей для адаптации этой модели.

1. Основания ординарного уголовного процесса

При наличии уголовного правонарушения определенной тяжести процесс делится на подготовительную процедуру, которая протекает под руководством прокуратуры, и судебную процедуру с предварительным и основным судебными заседаниями.

Прокуратура стала органом, собирающим доказательства и направляющим ход процесса. Следственного судьи больше не существует. Конечно, на этом этапе процесса прокуратура не является абсолютно всесильным органом, поскольку для совершения определенных действий необходимо добиваться судебного разрешения. Однако и в этих положениях уже заметно радикальное изменение предыдущего права.

Процесс, разворачивающийся перед судьей, начинается с предварительного судебного заседания (ст. 416 и последующие). Речь идет о проверке того, годится ли дело для судебного разрешения, допускается ли применение специальных правовых режимов. Однако для нового уголовного процесса наиболее важным этапом судебной процедуры является судебное заседание.

Каким бы ни был компетентный суд (это зависит от тяжести уголовного правонарушения), именно перед ним осуществляется настоящее представление доказательств, диктуемое логикой состязательного процесса. Что касается свидетельских показаний, то ст. 498–500 Кодекса закрепляют нормы, безусловно, навеянные английским правом.

Способы обжалования не были пересмотрены коренным образом: апелляция обеспечивает вторую судебную инстанцию, кассационное обжалование — контроль за законностью судебных постановлений, ревизионное обжалование позволяет исправить судебные ошибки.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Материјал заштићен ауторским правима

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Специальные процедуры

В самых различных целях допускается целая гамма специальных процедур.

В суде, в том числе в суде присяжных, при вынесении досрочного решения можно исключить судебные прения: в этом случае прибегают к процедуре, называемой «сокращенное судебное разбирательство», или к процедуре «применения наказания по ходатайству сторон». Можно упростить процесс и путем исключения предварительной процедуры: это будет уголовный процесс с непосредственным судебным разбирательством или немедленным судебным разбирательством. Упрощенная письменная процедура применяется в том случае, когда прокуратура по-

считает достаточным наложение одного только денежного наказания: эта процедура называется *procedimento per decreto* (неправильно будет переводить термин *decreto* как ордонанс, поскольку *ordinanza* в итальянском праве отличается от *decreto*; может быть, стоило бы выбрать такой перевод, как «уголовное распоряжение»).

В суде претора можно прибегнуть к уплате штрафа с заранее оговоренной твердой денежной суммой, определяемой благоприятным для правонарушителя способом (в зависимости от дела она устанавливается в одну треть или в половину от максимума, предусмотренного законом), что приводит к немедленному окончанию процесса.

3. Оценка правового ансамбля

Даже при вступлении нового кодекса в силу многим стало очевидно, что в большинстве случаев безоговорочного принятия англо-американских институтов не получилось.

Прежде всего, сохранение фигуры гражданского истца, обладающего важными полномочиями в уголовном процессе, продолжает отличать итальянский процесс от «англосаксонских моделей». Этот аспект так-

же важен для его отграничения от немецкого процесса. Однако должно быть подчеркнуто и неоспоримое сходство с последним, поскольку итальянскую прокуратуру можно сравнивать с немецкой прокуратурой: они обладают аналогичными полномочиями во время проведения предварительной процедуры.

Б. «Искажения»

После вступления в силу нового кодекса проблемы уголовного правосудия в Италии резко обострились. Повышение значения свидетельских показаний, способы, предусмотренные для допроса и перекрестного допроса свидетелей, не могли быть пригодными для процессов с многочисленными участниками, которые так характерны для некоторых

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

разновидностей преступлений. Таким образом, почти сразу же началась контрреформа.

Задержки в отправлении правосудия к 1999 г. приобрели угрожающий характер, а уже в 2000 г. ответственное лицо Министерства юстиции указало на то, что около 80% обвинительных приговоров не исполняются. Возникла неотложная необходимость в изменении кодекса.

Были предусмотрены более оперативные судебные составы: умножились случаи, когда дело должно рассматриваться одним судьей как в гражданской, так и в уголовной сфере.

Были пересмотрены нормы о представлении доказательств. Стабильность, которую можно было бы ожидать от нового кодекса, оказалась иллюзорной. Принятие эффективных правовых норм, защищающих основные свободы граждан, было также осложнено глубоким конфликтом, развернувшимся между судьями и политическими деятелями, пределом которого стало проведение операции «чистые руки» *(mani pulite)*. Может быть, стоит сделать вывод о том, что коренное изменение всей процессуальной системы вообще является напрасным для любого государства. Нельзя ли вместо этого выбрать путь реформы, стремительно исключающей в свете накопленного опыта наиболее значительные неудобства, выявленные на практике?

II. Кризис французского уголовного процесса

Библиография. *Mireille Delmas-Marty.* Procédures pénales d'Europe, PUF, 1995.

629. Французская модель уголовного процесса была создана одним из наполеоновских кодексов — Кодексом уголовного расследования 1808 г. И если процедура судебного разбирательства, закрепленная им, принадлежит к состязательному типу, то предварительная процедура является инквизиционной и подвергается контролю следственного судьи (существование этого контроля зависит от категории дела).

Модернизация этой модели произошла в два этапа. В конце XIX в., закон 1897 г. начал ее либерализацию, реформируя процедуру, протекающую под контролем следственного судьи и укрепляя право на защиту. Затем в качестве реакции на рассмотрение нескольких крупных дел, обнаруживших «дисфункции» правосудия, и прежде всего дел *Dominici* и *Marie Bénard*, Уголовно-процессуальный кодекс 1958–1959 гг., заменивший Кодекс уголовного расследования, поместил предварительное расследование под контроль прокурора, состоящего при суде большой инстанции. Следственный судья сохранил главную часть своих полномочий, однако теперь он находился под контролем обвинительной палаты апелляционного суда, с необходимостью вмешивающийся в качестве следственного органа второй инстанции в уголовной сфере. Однако бла-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

годаря толкованию, которого, несмотря на «трудности времени», могло бы и не случится, многие либеральные положения этого кодекса были практически уничтожены практикой.

Отныне наш уголовный процесс будет раскачиваться подобно движению маятника, что придает ему хроническую нестабильность. С 1981 г. начинает сказываться притяжение английской модели, которая оказывает сильнейшее влияние на лиц, принимающих на себя всю тяжесть бремени осуществления реформ. Многие оценивают степень этого влияния суждением о том, что с Законом от 4 января 1993 г. французская система уголовного процесса начала свой переход к «полностью обвинительной модели». Однако закон был пересмотрен даже до начала его применения, позволив сохраниться смешанной процедуре, где в иных местах делается акцент на состязательность, а кое-где вновь отмечается появление следственной модели. Возникла срочная потребность в «лечении» французского права от этой нестабильности. Однако недавно принятые законы скорее укрепили ее. Закон от 9 марта 2004 г. № 2004-204 пересмотрел, иногда в совершенно противоположном значении, огромное число статей Уголовно-процессуального кодекса.

A. Предварительная процедура во французском праве

630. Во французском праве всегда следует различать два этапа, второй из которых, тем не менее имеет место только в определенных случаях: в обязательном порядке по уголовным делам о преступлениях и специальным категориям дел, определенных законом, факультативно в иных случаях.

1. Дознание, проводимое под руководством прокурора при суде большой инстанции

Когда прокурор при суде большой инстанции получает информацию об уголовном правонарушении (в терминах ст. 40 Уголовно-процессуального кодекса он получает жалобы от потерпевших и принимает решение об их дальнейшем движении), он предписывает проведение дознания, которое осуществляется должностными лицами жандармерии или полиции. По результатам этого дознания он может прекратить производство по делу или же посредством предъявления «требования о производстве предварительного следствия» открыть предварительное следствие для привлечения следственного судьи.

Существует тенденция к увеличению полномочий прокурора. Не приведет ли она к наделению его полномочиями по проведению предварительного следствия?

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Предварительное следствие, проводимое под руководством следственного судьи и следственной палаты

Следственный судья обязательно привлекается к расследованию дел о преступлениях и в других случаях, определенных законом (например, когда несовершеннолетний совершает деликт или нарушение пятого класса). Во всех остальных случаях он только может быть привлечен прокурором при суде большой инстанции. Его может привлечь и потерпевший путем «предъявления гражданского иска», который обязывает следственного судью провести расследование.

Следственный судья должен выяснять обстоятельства дела как в интересах общества, так и в интересах непосредственно заинтересованных лиц (сторон обвинения и защиты). Он обладает весьма важными полномочиями, направленными на реализацию этой цели (при определенных условиях он может производить осмотр на месте происшествия, принимать решение о проведении обыска в помещении и аресте имущества, устанавливать прослушивание телефонных переговоров, заслушивать лиц, назначать экспертизу, медицинское или психологическое обследование, производить исследование личности обвиняемого).

Когда существуют основания полагать, что преследуемое лицо является виновником уголовного правонарушения, судья должен «подвергнуть его обследованию», что дает возможность такому лицу ознакомиться со своим делом и воспользоваться комплексом своих прав.

Если судья посчитает, что лицо, подвергнутое обследованию, должно быть заключено под стражу, он должен привлечь «судью, рассматривающего вопросы задержания и освобождения», который и будет принимать соответствующее решение. Следственный судья и сам может принимать меры, влекущие ограничение свободы лица, однако тюремное заключение находится вне его компетенции.

По окончании предварительного следствия судья может принять постановление о прекращении производства по делу, о направлении дела в суд первой инстанции (когда речь идет о деликте или нарушении) или о передаче дела в следственную палату (когда судья посчитает, что речь идет о преступлении).

3. Проблемы защиты прав и свобод

Стороны имеют право на содействие адвоката как во время дознания, так и во время предварительного следствия. Они должны предупреждаться заранее о проведении следственных действий.

Ограничения свободы тщательно регламентированы.

Задержание во время дознания ограничивается небольшим сроком, однако Законом от 9 марта 2004 г. предусматриваются возможности его продления.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

му. В случае подачи апелляционной жалобы дело направляется в другой суд присяжных, и количество присяжных, работающих вместе с коллегией судей, увеличивается до 12 человек.

2. Судебное рассмотрение деликтов и нарушений

По первой инстанции дела рассматриваются исправительным судом или полицейским судом, последний рассматривает нарушения, первый — деликты. Процедура в этих судах осуществляется в упрощенном порядке.

В первую очередь, вызываются стороны, свидетели, эксперты; проверяется личность подсудимого.

Во вторую очередь, председательствующий (или судья) вкратце излагает фактические обстоятельства дела и задает вопросы подсудимому. Затем он спрашивает представителей прокуратуры и гражданского истца о том, не хотят ли они задать какие-либо вопросы. Далее происходит допрос свидетелей: их допрашивает председательствующий (или судья), и вопросы сторон (защиты, обвинения, потерпевшего) могут задаваться только через судью. При необходимости и с соблюдением тех же правил допрашиваются эксперты.

После представления доказательств могут быть представлены письменные объяснения, на которые суд должен ответить мотивированным определением. Затем предоставляется слово гражданскому истцу, прокурору и защите. Если высказываются реплики, последнее слово всегда предоставляется подсудимому.

Приговор может быть вынесен немедленно или подлежать обсуждению, чтобы быть вынесенным по окончании судебного заседания или в последующую дату.

Если имело место судебное разбирательство в отсутствие обвиняемого и приговор был вынесен без учета принципа состязательности, допускается подача возражения, удовлетворение которого приводит к повторному рассмотрению дела в присутствии подсудимого.

Ординарный способ обжалования, каковым является апелляция, доступен сторонам в том случае, когда предметом судебного рассмотрения являлся деликт, и в гораздо более ограниченной степени, когда речь шла о нарушении.

Жалобы на постановления полицейских и исправительных судов направляются в палату апелляционного суда, которая рассматривает фактические и правовые аспекты дела в пределах, вытекающих из оснований апелляции и свойств апеллянта.

Апелляционный процесс обладает некоторыми особенностями по сравнению с процедурой, проходящей в первой инстанции. В начале судебного заседания одним из членов суда делается устный доклад по делу. Что касается представления доказательств, то суд не обязан повторно за-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Процесс содержит два этапа. На первом этапе комиссия Кассационного суда рассматривает ходатайство, и по результатам рассмотрения она может отказать в возбуждении производства или потребовать рассмотрения дела Уголовной палатой. Если дело направляется в Уголовную палату, последняя может провести дополнительное расследование. Что касается возможных вариантов решения, то она может отклонить жалобу или отменить оспариваемое решение. В последнем случае она делает это без возвращения дела, если новое состязательное судебное разбирательство является невозможным. Напротив, если она посчитает такое судебное разбирательство возможным, она направит обвиняемых или подсудимых в суд того же уровня и той же ступени, что и суд, вынесший отмененное решение.

Суд, которому дело направлено на новое рассмотрение, выносит решение по своему усмотрению согласно процедуре, обычно применяемой в этом суде.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы

Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Приложение 1

К ВВЕДЕНИЮ В СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ: РАЗВИТИЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ И ДИВЕРСИФИКАЦИЯ ЕГО ФУНКЦИЙ

Мы надеемся, что настоящая работа, главной целью которой является введение в изучение основных правовых систем, может также послужить определенным образом введением в сравнительное правоведение, поскольку в ней мы постарались соблюсти обе перспективы, обычно принимаемые в расчет компаративистами: синтетическое сравнение, которое позволяет сориентироваться в «правовой географии», и аналитическое сравнение — сравнение конкретных институтов права, к которому необходимо прибегать в большинстве научных работ в правовой сфере.

1. Кто первым использовал словосочетание «сравнительное правоведение»? Мы всегда ожидали разрешения этого вопроса от историков[1]. Словосочетание является показательным и, тем не менее неоднозначным. Оно не обозначает отрасль позитивного права. Сегодня многие соглашаются с мыслью о том, что таким образом невозможно обозначить некоторое универсальное общее право. В этом случае является ли «сравнительное правоведение» методом, совокупностью методов или же правовой наукой? Такие вопросы регулярно поднимаются во время университетских дебатов. Но не все ли равно, ведь «сравнение в праве» приносит свою пользу, а осуществление сравнения происходит тем лучше, чем лучше усвоены определенные знания и опробованы различные подходы? Теперь, когда «наука» понимается самым широким образом, существует множество оснований признать, что сравнительное правоведение является одной из правовых наук. Это молодая наука: напоминание о ее появлении позволяет точнее определить ее самобытность и настоящую роль.

---

[1] Во всяком случае во Франции это словосочетание используется уже с середины XIX в.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раздел 1

ПОЯВЛЕНИЕ ПРАВОВОЙ НАУКИ «СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ»

2. Сравнение, безусловно, присуще человеческому рассудку. И поскольку право укоренилось в обществе вот уже несколько тысячелетий назад, неудивительно, что история предоставляет нам замечательные примеры сравнений. Эти примеры еще не означают существования науки, еще долго будут ожидать благоприятных условий для своего появления — условий, явившихся в совокупности в XIX в.

§ 1. Предвестники

3. Без сомнения, имя им легион. Выбор, сделанный нами, является произвольным выбором французского юриста, который ориентируется на национальные культурные универсалии. Для нас, французов, Монтескье является главным предвестником[1]. Однако с его стороны, безусловно, было неосторожным написать в начале своей книге «О духе законов»: *prolem sine matre*, поскольку этот «ребенок без матери» может с легкостью обрести свое родство и родственные связи.

I. Использование сравнений в правовой сфере до Монтескье

4. История позволяет насчитать множество «компаративистов». Уже античность обладала своими компаративистами. В современной Европе начиная с XV в. выдающиеся юристы стали отводить важное место сравнению в правовой сфере.

A. «Компаративисты» античности

5. Замечательные иллюстрации сравнительно-правовой работы восходят к самым первым этапам существования правовых систем, оказав-

---

[1] Роль Монтескье как наиболее значительного предвестника современного сравнительного правоведения была признана юристами самых различных стран. См.: *Walther Hug.* The history of comparative law, Rechtsvergleichung. P. 45, note 109.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ших на нас свое влияние. Приведем несколько примеров, касающихся греческого[1] и римского мира.

а) Платон, Аристотель, Теофраст

Один из наиболее пространных диалогов Платона, «Законы», описывает правовые институты нескольких греческих городов, которые оцениваются Платоном с точки зрения разыскиваемой им идеальной конституции.

Когда Аристотель писал свою «Политику», он также прибегал к сравнению конституций большого числа (более 150) городов. «Аристотель, — писала мадам де Ромийи, — собирал описания конституций и, исходя из этих конкретных примеров, выводил в своей «Политике» определенные типы конституций». Сравнивая Аристотеля с Платоном, мадам де Ромийи выводит великолепную формулировку: по ее мнению, с появлением работ Аристотеля «универсалиям геометрии стали отвечать универсалии компаративистики».

Теофраст (372–287 до н.э.), о котором говорили как о «научном наследнике Аристотеля», сравнил нормы различных городов, посвященные купле-продаже (был сохранен фрагмент одной из его работ, исследующей различные виды договоров).

б) Роль сравнений в законодательной практике

Великие греческие законодатели: Солон в Афинах, Ликург в Спарте, путешествуя, собирали и обобщали большое число наблюдений и уже затем приступали к своим реформам.

Составлению знаменитого «Закона двенадцати таблиц» (который в действительности является собранием законов, сначала десяти, к которым затем добавили еще два) в Риме приблизительно в 300 г. от его основания предшествовало изучение греческих законов. Когда народные трибуны потребовали кодификации права, эта работа была возложена на децемвиров. Последние захотели познакомиться с законами других городов, особенно с законами Солона. Таким образом, сначала они подготовили десять законов, которые были приняты в 303 г. от основания Рима, а затем в 306 г. были приняты еще два закона.

в) Развитие jus gentium (права народов), придавшего правовой системе Рима определенную универсальность, было обязано законодательной деятельности, которая принимала в расчет большое количество позитивных решений, подсказанных «сравнительно-правовым методом».

Lex Dei, более показательно обозначаемый как *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*, появившийся около 400 г. нашей эры, являет со-

---

[1] Не является ли Одиссей Гомера одним из первых компаративистов в истории? Ведь Одиссей видел множество городов, сравнивал их обычаи, а может быть, и законы.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

бой интересное сравнение положений древнееврейского права и римского права в уголовной сфере и в сфере возмещения убытков.

Этих примеров достаточно, для того чтобы показать, что в сфере сравнительного правоведения «рождение» скорее является возрождением: во всяком случае можно с уверенностью говорить о том, что речь не идет о старте с чистого листа.

Б. Предвестники сравнительного правоведения в Западной Европе с момента падения Римской Империи и до XVIII в.

6. В Средние века также существовали юристы, которые изучали основные правовые системы своего времени: можно привести в качестве примера представителей «ломбардской школы».

Начало Ренессанса было ознаменовано появлением реакции против исключительного использования римского права: Бартоль, юристы Германии (Зациус), Испании (Мартинес де Олано), Франции (Куяций), Италии (Альциа) начали проявлять интерес к различным системам обычного права, которые они изучали, сравнивая между собой и с положениями римского права.

Появление первых элементов будущей сравнительно-правовой науки датируется самым началом существования современной Европы и связывается с несколькими выдающимися именами.

1. В Великобритании

В Великобритании Фортескью в XV в. стремился, ссылаясь на французское право, доказать превосходство общего права. Канцлер Бэкон (1561–1626) в начале XVII в. интересовался различными правовыми системами в духе большего универсализма, практически одновременно Шэлден (1584–1684) в исторических интересах осуществлял изучение некоторых правовых систем Востока и Запада. В XVIII в. лорд Мэнсфилд, благодаря своим познаниям в иностранном праве, вывел английское торговое право на новый уровень, что позволило ему интегрироваться в общее право.

2. На континенте

В качестве предвестников можно назвать нескольких великих мыслителей.

В начале XVII в. голландец Гроций (1583–1645), который систематизировал современным, «светским» образом доктрину естественного права, опираясь на большое количество правовых систем, установил, что не все нормы естественного права выводятся из положений разума, но что

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

некоторые из них лишь подлежат правовой констатации, поскольку они восходят к общему правовому опыту наций.

В Германии Лейбниц (1646–1716) в весьма юном возрасте (ему было лишь 19 лет) представил *Nova metodus discendae docendaeque jurisprudentiae* — проект, формирующий таблицу всех правовых систем цивилизованного мира для лучшего понимания и преподавания правовой науки. Однако он не ушел далеко вперед в своем начинании.

В Италии Вико (1668–1744), основоположник философии истории, отводил важное место сравнениям в сфере социальных институтов: несколько его книг (Новая наука, Принципы философии истории) во многих положениях совпадают с идеями Монтескье, отраженными в его Духе законов.

II. Значение Монтескье для появления науки сравнительного правоведения

7. Монтескье (1689–1755) знаком нам, прежде всего, по двум своим книгам: «Персидские письма» и «Дух законов». Этот человек, вкусивший в молодости плоды виноградников и прекрасной библиотеки замка ла Брэд, очень рано открылся миру. В суде Бордо, в котором он занимал по наследству должность «почетного председателя», судебная процедура наскучила ему, и он отказался от своей должности, едва перешагнув через тридцатилетний рубеж, однако не оказался потерянным для права, и после долгого времени, проведенного за чтением, встречами с интересными людьми и заграничными путешествиями (он путешествовал несколько раз в Италию и три года пребывал в Англии), он осветил светом своего разума туманные положения доктрин естественного права. Изящные формулировки «Духа законов» принадлежат лицу, влюбленному в игру слов, которые придают самобытный вкус страницам, явившимся плодами настоящего поиска, осуществленного для подкрепления новых, оригинальных идей.

A. Оригинальность Монтескье

Монтескье, кажется, присоединяется к универсальным тезисам школы естественного права, когда он открывает свой «Дух законов» великолепными, но обманчивыми страницами, поскольку на протяжении последующих глав он устанавливает, что законы в различных странах могут быть только разными, обусловленными объективными факторами, которые их порождают, трансформируют и уничтожают. Там, где доктора школы естественного права говорят о разуме, Монтескье говорит о климате, характере почвы, количестве жителей, расе, религии. Он предвосхищает социологию, политическую науку, сравнительное правоведение, поскольку у него различие законов одновременно воспринимается

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

А. В Германии

Философ и юрист Фейербах (1775–1833), крупный авторитет в вопросах уголовного права, воспроизводя идеи Канта об абсолютной справедливости как основании правовых институтов, считал, несмотря на это, что наши рассуждения должны направляться и корректироваться наиболее полным наблюдением над реальностью, в частности, путем сравнительного изучения правовых институтов различных стран. Ганс (1798–1839), который скорее находился под влиянием Гегеля, защищал и практиковал исследование истории права, в котором важное место отводилось использованию сравнительного метода. Юристы, более близкие к юридической практике — Захария в гражданском праве и Митермайер в уголовном праве, также говорили о важности сравнений, и в 1829 г. в сотрудничестве с зарубежными юристами они основали журнал — Журнал иностранной правовой науки и законодательства *(Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes)*. Его вдохновителем был Митермайер, обладающий энциклопедическими знаниями. Компаративисты этой группы были очень открыты, и они проявляли большой интерес к общему праву. К несчастью, журнал прекратил издаваться в 1856 г., а в 1867 г. умер Митермайер. Немецкая правовая наука в течении некоторого времени будет характеризоваться, прежде всего, национальным позитивизмом.

Б. Во Франции

Параллельно во Франции начинают развиваться первые основания сравнительно-правовой науки. Они в меньшей степени обязаны таким научным должностям, как заведующий кафедры истории и философии сравнительного законодательства, созданной в Коллеж де Франс в 1831 г., чем таким практикам, как Феликс, немец по происхождению, который в 1834 г. основал Журнал иностранного законодательства (который вскоре станет Журналом иностранного и французского законодательства, а затем Журналом французского и зарубежного права, чтобы исчезнуть по прошествии нескольких лет). Виктор Фушер опубликовал с 1833 по 1862 г. сборник зарубежных актов. Антуану де Сан-Жозеф обязаны своим появлением три интереснейших «Указателя» (Параллельные места во французском и зарубежных гражданских кодексах, 1856; Параллельные места Коммерческого кодекса Франции и зарубежных коммерческих кодексов, 1844; Параллельные места ипотечных французских и зарубежных законов, 1847). Юристы Фемиды, собравшиеся вокруг ее основателя, Атанаса Жордана, в равной степени проявляли открытость к иностранным правовым системам. Следует напомнить также, что талантливый исследователь уголовного права, Ортолан, опубликовал в 1839 и 1841 гг. курс сравнительного уголовного законодательства.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Однако эти публикации и работы являются изолированными и практически не привлекают к себе внимание правовой науки, где в то время царствуют толкование и национализм.

B. В Англии и Соединенных Штатах

Англия и Соединенные Штаты также предоставляют примеры качественных правовых работ, в которых отводилось место зарубежному праву, однако это не привело к повышенному вниманию к сравнительному правоведению в юридическом мире.

В Англии Бентам и Остин (первая половина XIX в.) часто руководствовались континентальными правовыми концепциями. Было опубликовано несколько примечательных работ по сравнительному правоведению: работа Бурга (Комментарии к колониальным и зарубежным законам, 1837), Леона Леви (Коммерческое право, его принципы и руководство, или Торговое право Великобритании в сравнении с кодексами и законами о торговле зарубежных стран, 1850–1851).

В Соединенных Штатах Кент, Стори, первые великие имена правовой американской доктрины, отводили почетное место сравнительному правоведению. Затем право Соединенных Штатов окончательно обрело свое место в рамках общего права, и к середине XIX в. интерес к зарубежному праву на короткое время ослаб, что было характерно и для Европы.

II. Развитие новой науки

A. Взлет сравнительного правоведения

10. В последней трети XIX в., по крайней мере на европейском континенте, умонастроения начинают меняться. Появилось множество новых проблем. Во Франции умирающая школа толкования испытывала огромные трудности при решении таких проблем. После своего объединения Германия разрабатывает новое законодательство. Далекая Япония вскоре повернется лицом к европейским правовым моделям.

Вообще научный подход, гипотезы ученых трансформируются: от фиксизма переходят к эволюционизму, который делает из сравнения один из основных своих методов. Сравнения проводятся во всех отраслях точных наук. Это движение используется гуманитарными науками, в том числе правом.

В 1869 г. образуется Общество сравнительного законодательства. Затем в 1880 г. бельгийцем Прансем, голландцем ван Хамелем и немцем фон Листом учреждается Международный союз уголовного права. Умножается число академических работ. Сравнительное правоведение занимает важное место при подготовке Германского гражданского уло-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

жения. Рождение сравнительного правоведения в качестве новой науки было засвидетельствовано во Франции талантливыми юристами той поры — Раймоном Салейем и Эдуардом Ламбером. По случаю Всемирной выставки, которая прошла в Париже в 1900 г., эти два юриста организовали и сделали знаменитым Международный конгресс по сравнительному правоведению — крупнейшее событие, которое официально признало новую правовую науку, придав ей вектор движения, вдохновленного верой в прогресс человечества, осуществляемый при помощи науки. Именно эта вера, разделяемая организаторами международного конгресса, и двигала их вперед.

Компаративисты, работавшие на стыке двух веков, обладали в действительности одними и теми же идеалами: они полагали, что сравнительное правоведение, производя свои изыскания и позволяя осуществлять унификацию права, может содействовать всеобщему миру и счастью людей. Они вновь обнаружили это чувство универсальности, которое характеризовало юристов школы естественного права. Однако они проявляли заботу и о методах, которые могли обеспечить сравнительному правоведению научный характер, и в этом смысле они полагали необходимым ограничить свои амбиции, исключая из поля сравнительного исследования правовые системы, слишком отличающиеся от европейских континентальных систем (многие, таким образом, выражали сомнение в отношении размещения в сравнительном поле правовых систем стран общего права и — с еще большим основанием — мусульманского права и права тех стран, которые все еще не могли считаться цивилизованными).

Б. Мировая война и сравнительное правоведение

11. Первая мировая война моментально поколебала всеобщий идеал. Но она также совпала с появлением в России государства, руководители которого использовали новую концепцию права — концепцию марксизма-ленинизма. Эти крупные события обрушили волну критики на представителей сравнительного правоведения.

Подъем и обострение национального самосознания, порожденные войной, привели некоторых юристов к констатации трудностей унификации, ее ненадежности, полезности адаптации права к характеристикам, потребностям каждого конкретного общества.

Марксисты-ленинисты, анализируя право в качестве вторичного феномена, зависящего от экономической системы, говорили, со своей стороны, о тщетности сравнительно-правовой науки.

Обсуждение этих идей принесло свою пользу, и в конечном итоге оно позволило сравнительному правоведению обрести второе дыхание.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вист проводит исследование и рассуждает иначе, чем историк, социолог или философ права.

А. Сравнительное правоведение и история права

Библиография. *Jean Hilaire*. La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et dans la formation du comparatiste: RID comp. 1998.

15. Историк сравнивает, а компаративист изучает историю (сравнение, не означает ли оно, прежде всего, воспоминание?). В таком случае можно ли говорить о самобытности сравнительного правоведения по отношению к истории права?

Некоторые разъяснения укажут нам правильный путь. Сравнительное правоведение, которое преимущественно касается действующих правовых систем, имеет привилегированные отношения с пространством, тогда как история в качестве своей главной перспективы видит время. И поскольку сравнительный метод не является чуждым историку права, его деятельность можно назвать вертикальным сравнением, которому противостоит горизонтальное сравнение компаративиста. И если даже более глубокое изучение этого вопроса приведет нас к некоторым корректировкам этих формул, действительность проведенного разграничения воспринимается большинством современных исследователей.

Сравнительное правоведение не интересуется прошлым самим по себе, оно использует его, чтобы очертить различия и сходства в том, что постигается с позиций сегодняшнего дня. Историк же ищет истину, а сравнение является для него лишь средством или вспомогательной задачей. Конечно, историки права были великими компаративистами, сегодняшние компаративисты, без сомнения, внесут свой вклад в историю завтрашнего дня. Однако значение компаративистов не заключается в скрупулезном исследовании прошлого. Компаративисты, пусть и начиная с работы историков, продолжают ее в другом духе. «Устанавливать» — это основной глагол для историка, «сравнивать» — это совершенно иное дело.

Б. Сравнительное правоведение и социология права

Библиография. *J. Carbonnier.* L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, in Livre du Centenaire de la Société de législation comparée, I, 1969.

16. Социология права, сама по себе являющаяся ответвлением общей социологии, имеет в качестве объекта изучения правовые феномены, понимаемые как разновидность социальных феноменов. Она изучает все то, что входит в предмет истории права и сравнительного правоведе-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ния. Сравнительный метод внес огромный вклад в развитие правовой социологии. Однако необходимо различать две перспективы.

Сегодня правовой социологией называют изучение правовых феноменов, при котором приоритет отдается не норме права в качестве правила, воплощающего волю государства и характеризуемого императивным характером. Правовые нормы понимаются социологией как социальные феномены со своими причинами и следствиями.

Сравнительное правоведение направлено на проведение параллелей между правовыми системами, рассматриваемыми, прежде всего, как ансамбли обязательных норм.

B. Сравнительное правоведение и философия права

17. Основания и цели сравнительного правоведения: не поглощаются ли они философией права? Взаимодействия философии права и сравнительного правоведения действительно являются важными и многочисленными (один из предвестников сравнительного правоведения, Вико, не является ли он равным образом отцом философии истории?). Тем не менее эти дисциплины отличаются друг от друга.

Сравнительное правоведение опирается, прежде всего, на системы права, на их институты: философия права отдает приоритет идеям, доктринам. Кроме того, различаются их дух и методы. Компаративист ограничивает свои ценностные суждения. Он старается понять системы и институты в их собственной логике, а если он и прибегает к оценкам, то эти оценки носят главным образом практический или технический характер.

Философия права берет на себя задачу разработать ценности права и уже в их свете разрешать вопрос об основаниях и границах полномочий государства, высказывать критические суждения о существующих позитивных институтах и обеспечивать основания для их обновления в случае необходимости. Это синтетическая дисциплина, которая стремится оценить имеющийся правовой опыт и в то же время переориентировать его.

Можно подумать, что сравнительное правоведение является хорошим вступительным курсом к изучению философии права и что последняя может предстать как логическое продолжение первого. Компаративист, со своей стороны, может также воспользоваться философией права для проведения своих исследований: так, философия права помогала крупнейшим компаративистам современности изучать социалистическую концепцию государства и права. Однако компаративист хорошо понимает, что его перспектива, его деонтология сильно изменится от его перевоплощения в философа права.

Однако позволяет ли признание самобытного научного характера сравнительного правоведения видеть в нем большее, нежели просто

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

метод, и амбициозно квалифицировать его как сравнительно-правовую науку?

II. Сравнительное правоведение: является ли оно только методом?

18. Сравнительное правоведение не является отраслью позитивного права. Схожесть обозначений: гражданское право, административное право, сравнительное право не должно обманывать того, кто обладает даже самыми элементарными знаниями правового мира. Даже после ошеломительного взлета сравнительно-правовых исследований юристы по-прежнему спорят о том, можно ли оценивать сравнительное правоведение как род знаний. Представлять его в качестве одного только метода значит поставить его в смиренное положение, которое оно в глазах некоторых и заслуживает. Возводить его в ранг науки значит придавать ему гораздо большее значение.

A. Сравнительное правоведение как метод

19. В практической перспективе сравнение правовых систем приносит определенную пользу, и поэтому сравнительное правоведение понимается некоторыми как специфический метод. Например, нам необходимо применить норму международного частного права. С этой целью мы можем сравнить соответствующие законодательства двух стран, и использование сравнительно-правового метода послужит этапом нашей работы, который позволит нам более точно ознакомиться с некоторыми элементами проблемы, нуждающейся в разрешении. Многие юристы только в этом и видят функцию сравнительного правоведения.

Даже прибегая к размышлению, возвышающемуся над повседневностью, можно видеть в сравнительном правоведении только метод. Декан Жан Карбонье, уделявший большое значение наблюдению правовых систем, всегда любил задавать вопросы сравнительному правоведению («Вопросы сравнительному правоведению» — это заглавие одного из его сообщений в Общество сравнительного законодательства), что наводит на мысль о том, что его отношения к сравнительному правоведению отмечены определенной двусмысленностью, где притяжение не исключает ни вопросов, ни сомнений. Для того чтобы представить сравнительное правоведение, он избрал такую формулировку: «Речь идет о применении сравнительного метода к правовым системам, используемым в настоящее время в различных странах».

Однако метод порождает науку. И сегодня многие полагают, что сравнительный метод, сравнительно-правовые методы создали науку сравнительного правоведения.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material cu drept de autor

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Сравнительное правоведение как наука

20. Уже в течение долгого времени существует большое количество юристов, которые представляют сравнительное правоведение в качестве вспомогательной правовой науки. Мы воспользуемся этой формулировкой, внеся в нее некоторые коррективы и сделав ее более относительной.

1. Сравнительное правоведение является одной из гуманитарных (социальных) наук

Понятие науки расширилось. Сегодня наука, по мнению большинства, — это знание, которое организует себя с целью проведения верификации и дальнейшего углубления сферы познания, обладающей определенным единством. К точным наукам присоединяются более «завуалированные» науки, гуманитарные науки (социальные науки), которые с помощью собственных методов и путем заимствования методов других наук могут собирать материалы для проверки собственных предположений, выдвинутых в целях исследования некоторых аспектов персональной и социальной жизни. Когда поле исследования обладает определенной идентичностью, говорят о науке. Нет ли здесь злоупотребления понятием науки? Этот вопрос неуместен. Организация и развитие знания происходит сегодня исходя из самых разнообразных перспектив. С появлением этих новых критериев науки сравнительное правоведение, кажется, вполне заслушивает звания гуманитарной (социальной) науки.

2. Сравнительное правоведение является одной из вспомогательных правовых наук

«Вспомогательная правовая наука»: само словосочетание является показательным. Таким образом хотят дать понять, что сравнительное правоведение обладает практическим интересом для юристов и что проведению права в жизнь способствует определенное число наук, квалифицируемых как вспомогательные правовые науки. В этом значении мы принимаем указанное обозначение.

Однако авторитетные компаративисты любят настаивать на автономии сравнительного правоведения и представлять его в качестве «чистой науки», которая развивает себя независимо от практической пользы. И правда, всякая наука обладает этим стремлением развиваться в собственных целях, пусть даже она и является «вспомогательной» для других наук или определенных искусств.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

3. Сравнительное правоведение является наукой, все еще находящейся на первых этапах своего развития

Как и другие, так называемые гуманитарные (социальные) науки, сравнительное правоведение является молодой наукой, у которой нет ни большого опыта, ни накопленной проблематики и методов (см. выше п. 130 и 377). Понятно, что на этом этапе нам все еще следует стремиться к точному определению ее предмета и места среди других отраслей знаний, которые также обладают большой значимостью для юристов.

Можно предложить следующее определение сравнительного правоведения: оно является социальной наукой, объединяющей знания и методы, которые позволяют точно проводить параллели между различными правовыми системами или некоторыми из их институтов для выявления их сходств или различий, необходимых для проведения фундаментальных исследований или совершенствования правовой политики и практики.

Можно равным образом говорить о «сравнительно-правовой науке» или, как это делает Леонтин-Жан Константинеску, о «науке о сравниваемых правовых системах» (что является наиболее точным выражением) или о «сравнительном правоведении» (наиболее распространенное выражение).

Попытка охарактеризовать сравнительное правоведение как науку приводит, таким образом, к ее представлению в качестве отрасли знания, которая объединяет познания и разрабатывает методы, необходимые для точного и эффективного проведения сравнения правовых институтов:

- Точного: это фундаментальное сравнительное правоведение.
- Точного и эффективного: это прикладное сравнительное правоведение.

Тем не менее в свете этих первых разработок становится понятным, что такое введение в сравнительное правоведение не является догматичным, что оно лишь стремится определить исходные точки опоры, обратить внимание на проблемы метода и функций сравнительного правоведения и тем самым навести молодого юриста на мысль, что по ту сторону от неудач, которые будут стоять на его пути, он испытает большое счастье, занимаясь сравнительными исследованиями в области права.

Раздел 2

ФУНКЦИИ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Библиография. *M. Ancel.* Utilité et fonctions du droit comparé. *L. Moccia.* Les bases culturelles du juriste européen: un point de vue continental: RID comp. 1997.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

21. Ученые не любят разговоров о конкретной пользе их науки, поскольку многие из них занимаются скорее фундаментальными исследованиями, чем исследованиями прикладными. Среди современных компаративистов также существуют сторонники этого чисто научного отношения к вопросу о пользе. Несколько лет назад в Италии был принят манифест, безусловно, не являющийся приговором прикладному сравнительному правоведению и поддержавший тезис о том, что сравнительное правоведение должно пользоваться вниманием научной общественности независимо от конкретных запросов.

Однако на этом дискуссия не исчерпывается, поскольку некоторые из основателей сравнительного правоведения, кажется, ориентировали свое детище на конкретные, ограниченные функции, если даже не на единственную функцию; осуществление мер по унификации права являлось в их глазах первоочередной задачей сравнительно-правовой науки.

Даже если присоединиться к положению, рассматривающему сравнительное правоведение как фундаментальную правовую науку, можно ли относиться безразлично к практическим интересам, которые оно представляет? Практические интересы дисциплины стимулируют усердие тех, кто ей служит. Придание им собственной ценности, несомненно, является хорошим педагогическим приемом.

Какие функции сегодня можно приписать сравнительному правоведению?

Можно различать внеюридические функции: ведь законы свидетельствуют о накопленном опыте, о моральном выборе нации, что приводит к использованию сравнительного правоведения философией или иной дисциплиной для целей проведения общего анализа различных обществ. В этом отношении правовые системы уподобляются языкам, религиям, литературе: они отражают определенную цивилизацию и вносят свой вклад в культуру, являясь крупными опорными точками мысли.

Тем не менее сравнительное правоведение обладает и функциями, непосредственно затрагивающими работу юристов: с одной стороны, оно обладает значительным влиянием на эволюцию национальных правовых систем; с другой стороны, первостепенной ролью в определении и использовании международного или наднационального права.

§ 1. Сравнительное правоведение как вспомогательная наука для национальных правовых систем

22. С определенным постоянством, потенциал которого, может быть, еще не достаточно реализован, сравнительное правоведение осуществляло свой вклад в формирование и трансформацию националь-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ных правовых систем. Так происходит с различными отраслями национального права, в особенности с теми из них, предмет которых включает международные отношения.

I. Разнообразие форм содействия сравнительного правоведения национальным правовым системам

A. Сравнительное правоведение и трансформация права

1. Распространение сравнительно-правовой практики для определения круга необходимых реформ и содействия их подготовке

23. Обращение к зарубежным правовым системам для обновления национального права является распространенной практикой на протяжении уже нескольких веков. В XX в. эта практика, кажется, приняла более системный характер.

Во Франции сравнительное правоведение стоит в основе многих реформ, которые были проведены с момента окончания Второй мировой войны. Среди особо значительных примеров приводят ревизию Гражданского кодекса, начавшуюся в 1964 г., реформу уголовного правосудия, появление системы контроля за конституционностью законов.

Значительная часть французского Гражданского кодекса была переработана с использованием оригинальной техники в первый период существования Пятой республики. Каждому крупному гражданскому закону неизменно предшествовали социологические и компаративистские исследования.

В уголовном праве роль сравнительного правоведения является еще более «прочной», может быть, потому, что одно из самых влиятельных направлений — «новая социальная защита» было вызвано к жизни юристами, которые начинали свой путь в рамках сравнительного правоведения, равно как и в рамках других гуманитарных наук. Что касается материального права, то с влиянием сравнительного правоведения связано новое определение уголовно-правового воздействия и модификация оснований уголовной ответственности. Что до уголовного процесса, переживающего перманентный кризис, то здесь французская мысль ищет ответа на вопрос, следует ли ей поддаваться чарам английского права или же стоит остерегаться его, взяв за руководство ясность немецкой модели — разрешить все эти вопросы может помочь, прежде всего, сравнительное правоведение.

Другая крупная эволюция, касающаяся современного французского права, — это появление конституционного контроля. Являясь полностью чуждым нашей традиции, этот институт хорошо зарекомендовал

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

себя на протяжении двух веков в Соединенных Штатах, но так же вот уже в течение нескольких десятилетий у наших соседей: в Германии и Италии. Сравнительное правоведение направляется нами, но и оно увлекает нас за собой.

2. Обязательная сравнительно-правовая работа

24. Распространение использования сравнительного правоведения можно наблюдать во многих государствах. Однако некоторые государства дошли до того, что возложили на законодателя обязательство по систематическому использованию материалов сравнительного правоведения для подготовки и успешной реализации реформ.

Так происходит в Швейцарии, где подготовке каждого федерального закона должно предшествовать сравнительно-правовое исследование правовых систем государств Евросоюза.

Еще более впечатляющий пример предоставляет нам английский законодатель, создавший Комиссию по правовым реформам, члены которой обязаны собирать информацию о зарубежных правовых системах.

Кажется, что существует тенденция к обязательному проведению сравнительно-правовой работы.

Б. Сравнительное правоведение и толкование при применении норм национальных правовых систем

25. Источники каждой существующей правовой системы таковы, что их интерпретация всегда играет большую роль в правовой системе. Сравнительное право, со своей стороны, вносит вклад в осуществление толкования.

1. Интерпретация текстов, заимствующих иностранные положения

В национальных правовых системах существуют акты, которые были «получены» или по крайней мере составлены на основе заимствования моделей, найденных в другой правовой системе или в нескольких правовых системах. Сравнительно-правовое освещение является практически незаменимым методом для их толкования (законодательная рецепция продолжается рецепцией судебной практики, понятий и доктринальных теорий).

2. Содействие сравнительного правоведения на пути преодоления неясностей и пробелов

Некоторые национальные системы имеют такую организацию, что для их применения юристы просто вынуждены систематически обращаться к использованию сравнительно-правового метода. Так обстоит дело с Соединенными Штатами и со многими другими федеративными государ-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

ным элементом и толкования обратной отсылки. Такие операции в большинстве случаев требуют проведения параллелей между двумя или тремя различными правовыми системами, и только после этого мы сможем определить применимый закон.

Применение избранного закона также требует работы компаративиста: следует получить доступ к этому закону, познать практику его применения. При помощи компаративиста в необходимых случаях осуществляется и поиск основания, оправдывающего неприменение такого закона.

2. Использование категории публичного порядка, которая корректирует нормы о разрешении конфликта законов

Если применимый иностранный закон является несовместимым с важнейшими ценностями, защищаемыми государством, правоприменитель, используя категорию публичного порядка, заменяет этот закон законом страны суда, т.е. законом государства, к которому принадлежит орган, разрешающий спор. Однако применение такой коррективы требует тонкой работы компаративиста.

Использование категории публичного порядка предполагает существование не просто какой бы то ни было разницы между иностранным законом и законом страны суда, но совершенно фундаментальных различий. Публичный порядок, таким образом, не является основанием для недоверия судьи к иностранному праву.

Судебная практика Кассационного суда Франции прекрасно иллюстрирует то, какой должна быть сравнительно-правовая работа, предшествующая вынесению решения о применении категории публичного порядка.

Б. Международное уголовное право

28. Международное уголовное право имеет целью разрешение конфликта законов в ситуации, когда вопрос уголовно-правового порядка осложнен наличием иностранного элемента. Для определения или применения коллизионной нормы права, которая позволит преодолеть данный конфликт, мы будем вынуждены во многих случаях провести сравнение национальных и зарубежных правовых положений.

Так, в определенных случаях, чтобы определить наказуемость деяния во Франции, нам необходимо будет узнать, подлежит ли оно уголовному преследованию в стране его совершения. Это касается случая совершения французом деликта в отношении иностранца, при условии, что данный деликт не посягает на безопасность государства (абз. 2 ст. 689 Уголовно-процессуального кодекса). Одним из необходимых оснований для осуществления уголовного преследования такого деликта во Франции является «двойное инкриминирование»: таким образом, возникает необходимость сослаться на зарубежный уголовный закон.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Material com direitos autorais

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

§ 2. Сравнительное правоведение как вспомогательная наука для формирования транснациональных форм права

Библиография. Bedjour et autres, La méthode de travail du juge international, Bruylant-Némésis, 1997. *Odile Debbasch.* Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international: Mélanges Boulouis. *F. Tulkens et H.-D. Bosly.* La justice pénale et l'Europe, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1996.

29. Вкладом XX в. в правовую жизнь человечества является развитие международного и наднационального права в рамках некоторых межгосударственных сообществ. В свете опыта лиц, участвующих в формировании или применении права в одном из таких сообществ, сравнительное правоведение является необходимой основой для их работы. Оно также необходимо для подготовки, освещения и применения того, что называют унифицированным правом.

I. Роль сравнительного правоведения в формировании и применении международного права

30. Проиллюстрировать важность сравнительного правоведения для каждой из отраслей международного права не составит никакого труда. Международное публичное право особенно часто прибегает к услугам сравнительного правоведения в отношении одной из наиболее перспективных его отраслей — международных аспектов уголовного права.

А. Сравнительное правоведение на службе международных организаций

31. Практически все международные организации при решении возложенных на них задач уделяют место сравнительному правоведению. Среди возможных примеров особенно выделяется тот, который обеспечивает применение ст. 38 Статута Международного суда правосудия. Этот акт практически возводит в ранг источников международного права, применяемых Международным судом правосудия, «общие правовые принципы, признанные цивилизованными народами». Из такого определения можно вывести несколько различных концепций, однако для применения любой из этих концепций нам понадобятся «услуги» сравнительного правоведения.

Б. Международные аспекты уголовного права

32. Международные аспекты уголовного права получили большое развитие: речь идет о международном правовом сотрудничестве и меж-

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Urheberrechtlich geschütztes Material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

существование европейского дуализма: Европейский союз и круг государств, подписавших основную конвенцию Совета Европы, во многом не совпадают. Однако два этих ансамбля знакомы друг с другом. В декабре 2000 г. была принята Хартия фундаментальных прав Европейского союза, которая, несмотря на наличие оригинальных черт, берет за образец Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод. Если бы Европейский союз обладал необходимой правосубъектностью, а образующие его договоры претерпели бы некоторые изменения, он, вероятно, присоединился бы к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Таким образом, мы явились свидетелями запуска механизма, силу которого еще сложно измерить. Но пока существуют различия в национальных правовых системах, именно на сравнительное правоведение возлагается задача по оказанию содействия сближению и унификации правовых институтов различных государств, решению разнообразных практических проблем.

A. Сравнительное правоведение и право Европейского союза

34. Определяя источники европейского права и задачи европейских органов, Римский договор ясно показал, что право сообщества многим обязано сравнительному правоведению: в ранг источников европейского права были возведены принципы, вытекающие из правопорядков государств-членов, в ранг задач — сближение национальных правовых систем.

При разрешении возникающих споров судьи опираются на сравнительное правоведение как на главный метод своей работы. Тем не менее суды Европейского союза могут вырабатывать и свои собственные понятия после проведения параллелей между действующими нормами государств — членов ЕС.

Расширение Европейского союза, число членов которого с 1 мая 2004 г. увеличилось до 25 и, безусловно, будет продолжать расти и в дальнейшем, имеет огромное значение для компаративистов. «Общее право» Европейского союза, каковы бы ни были его формы, будет приобретать большое значение: если Европа получит свою Конституцию, если будут учреждены новые эффективные институты, будут увеличены полномочия Европарламента, то «общее право» продолжит развитие. Во всяком случае эволюция национального права государств — членов ЕС будет осуществляться с учетом европейского ансамбля при одновременном сокращении «горизонтальных заимствований». В перспективе сравнение будет продолжено и даже увеличит свой охват, однако его характер изменится.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Б. Сравнительное правоведение и право Совета Европы: Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод и ее применение

35. Можно говорить о двух наднациональных правопорядках, которые имеют различные области применения и охвата.

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод также освещается сравнительным правоведением.

Тем не менее можно задаться вопросом о том, оживляет ли «компаративистский дух» работу судей из Страсбурга и способен ли он освещать судебную практику страсбургского суда? Точно определить методы разработки концепций и принципов, используемых этим Судом, является весьма сложной задачей, однако можно с уверенностью говорить о том, что сравнительно-правовой метод находит здесь свое оригинальное применение. Вырабатывая собственные понятия, Страсбургский суд занимается поисками параллелей между правовыми институтами государств-членов: этот подход, с одной стороны, обеспечивает его собственными концепциями и техниками, а с другой стороны, позволяет осуществлять выбор, приемлемый в государствах — участниках Конвенции. Некоторые наблюдатели полагают, что судебная практика Страсбургского суда подвергается сильнейшему воздействию со стороны национальных правовых систем, которое, однако, не подлежит количественному учету. Существует и обратный эффект, означающий влияние постановлений Европейского суда на национальное право — французские юристы постоянно испытывают ощущение этого стороннего веяния.

III. Сравнительное правоведение и унификация (сближение) правовых систем

Библиография. La Revue de droit uniforme, публикуемый УНИДРУА, позволит отслеживать большую часть того, что касается унифицированного права. Некоторые работы также обладают большим интересом: La mondialisation du droit (Travaux du CREDIMI), Litec, 2000. *René David*. The International Unification of Private Law, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. II, ch. V, 1971. *Louis Vogel*. Unifier le droit: le rêve impossible? Editions Panthéon Assas, 2001.

36. Анализировать унифицированное право очень сложно. Можно сразу же поставить вопрос о том, является ли оно «транснациональной» формой права? Мнения по поводу отношений сравнительного правоведения и унификации права сильно варьируются. В конце XIX в. связь сравнительного правоведения и унификации права была, безусловно, преувеличена. Впоследствии к возможностям унификации стали относиться с чрезмерным скепсисом.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Urheberrechtlich geschütztes Material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

вых решений (сегодня по всему миру существуют многочисленные организации по экономической и правовой интеграции, в рамках которых принимаются различные акты: конвенции, директивы, модельные законы, содействующие сокращению существующих различий, их гармонизации).

Сравнительное правоведение является одним из тех инструментов, которые стабильно используются разработчиками унифицированных актов. Его вспомогательная роль является не менее важной, поскольку после принятия акта, осуществляющего унификацию или сближение права, он нуждается в освещении и толковании.

Но каковы бы ни были успехи унификации в преодолении различий правовых систем, работа для сравнительного правоведения, рожденного из существования данных различий, всегда найдется. Ведь правовых институтов бесконечно много. Их сравнительно-правовое освещение происходит с помощью методов, которые всегда будут нуждаться в дополнении и пересмотре. Тем не менее сравнительное правоведение накопило достаточно опыта для того, чтобы четко различать с методологической точки зрения, два дополняющих друг друга подхода. Правовые институты государства и общества формируют единый ансамбль, и каждая отдельная норма, каждый конкретный институт имеет смысл только при включении в этот ансамбль. Научиться сравнивать ансамбли, т.е. правовые системы, является, таким образом, предварительным условием для проведения точного и эффективного сравнения отдельных правовых институтов, относящихся к различным правовым системам.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Приложение 2[1]

НЕБОЛЬШАЯ АНТОЛОГИЯ НОРМАТИВНЫХ АКТОВ И СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

I. Стиль законов

1. Немецкий и французский закон

Немецкий параграф (§), французская статья *(art.)* являются стандартными «элементами» содержания нормативных актов. В немецком законодательстве при использовании сокращений указание на то, какие буквы будут означать отсылку к тому или иному закону, содержится в самом тексте нормативного акта. Так, Закон о дорожном движении, выдержки из которого приведены ниже, имеет полное наименование *Straßenverkehrgesetz* от 19 декабря 1952 г. Однако сам законодатель установил, что закон может быть обозначен также аббревиатурой *StVG*.

A. В кодексах: примеры французских статей и немецких параграфов

АКТЫ, РЕГУЛИРУЮЩИЕ ГРАЖДАНСКУЮ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ, ОСНОВАННУЮ НА НАЧАЛАХ ВИНЫ

Французское право: Гражданский кодекс

Статья 1382. Любое действие человека, которое причиняет другому ущерб, обязывает того, по вине кого ущерб произошел, к его возмещению.

---

[1] В Приложении 2 перевод с английского языка выполнил преподаватель кафедры гражданского процесса УрГЮА, канд. юрид. наук, магистр права (*LL.M*, Манчестер) Котельников Андрей Геннадьевич, перевод с немецкого языка — аспирант кафедры гражданского процесса УрГЮА, магистр права (*LL.M*, Киль) Брановицкий Константин Леонидович.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Urheberrechtlich geschütztes Material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Статья 1383. Каждый несет ответственность за ущерб, который он причинил не только своим действием, но также своей небрежностью или неосторожностью.

Статья 489-2. Тот, кто под воздействием психического расстройства причинит вред другому лицу, все равно обязывается к его возмещению.

Немецкое право: ГГУ

§ 823. [Обязанность возмещения вреда]

(1) Лицо, противоправными умышленными или небрежными действиями причинившее вред жизни, телесной неприкосновенности или здоровью, посягнувшее на свободу, право собственности или иное право другого лица, обязано возместить потерпевшему понесенные вследствие этого убытки.

(2) Аналогичные обязанности несет лицо, которое нарушит закон, направленный на защиту другого лица. Если в соответствии с содержанием такого закона нарушение является возможным и при отсутствии вины, то обязанность возмещения наступает только при наличии вины.

§ 826. [Противоречащее добрым нравам умышленное причинение вреда]

Лицо, которое способом, противоречащим добрым нравам, умышленно причинит вред другому лицу, обязано возместить потерпевшему понесенные вследствие этого убытки.

§ 827. [Исключение ответственности]

Лицо, которое в бессознательном состоянии или в состоянии болезненного расстройства психической деятельности, исключающем сознательное волеизъявление, причинит вред другому лицу, не отвечает за этот вред. Если лицо само привело себя в такое состояние на определенное время вследствие употребления спиртных напитков или подобных средств, то за вред, противоправно причиненный им в этом состоянии, оно несет такую же ответственность, как если бы было виновно в нанесении вреда по небрежности. Ответственность не наступает, если лицо оказалось в таком состоянии без своей вины.

§ 828. [Несовершеннолетние]

Лицо, не достигшее семи лет, не отвечает за причинение вреда иному лицу. Лицо, достигшее семи лет и не достигшее восемнадцати лет, не отвечает за ущерб, причиненный другому лицу, если в момент совершения вредоносного акта у него отсутствовало благоразумие, необходимое для того,

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

чтобы отдавать себе отчет о своей ответственности. То же правило применяется к глухонемым.

§ 829. [Обязанность возмещения вреда по соображениям справедливости]

Лицо, которое в одном из указанных в §§ 823–826 случаев не отвечает на основании §§ 827, 828 за причиненный им вред, если возмещение вреда не может быть возложено на третье лицо, обязанное осуществлять надзор, тем не менее должно возместить вред настолько, насколько возмещение требуется по обстоятельствам дела, исходя из представлений о справедливости, в частности, из имущественного положения сторон, при условии, что оно при этом не лишится средств, необходимых ему для сохранения соответствующего его положению уровня жизни или для исполнения установленных законом обязанностей по содержанию других лиц.

Б. В специальных законах

Специальные законы, посвященные дорожно-транспортным происшествиям, являются примерами нормативных актов, в которых французский или немецкий законодатель стремятся к выведению общих формулировок. Законы, содержащие подробные перечисления, становятся все более редкими, и единственным исключением из этого правила является английский «пуантилизм».

Немецкий закон

Выдержки из немецкого Закона 1952 г. о дорожном движении (*StVG*): ответственность хранителя и водителя автомобиля

В Германии специальные нормы о возмещении вреда, причиненного дорожно-транспортным происшествием, закрепляются в Законе о дорожном движении, который был обнародован в 1952 г. и с тех пор претерпел несколько изменений. Мы приводим § 7 и 8 закона, которые устанавливают принципы, регулирующие ответственность владельца (в свою очередь, водитель, в соответствии с § 18, несет ответственность перед владельцем транспортного средства и освобождается от нее только при отсутствии вины). В отличие от французского законодательства немецкий закон устанавливает верхний предел возмещения (§ 12).

§ 7. В случае, если транспортным средством будет причинен ущерб другому транспортному средству или прицепному устройству к нему, погибнет человек, или будет причинен вред здоровью человека, а также причинен ущерб имуществу, то владелец такого транспортного средства обязан возместить возникший в связи с этим ущерб.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Возмещение ущерба исключается в случае наличия обстоятельств непреодолимой силы. В случае, если транспортное средство используется без ведома его владельца, то лицо, использующее транспортное средство, самостоятельно обязано возместить возникший ущерб. При за владельцем сохраняется обязанность возместить ущерб в случае, если транспортное средство выбыло из его владения по его собственной вине. Предложение первое не применяется в случае, если лицо работает на данном транспортном средстве, или данное транспортное средство было передано ему самим владельцем. Правила предложений первого и второго применяются также в отношении прицепного устройства.

§ 8. Положения § 7 не действуют в случае, если несчастный случай был вызван транспортным средством, средняя скорость движения которого составляет не более 20 км/ч, или в случае столкновения с прицепным устройством, если пострадавший работал на данном транспортном средстве или прицепном устройстве, или если был причинен вред имуществу, перевозимому на данном транспортном средстве или прицепном устройстве, за исключением случаев, когда вещь перевозится с собой и в его личных целях.

§ 18. В случаях, указанных в абз.1 § 7, обязанным возместить возникший ущерб в порядке §§ 8–15, является также водитель транспортного средства. Обязанность по возмещению ущерба исключается, если убытки были вызваны не по вине водителя. Положения § 16 подлежат применению.

Французский закон

Выдержки из Закона от 5 июля 1985 г. № 85-677, направленного на улучшение правового положения потерпевших в дорожно-транспортных происшествиях и ускорение процедуры возмещения (так называемый закон Бадантэр)

1. Возмещение убытков потерпевшим в дорожно-транспортных происшествиях

Статья 1

Положения настоящей главы, даже если они исключены на основании договора, применяются к потерпевшим в дорожно-транспортном происшествии, в котором участвовало наземное транспортное средство с мотором, а также его прицеп или полуприцеп, за исключением железнодорожного транспорта и трамваев, которые передвигаются по собственным путям.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

2. Английский закон

Английский закон, как свидетельствуют приведенные ниже примеры, идентифицируется по заглавию и году своего обнародования. Он делится на разделы, которые соответствуют французским статьям и немецким параграфам. В свою очередь, раздел может состоять из нескольких подразделов.

Первый пример: Закон «О несчастных случаях со смертельным исходом» 1976 г.»

(Он был изменен в 1982 г. Мы приведем несколько ключевых разделов.)

1. Право на предъявление иска в связи с неправомерным деянием, повлекшим смерть

(1) Если смерть причинена вследствие какого-либо неправомерного деяния, небрежности или бездействия, которые сами по себе (если их результатом не стала бы смерть потерпевшего) явились бы основанием для предъявления потерпевшим иска и взыскания в его пользу компенсации причиненного вреда, лицо, которое было бы ответчиком по такому иску, отвечает по иску о взыскании компенсации независимо от того, что потерпевший скончался.

(2) С учетом правил, установленных в ст. 1 (А) настоящего Закона, такой иск должен предъявляться в интересах лиц, являвшихся материально зависимыми от потерпевшего, которому была причинена смерть (умершего).

(3) Для целей настоящего Закона «материально зависимое лицо» означает следующих лиц:

a) супругу или супруга, либо бывшую супругу или бывшего супруга умершего;
b) любое лицо, которое:
   i) проживало вместе с умершим в одном жилище непосредственно перед днем смерти последнего;
   ii) проживало вместе с умершим в одном жилище не менее двух лет до указанной даты и
   iii) весь указанный период проживало с умершим как его супруга или супруг;
c) любого из родителей или иных родственников умершего по восходящей линии;
d) любое лицо, к которому умерший относился как к своему родителю;
e) любого из детей или иных родственников умершего по нисходящей линии;

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

f) любое лицо (не являющееся ребенком умершего), к которому во время брака, в котором умерший состоял в любое время, он относился как к ребенку семьи по отношению к этому браку;

g) любое лицо, являющееся братом, сестрой, дядей или тетей умершего, либо их родственником по прямой нисходящей линии;

(4) Ссылка на бывшую супругу или супруга умершего в п. 3 (a) настоящей статьи включает ссылку на лицо, чей брак с умершим был расторгнут или признан недействительным, равным образом как и лицо, чей брак с умершим прекратился вследствие развода.

(5) При определении наличия отношений, указанных в п. 3 настоящей статьи,

a) любое отношение свойства должно рассматриваться как отношение кровного родства, любое отношение единокровия (родства по одному из родителей) — как отношение полного родства, приемный ребенок умершего должен рассматриваться как его родной ребенок, и

b) незаконнорожденный ребенок должен рассматриваться как законный ребенок его матери и предполагаемого отца.

(6) Понятие вреда для целей настоящего Закона включает в себя любое заболевание или любое ухудшение физического или морального состояния человека.

1A. Тяжелая утрата

1) Иск, предъявляемый в соответствии с настоящим Законом, может состоять из требования, либо включать в себя требование о компенсации за тяжелую утрату.

2) Требование о компенсации за тяжелую утрату может быть заявлено исключительно в интересах:

a) супруги или супруга умершего; или

b) если умерший являлся несовершеннолетним, никогда не состоявшим в браке:

i) его родителей, если он был законнорожденным, и

ii) его матери, если он был незаконнорожденным.

3) С учетом правила, установленного в п. 5 настоящей статьи, сумма, подлежащая присуждению в качестве компенсации в соответствии с настоящей статьей, устанавливается в размере £ 7500.

4) В случае, если требование в соответствии с настоящей статьей предъявлено в интересах обоих родителей умершего, присужденная сумма распределяется между ними в равных долях (за вычетом понесенных расходов, которые не были взысканы с ответчика).

5) Лорд-канцлер вправе свом постановлением, которое может быть отменено решением любой из палат Парламента, внести изменения в

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Bahan dengan hak cipta

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

настоящую статью путем изменения суммы, указанной в п. 3 настоящей статьи.

2. Лица, обладающие правом на предъявление иска

1) Иск должен предъявляться от имени исполнителя завещания или администратора наследства умершего.

2) Если:

a) исполнитель завещания или администратор наследства не назначен, или

b) в течение шести месяцев со дня смерти умершего исполнителем завещания или администратором наследства иск не предъявлен,

требования могут быть заявлены всеми или любым из лиц, в чьих интересах такой иск мог быть предъявлен исполнителем завещания или администратором наследства.

3) Предъявление более чем одного иска с одним и тем же предметом не допускается.

4) Истец обязан предоставить ответчику или его солиситору полные данные о лице, в интересах и по поручению которого предъявлен иск, и о существе требования, в связи с которым предъявлен иск о компенсации вреда.

3. Определение размера компенсации

1) Компенсация по иску, предъявленному в соответствии с настоящим Законом, кроме компенсации за тяжелую утрату, может быть присуждена пропорционально ущербу, который повлекла за собой смерть потерпевшего для каждого из его материально зависимых лиц.

2) За вычетом понесенных расходов, которые не были взысканы с ответчика, сумма, взысканная в качестве компенсации (кроме компенсации за тяжелую утрату), подлежит распределению между материально зависимыми лицами умершего в долях, определяемых судом.

3) При определении размера компенсации, подлежащей выплате вдове по иску, предъявленному в соответствии с настоящим Законом в связи со смертью ее мужа, повторный брак вдовы или перспективы ее вступления в повторный брак во внимание не принимаются.

4) При определении размера компенсации, подлежащей выплате материально зависимому лицу, указанному в п. (3) (b) ст. 1 настоящего Закона, в связи со смертью лица, с которым это материально зависимое лицо проживало как его супруга или супруг, судом принимается во внимание (наряду с любыми другими обстоятельствами, имеющими значение для рассмотрения дела) факт отсутствия у материально зависимого лица законного права на получение материальной поддержки от умершего в связи с их совместным проживанием.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

5) Если материально зависимые лица понесли расходы на погребение умершего, эти расходы могут быть учтены при определении размера подлежащей выплате им компенсации.

6) Денежные средства, уплачиваемые для обращения в суд с иском согласно настоящему Закону, могут быть уплачены одной суммой, без указания долей отдельных лиц.

4. Определение размера компенсации: непринятие во внимание пособий

При определении размера компенсации по иску, предъявляемому в соответствии с настоящим Законом, пособия, которые начислены, будут либо могут быть начислены любому лицу за счет наследственного имущества либо за счет иных источников в связи со смертью потерпевшего, во внимание не принимаются.

5. Встречная неосторожность

Если смерть потерпевшего наступила частично по его вине и частично по вине другого лица или лиц, и если при предъявлении соответствующего иска в интересах наследственного имущества на основании Закона «О правовой реформе (Различные положения)» 1934 г. подлежащая выплате компенсация подлежала бы уменьшению в соответствии с п. 1 ст. 1 Закона «О правовой реформе (Встречная неосторожность)» 1945 г., размер компенсации по иску, предъявляемому в соответствии с настоящим Законом, подлежит уменьшению в соответствующей пропорции.

Второй пример: Закон «О краже» 1968 г.

Во французском праве определение кражи отличается своей лаконичностью. Формулировка Уголовного кодекса 1810 г. (ст. 379: тот, кто обманным путем похищает вещь, принадлежащую другому лицу, обвиняется в краже) была практически дословно воспроизведена в новом Уголовном кодексе:

Статья 311-1: Кража — это хищение вещи другого лица, совершенное обманным путем.

Этот пример отчетливо демонстрирует разницу между английской и французской манерой. В то же время стоить отметить и то, что сегодня мы обнаруживаем все большее количество французских законов, редакция которых сближается с английской манерой.

Закон «О краже» 1968 г.

(Закон претерпел несколько изменений. Мы приводим его разделы, которые уточняют понятие кражи.)

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

1. Общее определение кражи

(1) Лицо виновно в краже, если оно бесчестно присваивает имущество, принадлежащее другому, с намерением навсегда лишить его этого имущества; понятия «вор» и «красть» должны толковаться соответственно.

(2) Не имеет значения, было ли совершено присвоение имущества с намерением получить от него выгоду в последующем либо для непосредственного пользования вора.

(3) Пять последующих статей настоящего Закона применяются в целях толкования и применения настоящей статьи (и, если иное не предусмотрено настоящим Законом, применимы только для целей настоящей статьи).

2. Бесчестно

(1) Присвоение имущества, принадлежащего другому, не может рассматриваться как бесчестное; (двоеточие)

(a) если лицо присваивает имущество, полагая, что оно в силу закона имеет право лишить другого этого имущества в собственных интересах или в интересах другого лица; или

(b) если лицо присваивает имущество другого, полагая, что это другое лицо дало бы свое согласие, если ему было бы известно о таком присвоении или его обстоятельствах; или

(c) (за исключением случаев, когда имущество было получено им в качестве управляющего наследственным имуществом или доверительного собственника) если лицо присваивает имущество другого, полагая, что лицо, которому принадлежит это имущество, не может быть обнаружено при принятии к тому разумных мер.

(2) Присвоение лицом имущества, принадлежащего другому, может быть бесчестным несмотря на его желание заплатить за это имущество.

3. Присваивает

(1) Любое принятие на себя прав собственника является присвоением, что включает в себя случаи, когда лицо (виновно или невиновно) приобретает имущество, не совершая кражи и впоследствии принимает на себя права собственника, не возвращая имущество или распоряжаясь им как своим собственным.

(2) В случае, если имущество или имущественное право возмездно передано или передается лицу, действующему добросовестно, принятие им на себя прав, которые оно считает переданными ему, не должно рассматриваться как кража по причине отсутствия прав у передающего лица.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

4. Имущество

(1) Имущество включает в себя деньги и любое другое имущество, движимое и недвижимое, в том числе права требования и иное нематериальное имущество.

(2) Кража не может быть совершена в отношении земли или предметов, составляющих часть земли и отделенных от нее самим лицом либо по его указанию, за исключением следующих случаев:

(a) когда лицо является доверительным собственником или управляющим наследственным имуществом, либо уполномочено по доверенности или в качестве ликвидатора компании, либо уполномочено иным образом продавать или иными способами отчуждать землю, принадлежащую другому, и это лицо присваивает землю или предметы, составляющие часть земли, распоряжаясь ими в нарушение оказанного ему доверия; или

(b) когда лицо, не владея землей, присваивает имущество, составляющее часть земли, отделяя его или создавая условия для его отделения, либо присваивает его после того, как оно было отделено; или

(c) когда лицо, владея землей на праве аренды, присваивает полностью или в части какое-либо приспособление или сооружение, переданное ему в аренду и предназначенное для использования на этой земле.

Для целей настоящего пункта понятие «земля» не включает в себя нематериальные наследуемые вещные права; понятие «аренда» означает как аренду на срок более года, так и аренду на меньший срок и подразумевает наличие соглашения о передаче в аренду, однако лицо, которое после окончания срока аренды остается владельцем земли как арендатор в силу закона, должно рассматриваться как владеющее ею на праве аренды; понятие «передать в аренду» должно толковаться соответственно.

(3) Лицо, которое собирает дикорастущие грибы или которое срывает дикорастущие цветы, фрукты или листья с растения, растущего на любой земле, не совершает тем самым кражи (хотя и не является владельцем земли) при условии, что данные действия не совершаются за плату, для дальнейшей продажи либо с иной коммерческой целью.

Для целей настоящего пункта понятие «гриб» включает в себя грибы любого вида, и понятие «растение» включает в себя любое дерево или кустарник.

(4) Дикие животные, прирученные и не прирученные, должны рассматриваться как имущество; однако нельзя украсть дикое животное, которое не приручено и не содержится обычно в неволе (указанное применяется также к туше такого животного); это правило не применяется, когда на такое животное были приобретены права владения другим лицом либо по поручению другого лица, такое владение с тех пор не было утрачено, и владелец

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

незаконно) расстается с этим имуществом, намереваясь вернуть его, хотя оно может оказаться не в состоянии выполнить это намерение, это (если сделано в личных целях и без согласия владельца) приравнивается к распоряжению имуществом как своим собственным, невзирая на права другого.

3. Важность сравнения «буквы» законов

Два примера

Первый пример: Виновная ответственность: ст. 1382 и 1383 французского Гражданского кодекса и ст. 2043 Гражданского кодекса Италии

Французский кодекс	Итальянский кодекс
Ст. 1382 Любое действие человека, которое причиняет другому ущерб, обязывает того, по вине кого ущерб произошел, к его возмещению. **Ст. 1383** Каждый несет ответственность за ущерб, который он причинил не только своим действием, но также своей небрежностью или неосторожностью.	**Ст. 2043 Возмещение убытков, причиненных незаконными действиями** Каждое действие, умышленное или неумышленное, причинившее неправомерный вред другому лицу, обязывает причинителя вреда к его возмещению.

Статья 2043 Гражданского кодекса Италии, кажется, представляет собой синтез ст. 1382 и 1383 французского Гражданского кодекса. Тем не менее присутствие в итальянском тексте прилагательного *ingiusto* (неправомерный) позволяет говорить о его сближении с немецким правом.

Второй пример: последствия неполного заимствования ст. 1384 Гражданского кодекса Франции статьями Гражданского кодекса Испании

Испанский гражданский кодекс вступил в силу 1 мая 1889 г. Что касается института ответственности, то его содержание практически полностью копирует соответствующие положения Гражданского кодекса Франции. Тем не менее имеется и «небольшое» отличие, которое приобретет решающее значение: ст. 1903 испанского кодекса, вдохновленная ст. 1384 французского акта, отказывается от заимствования абз. 1 этой статьи (в то время полагали, что этот абзац имеет лишь техническое значение). Последующая эволюция права, осуществленная по преимуществу судебной практикой, оказалась совершенно различной во Франции и Испании: французский Кассационный суд на основании абз. 1 ст. 1384 обосновал существование общего принципа ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности (см. выше п. 483), Верховный суд Испании в постановлении от 10 июля 1943 г. допустил, что само по себе причинение вреда может свидетельствовать о вероятности виновного поведения, что облегчает, перекладывая бремя доказывания, возмещение убытков, причиненных в результате аварии. Однако испанским судом была использована совершенно иная аргументация.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

не могло освободить Тюрпана, являющегося историком, от обязательства возместить ущерб, вытекающий из вменяемого ему бездействия, только на том основании, что таковым было «его мнение, может быть, ошибочное, но представляющееся искренним». — Принимая во внимание, что судья для разумного определения ответственности, вменяемой на этом основании причинителю вреда, не должен был ограничиваться принятием в расчет исключительно мнения Тюрпана, хотя само обжалуемое постановление указывает, что, «возможно, он уступил этому мнению из честолюбия, с желанием, — которое суд Пуатье несправедливо провозгласил извинительным, — придать большее значение собственным опытам», что суд должен был установить, действовал ли Тюрпан при написании истории беспроводного телеграфа, в которой он сознательно не упомянул работы и имя Эдуарда Бранли, в качестве осмотрительного и рассудительного историка, осознающего возлагаемый на него долг быть объективным, и что, не сделав этого, судьи апелляционного суда вынесли постановление, которому не достает законного основания. — На основании этих аргументов и не видя необходимости в исследовании второго довода, суд отменяет обжалуемое постановление и возвращает дело в апелляционный суд города Бордо.

Германия

Первая гражданская палата. Постановление от 25 мая 1954 г. по делу
Dr. M. c. Dr. W. Verglas GmbH

Речь идет о постановлении, которое начало расширять сферу применения виновной ответственности за пределы буквального толкования § 823 ГГУ, опираясь на конституционное признание некоторых прав (здесь это будет право личности на уважение ее достоинства).

Приведенный здесь отрывок из текста постановления прекрасно демонстрирует немецкую манеру аргументации судебных решений верховных судебных органов, которая разительно отличается от лаконизма постановлений французского Кассационного суда. Для немецких юристов судебное решение, которое охватывает шесть листов сборника судебных постановлений, скорее относится к небольшим постановлениям.

Выдержки из Постановления

После того как Основной Закон ФРГ признал право каждого на уважение своего достоинства и на свободное развитие своей личности в той мере, в какой это не нарушает прав других или не посягает на конституционный строй или нравственные нормы, общее право личности должно рассматриваться как конституционно гарантированное основное право. Не представляется необходимым более пристальное рассмотрение вопроса о том, должно ли в принципе ограничиваться и в какой степени с

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

рожности при изготовлении или упаковке товаров приведет к причинению вреда жизни или имуществу потребителей, лежит обязанность перед потребителями соблюдать разумную осторожность.

Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности

На своем участке лицо, действуя невиновно, собирает воду в специальный резервуар. Вылившись из этого резервуара, вода причиняет вред подземной галерее, которая принадлежала другому лицу. Подлежит ли вред возмещению?

Правило Rylands v. Fletcher
Судья Блэкбурн (1886) L R 1 EX 265, pp. 279–280.

По нашему мнению, подлинный смысл закона заключается в том, что лицо, которое для своих личных целей приносит на свою землю, собирает и хранит на ней что-либо способное причинить вред, если оно выйдет из-под контроля, обязан не допускать этого на свой риск, и если данное лицо не сумело этого сделать, это лицо, при отсутствии доказательств в пользу противного, ответственно за все убытки, которые являются естественным следствием такого выхода из-под контроля.

Лорд Кранворт H. L.

Я согласен с моим благородным и ученым другом в том, что закон был верно сформулирован судьей Блэкбурном при вынесении решения Казначейской палаты. Если лицо приносит или хранит на своей земле что-либо способное, если оно выйдет из-под контроля, причинить вред его соседу, он делает это на свой риск. Если такой выход из-под контроля произошел и вред причинен, он ответственен за его возмещение, независимо от того, насколько осторожен он был и какие предосторожности он предпринимал для предотвращения вреда.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы
Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Научное издание

Леже Раймон

ВЕЛИКИЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОСТИ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПОДХОД

3-е издание, переработанное

Перевод с французского

Редактор И.А. Бусыгина
Верстка А.Ю. Камынина, А.В. Плотников
Корректор Т.Г. Фролова
Ответственная за выпуск И.А. Бусыгина

Подписано в печать 30.06.2010
Формат 60x90/16
Гарнитура Octava
Усл. печ. л. 36,0
Уч.-изд. л. 30,9
Тираж 1000 экз.
Заказ №

Санитарно-эпидемиологическое заключение № 77.99.60.953.Д.006911.04.10
о соответствии издания ОСТ 29.124-94 от 29.04.2010 г.

ООО «Волтерс Клувер»
129085, Москва, Мира пр-т, 105, офис 4-6
Тел.: +7 (495) 721-89-51/52/53; 682-61-81
Факс: +7 (495) 721-89-54; 682-61-81
E-mail: office@wolters-kluwer.ru
Website: www.wolters-kluwer.ru

Книги издательства можно заказать по тел.: 8-800-200-6789
(круглосуточно; междугородный звонок бесплатно)

ПОЛЬЗОВАТЕЛЬ ParaType In Legal Use
Использованы лицензионные шрифты фирмы «ParaType»

Отпечатано в ОАО «Можайский полиграфический комбинат».
143200, г. Можайск, ул. Мира, 93.

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы

Copyrighted material

Вернуться в каталог книг по общим проблемам права
https://право.информ2000.рф/pravo/pravo.htm

Раймон Леже

ВЕЛИКИЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННОСТИ

Российскому и советскому читателю хорошо известна книга Рене Давида «Основные правовые системы современности», которая, пожалуй, впервые в ту эпоху открыла для нас горизонты и положила начало, как писал в предисловии к ней профессор В.А. Туманов, «комплексному изучению правовой карты современного мира».

Представленная Вашему вниманию книга профессора Раймона Леже тоже написана в русле сравнительного правоведения и дает новое видение правовой карты нашей планеты, основанное на современных реалиях, существующих после падения Берлинской стены и распада Советского Союза, развития правовых систем различных групп стран во всех частях нашего мира.

В третьем издании актуализирован материал, содержащийся в двух предыдущих, с учетом всех текущих изменений законодательства, в частности правовых систем Англии и Франции, которые претерпели существенные изменения за последние два года.

ISBN 978-5-466-00663-6

9 785466 006636

www.wolters-kluwer.ru

https://право.информ2000.рф
Бесплатная электронная библиотека по экономике и праву: книги, диссертации, дипломы

Copyrighted material