

ТЕМА 2 :«Гражданское законодательство»

1. Понятие гражданского законодательства
2. Источники гражданского законодательства
3. Принципы гражданского законодательства

Под гражданским законодательством понимается совокупность нормативных актов, регулирующих общественные отношения, составляющие предмет гражданского права. Если гражданское право представляет собою совокупность норм, то гражданское законодательство составляют акты, содержащие эти нормы, нормы находят в актах свое документальное выражение. Поскольку из актов мы узнаем о содержании норм, то их нередко называют источниками права. Вследствие этого гражданское право и гражданское законодательство тесно связаны между собою. Однако нормативные акты могут содержать в себе нормы различных отраслей права, и нормы одной и той же отрасли содержатся в разных актах. При таких условиях для удобства пользования и решения иных задач нормативные акты систематизируются по различным признакам. В результате система гражданского права и система законодательства не совпадают. До недавнего времени словом «законодательство» охватывались все нормативные акты. Теперь ст. 2 ГК называет им только законы, а другие - «иные акты». К ним относятся указы Президента, постановления Правительства, нормативные акты органов исполнительной власти. Все они не должны противоречить законам; в случае такого противоречия применяется закон, а не противоречащий ему акт. Источниками гражданского права могут быть обычаи делового оборота. Под ними следует понимать не предусмотренные законодательством или договором, несложившиеся, то есть достаточно определенные в своем содержании, широко применяемые в какой-либо области предпринимательской деятельности правила поведения, например, традиции исполнения тех или иных обязательств и т. п. Обычай делового оборота может быть применен независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен во вступившем в законную силу решении суда по

конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т. д. Значение судебной и арбитражной практики состоит в том, что она дает возможность выработать единообразное понимание и применение нормативных актов. Акты органов суда и арбитража по конкретным делам обязательны, но, будучи актами конкретными, не носят общего, нормативного характера как источники права". Судебная практика. Во-первых, говорят, будто бы Верховные суды не могут осуществлять правотворчества, но официального указания на этот счет нет, в законе не говорится, какие акты являются нормативными, какие не являются. Часто ссылаются на Конституции, однако закону подчиняются не только судьи, но и все органы государственной власти и управления, нормативные акты которых всеми признаются источниками права. Применяют закон тоже не только суды, но и множество органов, бесспорно занимающихся нормотворческой деятельностью. Во-вторых, в этом оспаривании нередко смешиваются две стороны вопроса: сущее и должное. Можно спорить о том, должны ли высшие судебные и арбитражные органы издавать нормативные акты. На наш взгляд - должны, как и любые другие центральные ведомственные органы, без этого обойтись невозможно. Но в любом случае нельзя отрицать тот очевидный факт, что в постановлениях высших судебных органов содержатся определенные правила поведения, обязательные для всех и представляющие собою не только толкование, но и явное восполнение закона. Члены Верховного суда полагают, что они не вправе издавать правовые нормы, но признают, что некоторые разъяснения воспринимаются как таковые". Суды требуют применения постановлений Пленумов так же, как и применения законов.

Особенно часто приходится обращать внимание на действие законов во времени при рассмотрении практическими органами дел о наследовании, по которым необходимо иметь в виду, что круг наследников, порядок, сроки принятия наследства и состав наследственного имущества определяются, исходя из норм закона, действовавшего на день открытия наследства, а не на момент рассмотрения дела.

Гражданские законы применяются одинаково к гражданам и юридическим лицам, поскольку из этих законов не вытекает различий.

Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются гражданской правоспособностью наравне с гражданами.

Применению законов всегда предшествует уяснение, а иногда и разъяснение их содержания, охватываемые обычно понятием толкования.

Отправившись в тернистый путь по изучению источников гражданского права, кто Вы ни были, студент, абитуриент, поставьте, перед собой вопрос:

«Что есть – источник гражданского права, его значение?».

Термин «источник права» широко используется в учебной и научной юридической литературе. Он пришел в отечественное правоведение из римского права. Способы внешнего выражения правовых норм обычно называются формами или источниками права. Как известно из теории права и государства, имеются различные подходы к определению формы (источника) права, их видов в зависимости от устоявшейся правовой доктрины в данном государстве. Одной из причин существования данной проблемы является многозначность и нечеткость понятия «источник права». Источник права – это не более чем образ, который «... скорее должен помочь пониманию, чем дать понимание того, что обозначается этим выражением»¹².

Ранее в праве под источниками права наиболее часто понимали формы выражения положительного права. В современной юридической науке под источниками гражданского права обычно понимают систему его внешних форм, в которых содержатся гражданско-правовые нормы или форму установления и выражения правовых норм.

Различные подходы к понятию «источник права» обусловлены наличием более общей проблемы – определением понятия права вообще. В таком поиске существует две основных точки зрения. Можно искать в определении права его характеристику как социального регулятора, его место в жизни общества и государства. Исходя из такого понимания, право признается либо средством классового господства, средством принуждения и подавления, либо средством

социального компромисса. Другая точка зрения и соответствующий подход носят институционный характер.

Обращая внимание на институционный подход, кратко остановимся на истории вопроса. Вопрос об определении понятия права был поставлен в качестве основного на Первом Всесоюзном совещании по вопросам науки советского права и государства, которое состоялось в июле 1938 г. в г. Москве. Совещанию была предложена следующая формулировка: «Право – совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил поведения, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу». Эта формулировка стала отправной точкой для дальнейшего развития юридической науки и практики на многие десятилетия.

Таким образом, теоретики и отраслевики закладывают основы для широкого понимания права (А.Д. Керимов, Г.В. Мальцев, Л.С. Мамут, В.М.Савицкий, М.С. Строгович, И.Л. Петрухин, В.А. Туманов и другие). Как правильно заметил Р.З. Лившиц: «Идея – только пожелание, норма – лист бумаги. А неотъемлемая часть права, его источник и цель – общественные отношения».

Именно общественные отношения – это та питательная среда, «бульон», где рождаются (фактически, а не формально юридически), развиваются, получают конкретное наполнение и умирают правовые нормы. Отсутствие эволюции, естественного и непротиворечивого пути развития правовых норм, институтов и самих общественных отношений через опосредование их нормами права свидетельствует, как правило, об искусственности, нежизнеспособности системы.

В связи с отмеченным возникают такие самостоятельные проблемы, как:

наличие правовых и неправовых законов; механизм и последствия

признания закона неправовым.

Признание правовой доктриной и базовыми законодательными актами приоритета общечеловеческих ценностей свидетельствует о признании того факта, что право в современных реалиях – это инструмент социального компромисса. Другое дело, насколько простым или сложным представляется данный инструмент и в чьих руках он таковым может быть, чтобы его возможности могли быть использованы с наибольшим коэффициентом полезного действия. Обостряются вновь проблемы взаимосвязи формы и содержания правовых норм в условиях ослабления директивной роли государства, развития самоуправления. Поэтому не случайно именно в рамках цивилистической науки (гражданского права и гражданского процесса) возрождаются инструменты, роль которых в советском правопорядке была сведена к минимуму.

Несмотря на имеющиеся подходы и нерешенные проблемы, господствующей формой (источником) права являются нормативные акты, среди которых приоритетное место занимают законы как акты высшей юридической силы. В гражданско-правовой сфере они традиционно охватываются понятием гражданского законодательства.

Что же мы будем понимать под такой категорией, как «гражданское законодательство»? ГК 1964 г. характеризовал соответствующее понятие с точки зрения его предмета – круга регулируемых общественных отношений. Имеющиеся подходы ученых давали основания для довольно вольного представления о составе гражданского законодательства (гражданского права). Таким образом, единственным обязательным признаком принятых на разном уровне актов, необходимых для их включения в состав «гражданского законодательства», признавался нормативный характер.

Однако к восьмидесятым годам XX века стала утверждаться точка зрения о целесообразности четкого разграничения исследуемых категорий, что нашло отражение и в нормотворческой практике. Стали руководствоваться следующим правилом: если закон предусматривал понятие «законодательного

акта», то это означало решение соответствующего вопроса непременно в законе или приравненном в нем акте. Под «актами законодательства» подразумевались подзаконные акты.

Таким образом, законодательные акты вместе с актами законодательства в сумме составляли законодательство как таковое. Однако полной ясности в вопросах о пределах нормотворческой компетенции вообще и применительно к сфере гражданско-правового регулирования не существовало.

Новый ГК, как отмечалось, посвятил понятию «гражданское законодательство» специальную статью. В частности ГК предусматривает, что «гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных законов». На первый взгляд, данная норма не имеет оснований для «разночтений».

В связи с отмеченным, принято в настоящее время различать понятие «законодательство» в широком (законы и иные нормативные акты и узком (только законы) понимании. При этом в науке гражданского права обычно придерживаются узкого понимания термина «законодательство» (совокупность законов). Обращает на себя внимание и тот факт, что ГК использует термин «законодательство» главным образом в первой главе. В дальнейшем в ГК вид акта в той или иной степени конкретизируется. Так, при регулировании договоров соответствующие статьи ГК обычно содержат отсылки либо к закону, либо к закону и иным правовым актам.

Как известно, гражданское право регулирует (предоставляет свой богатый правовой инструментарий) весьма сложные общественные отношения с различной степенью «вмешательства». Поэтому в правовом регулировании отдельных общественных отношений сохраняют свое значение обычаи и обыкновения. Не случайно пишут, что в ситуации существования многочисленных пробелов в законодательстве особого рассмотрения заслуживают ненормативные источники права. Гражданские правоотношения настолько многообразны, что законодатель не может все их предусмотреть в нормативных актах, поэтому часть общественных отношений регулируется

сложившимися обычаями, обыкновениями.

Обычай – это правило поведения, основанное на длительности и многократности его применения. Авторитет обычая опирается на известную формулу: «Так поступали все и всегда».

Обычаи широко распространены во многих сферах человеческой деятельности, включая и сферы, охватываемые правом (законодательством). В последнем случае речь идет о правовом обычае.

Особенностью правового обычая является то обстоятельство, что он приобретает свою силу и особую значимость с санкции государства. Предметом такой санкции служит не сам обычай как конкретное правило поведения, а возможность его использования для решения возникающих вопросов в установленном порядке. Связь закона с правовым обычаем заключается в следующем. Закон санкционирует применение обычая, в связи с чем обычай именуется правовым (в отличие от обычая как родового понятия). Правовой обычай действует до тех пор, пока не будет отменен санкционирующий использование такого источника закон.

Следует также учитывать, что несмотря на то, что возможность использования обычая создается законом, правовой обычай не становится законом. Действие правового обычая ограничивается восполнением лакун, не выраженных ни в законе, ни в договоре.

В настоящее время, законодатель прямо выделил только обычаи делового оборота, применяемые исключительно в сфере предпринимательских отношений.

Понятие обычаев делового оборота впервые в современном гражданском праве дается в ст. 10 ГК. Имеются в виду сложившиеся и широко применяемые в какой-либо области предпринимательской деятельности правила поведения. Это определение примерно соответствует традиционному пониманию торговых обыкновений (обычаев) цивилистами Российской империи¹³.

Для признания их таковыми необходимы следующие условия: правило поведения должно быть сложившимся, т.е. достаточно постоянным и

определенным в своем содержании; оно должно применяться широко, а не иметь узкоспециальный частный характер; сфера применения ограничена предпринимательскими отношениями; оно должно быть не предусмотрено законодательством.

Форма обычая делового оборота (фиксация в документе) значения не имеет, хотя часто такие документы существуют. По очередности применения обычаи делового оборота стоят после нормативных актов и международных договоров. Порядок их применения освещен во многих статьях ГК и других актах.

Из анализа ст. 10 и 11 ГК следует, что обычаи делового оборота применяются при обнаружении в гражданском законодательстве пробела, который не восполняется соглашением сторон. Обычаи традиционно отличаются от обыкновений.

Обыкновение – это сложившееся правило, которым прямо согласились руководствоваться стороны, в силу чего данное правило приобрело юридическое значение.

В основе обыкновений лежат общепризнанные обычаи. Их особенностью является то, что они не санкционированы законом (в отличие от правовых обычаев).

Таким образом, и правовой обычай, и обыкновение выступают как средства восполнения пробелов, но различаются тем, что в первом случае это делается с санкции законодателя, а во втором – независимо от такого санкционирования¹⁴.

От обыкновений отличается заведенный порядок.

Заведенный порядок – это правило, применимое сторонами, в основе которого лежит ранее сложившаяся практика взаимоотношений, подразумеваемая сторонами в силу отсутствия каких-либо возражений сторон по этому поводу.

Обыкновения и заведенный порядок не являются источниками права исходя из понимания источника как формы выражения общеобязательных

правовых норм, однако учитываются и в правоприменительной и в судебной практике.

В некоторых правовых системах современности роль источника права выполняет судебный прецедент.

Длительное время в юридической литературе идут дискуссии по вопросу возможности признания источником права прецедента, судебной практики.

В понятие судебной практики входят постановления судов общей юрисдикции и арбитражных судов (судебные прецеденты), а также постановления Пленумов Верховного Суда. Судебные решения по конкретному делу являются обязательными для всех лиц, участвующих в данном деле, для учреждений и организаций, должностных лиц и граждан, подлежат обязательному исполнению на всей территории страны. Постановления судебных пленумов обязательны для соответствующих органов суда и арбитражного суда в смысле понимания и истолкования закона.

Гражданско-правовые нормативные акты, охватываемые понятием гражданского законодательства, составляют определенную систему, построенную по иерархическому принципу. Содержание этой системы определено законодателем.

По своей юридической силе гражданско-правовые акты делят на три группы: обладающие высшей юридической силой законы; носящие подзаконный характер указы Президента и постановления правительства; нормативные правовые акты иных органов исполнительной власти.

Акты первой группы, как отмечалось, охватываются понятием гражданского законодательства. Акты второй группы охватываются понятием «иные правовые акты». Акты третьей группы составляют понятие «нормативные правовые акты органов исполнительной власти».

Данное деление подчеркивает различие в юридической силе гражданско-правовых актов и устанавливает ограничения по подзаконному нормотворчеству в сфере гражданского права. Так, если ГК предусматривает возможность решения вопроса «законом» или «законодательством», то это

означает возможность конкретизации, установления особенностей, изъятий только посредством норм законов.

Основным законом является Конституция, которая закрепила основы различных отраслей права, в том числе и гражданского права.

Таким образом, основополагающее значение для гражданско-правового регулирования имеют конституционные нормы, определяющие формы и содержание права собственности, параметры правоспособности граждан.

Гражданские законы как основная группа источников отечественного гражданского права представляют собой систему нормативных актов, состоящую из Гражданского кодекса и принятых в соответствии с ним иных законов, регулирующих гражданско-правовые отношения.

Центральное место в системе гражданского законодательства занимает отраслевой кодифицированный нормативный акт — Гражданский кодекс. Он имеет высшую юридическую силу среди гражданских законов (важно отметить, что данное правило действует только в отношении законов и подзаконных актов, принятых на основании и во исполнении ГК. Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу. При коллизии гражданско-правовых норм, содержащихся в ГК, других законах и тем более других источниках гражданского права, правоприменительный орган должен руководствоваться нормами ГК, если только в самом Кодексе не предусмотрено иное. Нередко ГК именуют также «равным среди равных», подчеркивая его роль и авторитет как кодифицированного акта.

Исторически доказано, что наиболее совершенной формой правового регулирования однородных общественных отношений, в том числе и гражданско-правовых, является кодификация. Она позволяет строить все законодательство на однородных началах, с учетом внутреннего единства его составных частей, правовых институтов и отдельных правовых норм. При этом учитывается юридическая значимость правовых идей свободы, равенства, недопустимости вмешательства в частные дела, неприкосновенности

собственности. Основные начала гражданского законодательства (равенство участников регулируемых гражданским правом отношений, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечение восстановления нарушенных прав, судебная защита) реализуются в конкретных правовых нормах и институтах с учетом баланса частных и публичных интересов, определяемого законодателем.

Гражданский кодекс регулирует имущественные и личные неимущественные отношения, входящие в предмет гражданского права, устанавливает принципы их правового регулирования, оставляет возможность в ряде конкретных случаев для дополнительного их урегулирования иными федеральными законами и правительственными актами, содержащими нормы гражданского права, четко очерчивая границы этого дополнительного урегулирования и показывая соотношение этих законов и правовых актов с самим Кодексом.

Таким образом, нормы ГК призваны решить следующие взаимосвязанные задачи: исключить регулирование соответствующих общественных отношений «по усмотрению»; оптимизировать сферу прямой законодательной регламентации важнейших имущественных и неимущественных отношений (относящихся к предмету правового регулирования); создать четкую и согласованную систему, опирающуюся на единую законодательную базу.

Гражданское право регулирует широкий спектр общественных отношений, поэтому при разработке Гражданского Кодекса невозможно было предусмотреть весь объем жизненных ситуаций для их правового регулирования. Нормы Гражданского Кодекса содержат положение, что часть вопросов регулируется дополнительно принятыми на основе кодекса федеральными законами. Круг отношений, регламентация которых осуществляется федеральными законами, определил ГК. По общему правилу, это специальные законодательные акты, регулирующие определенный вид

гражданско-правовых отношений. В соответствии с предусмотренными в Гражданском кодексе положениями приняты иные законы.

Как уже отмечалось, главное требование, предъявляемое к данным федеральным законам, их соответствие Гражданскому Кодексу. Но на практике дело обстоит не так просто. Нередко имеются пробелы, дублирование норм, коллизии, противоречия. Недостатком складывающейся системы гражданского законодательства являются все более частые случаи отступлений в принимаемых новых законах от норм ГК.

Нормы гражданского права содержатся не только в Гражданском кодексе и иных законах, но и в подзаконных актах – указах Президента, постановлениях Правительства, актах министерств и иных органов исполнительной власти .

Указ Президента, если он не противоречит ГК или иному закону, может быть принят по любому вопросу, входящему в компетенцию Президента, за исключением случаев, когда соответствующие отношения согласно ГК или иному закону могут быть урегулированы только законом.

Постановления Правительства принимаются на основании и во исполнение нормативных актов, имеющих высшую по сравнению с ними юридическую силу.

Наконец, акты министерств или иных органов исполнительной власти, содержащие нормы гражданского права, могут издаваться только в случаях и в пределах, предусмотренных ГК, другими законами и иными правовыми актами.

Особым источником гражданского права являются нормы международного права и международные договоры. Впервые действующая Конституция 1995 г. утвердила в качестве основы правовой системы ратифицированные международные акты.

В соответствии с Конституцией общепризнанные принципы и нормы международного права, и международные договоры являются составной частью правовой системы. В нормах ГК и ряда других источников гражданского права восприняты многие положения международного права и международных договоров. Нормы международных документов обычно

применяются к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных физических и юридических лиц, определяют их гражданско-правовой статус, права иностранцев на имущество, находящееся на территории страны, порядок совершения внешнеэкономических сделок, порядок применения гражданско-правовых последствий причинения вреда иностранцам и иностранцами и т.п. Международные договоры имеют приоритет перед национальным законодательством в случае коллизии между ними.

В ряде норм ГК и в некоторых других гражданско-правовых актах отражены положения, содержащиеся в международных договорах, получивших широкое признание в современном мире.

Многообразие нормативно-правового материала в ряде жизненных ситуаций ставит вопрос об иерархии соответствующих источников и отдельных правовых норм. Наибольшие сложности на практике вызывает решение вопроса горизонтальной иерархии гражданско-правовых норм. Здесь на помощь приходят такие правила как: «приоритет новой нормы»; «приоритет специальной нормы по отношению к общей» и другие. Многие из возникающих вопросов, несмотря на наличие существующих правил, остаются не до конца разрешенными, что влечет за собой споры. Окончательную точку в этих спорах ставят суды высших инстанций или законодатель.

Для применения актов гражданского законодательства необходимо знать порядок их принятия и соответственно опубликования и вступления в силу.

На территории применяются только те законы, которые официально опубликованы.

Общее правило о действии гражданского законодательства во времени состоит в том, что акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются только к тем регулируемым гражданским правовым отношениям, которые возникнут после введения их в действие. Это правило призвано обеспечивать стабильность гражданского оборота, предпринимательской и иной деятельности.

По отношениям, возникшим до введения в действие акта гражданского

законодательства, он применяется только к правам и обязанностям, которые возникли после вступления его в силу. Но, «если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных документов».

Придание обратной силы в отношении гражданских законов допустимо лишь в порядке исключения, когда это прямо предусмотрено законом.

Важное значение имеет также момент прекращения действия акта гражданского законодательства. Если в самом законе установлен срок его действия, то нормативный акт утрачивает свою юридическую силу с 40 наступлением этого срока. Но в большинстве актов гражданского законодательства срок их действия заранее не определен, и они прекращают свое действие в результате их прямой отмены или в результате принятия и вступления в силу нового нормативного акта, отменяющего или изменяющего содержание действующего ранее закона.

Общее правило о действии гражданского законодательства в пространстве состоит в том, что акты гражданского законодательства действуют на всей территории страны. Из этого правила есть два исключения. В силу указания самого закона территориальные границы его действия или действия его отдельных частей ограничено.

Кроме того, законодательство одной страны в определенных случаях и по определенным вопросам может применяться на территории другой страны. Например, стороны внешнеторгового контракта, руководствуясь принципом свободы договора, могут условиться о рассмотрении возникших между ними споров по правилам материального права страны истца, т.е. по гражданскому законодательству другой для одной из сторон страны.

Общее правило о действии гражданского законодательства по кругу лиц состоит в том, что акты гражданского законодательства распространяются на

всех лиц, находящихся на территории, в пределах которой действует гражданское законодательство.

В случае возникновения пробела при применении источников гражданского права применяются в обычаи делового оборота, аналогия закона или права. В настоящее время одной из актуальных проблем, стоящих перед судами, является установление обычаев, включая обычаи делового оборота, обыкновений, толкования гражданско-правовых норм, уяснения смысла норм иностранного права и многие другие.

Чаще всего перед судами встают такие вопросы: как установить существование и содержание того или иного обычая делового оборота либо торгового обыкновения; каким образом определить, насколько прочно сложился и широко применяется конкретный обычай делового оборота;

обязана ли сторона спора доказывать существование того или иного обычая делового оборота либо торгового обыкновения.

Цивилисты придерживались двух точек зрения по этому вопросу. Согласно первой, суд должен знать торговые обыкновения, поскольку он их применяет. Судьям предлагалось наводить справки о них, так как «...норма обычного права должна быть установлена судом, который обязан применить все средства для ознакомления с ним. Такими средствами могут служить:

практика судов; удостоверение торговых учреждений как биржевые комитеты; опрос местных торговцев; научные изыскания». Однако не отрицались помощь и содействие заинтересованных сторон. Согласно второй, суд не может, да и не обязан знать всего разнообразия норм обычного права, но, тем не менее, ему приходится считаться с народными обычаями.

В советский период жестко действовал принцип «судьи знают право». В последнее десятилетие, в связи с существенной новеллизацией законодательства и интеграцией страны в общемировое пространство этот вопрос вновь приобрел актуальность.

Обязан ли судья все этапы поиска и уяснения существа нормы (включая нормы обычного права) осуществлять самостоятельно, или же им могут быть

использованы прямо или косвенно, в той или иной форме знания и навыки сведущих в области права лиц (экспертов или специалистов)? Насколько будут эффективными и состоятельными операции (процедуры) поиска и интерпретации (получения и уяснения) смысла права из соответствующих текстуальных представлений права?

Законодателю важен итог: суд обязан разрешить дело по существу; суд не может не разрешить дела; суд обязан разрешить дело в строгом соответствии с законом, руководствуясь соответствующими принципами.

В качестве примера фиксации воли законодателя можно привести следующие фрагменты нормативно-правовых актов: «Все судебные установления обязаны решать дела по точному разуму существующих законов, а в случае неполноты, неясности или противоречивости законов, коими судимое деяние воспрещается под страхом наказания, должны основывать свое решение на общем смысле законов»; «Все судебные установления обязаны решать дела по точному разуму действующих законов, а в случае их неполноты, неясности, недостатка или противоречия, основывать решения на общем смысле законов».

На наш взгляд, если вопрос о возможности проведения «правовой экспертизы» является для процесса отправления правосудия дискуссионным (в части определения объекта исследования, круга возможных вопросов?), то вопрос об участии специалиста (как процессуальной фигуры) в области какой-либо отрасли права не может быть отнесен к разряду таковых.

Специалист в области права сообщает справочные, научные сведения, выражает свое мнение. По существу – оказывает помощь суду. Не случайно П.Яни отмечает, что акт доктринального толкования закона сведущим в области права лицом играет важную роль в процессе принятия решения по делу.

Т.Н.Нешатаева пишет, что решение международных вопросов, реализуемых в национально-правовых процедурах, вызывает немалые проблемы: «затягивание процедуры рассмотрения вопроса, необходимость

привлечения к процессу переводчиков, экспертов в иностранном праве и многие другие». Связано это с тем обстоятельством, что обращение в процессе к национальному праву вместо подлежащего применению зарубежного права может привести к ошибочному судебному решению.

Р.Г. Мельниченко рассматривает юридическую экспертизу как разновидность казуально-доктринального толкования. Он отмечает тот факт, что в некоторых видах процесса проведение правовой экспертизы уже стало реальностью. И.Н. Лукьянова считает возможным как экспертизу по правовым вопросам, так и участие специалиста. Она предлагает следующий критерий, отграничивающий экспертизу по правовым вопросам от заключения специалиста по правовым вопросам: специалист не должен решать вопрос о применимости конкретной нормы права к рассматриваемому делу или о том, каким образом эта норма должна применяться в данном случае.

Запрос о получении информации, направленный в компетентные органы (органы юстиции, дипломатические представительства иностранных государств) имеет значение, на наш взгляд, только в части коротких и имеющих простой и однозначный ответ вопросов права, не требующих значительных интеллектуально-волевых усилий сведущих лиц. Поэтому в этих ситуациях не всегда удастся разрешить «проблему» без заключения эксперта. Решение данной проблемы усугубляется еще и тем, что без знания судебных актов и сложившейся в стране ситуации по применению национальных норм права, сообщенные иностранные нормы права «мертвы», могут быть не чем иным, как элементами мозаики, одни из которых, возможно, подходят, другие не нужны.

Использование правовых знаний и приглашение сведущих лиц в области права в суд имеет свою историю, закреплено в ряде зарубежных стран.

Для англосаксонской адвокатской системы характерно разделение на юрисконсультов и адвокатов (барристеров). Юрисконсульты занимались и занимаются ведением торговых дел, консультированием сторон. Адвокаты или барристеры занимаются устным докладом дел в судебном процессе, а также юридической экспертизой. Причем, как отметил С.А.Халатов, такое различие

уже отмечалось при описании римского, французского и германского права¹⁵.

Немецкий законодатель допускает назначение экспертизы в случаях отсутствия у суда достаточных знаний в области права (ст. 293 ГПК ФРГ). В этих случаях законодатель считает, что, несмотря на высокую квалификацию и компетентность судьи, тем не менее, всегда могут возникнуть вопросы, которые требуют специальных знаний в праве¹⁶.

Международный Суд ООН при рассмотрении переданных ему споров вправе использовать в своей практике суждения наиболее квалифицированных специалистов по международному праву¹⁷.

Можно сделать вывод, что потребность в глубоких знаниях в какой-либо отрасли права существовала издревле и была удовлетворена. Способы, подходы к решению данного вопроса, как мы видим, различны: это и непосредственное использование правовых знаний в процессе установления обстоятельств конкретного дела через институт экспертизы, и дуализм представительства, позволяющий вести одно дело двум юристам с учетом категории суда, рассматривающего дело, уровня подготовки и специализации.

В английском процессе установление содержания обычая входит в предмет доказывания, следовательно, могут применяться общепринятые средства доказывания, в том числе и заключение эксперта (лица, обладающего знаниями в определенной отрасли права). В России продолжает доминировать принцип «судьи знают право». Поэтому суд вынужден выяснять содержание обычной нормы самостоятельно. Практика же свидетельствует о том, что суды склонны относиться ко всякому обычному правилу поведения как к сложившейся практике сторон и не ставят этот вопрос на обсуждение. В отдельных случаях ограничиваются кодификациями, опубликованными влиятельными организациями (МТП, УНИДРУА).

Законодатель закрепляет соответствующее право за сторонами с учетом расширения сферы действия принципов диспозитивности и состязательности. Однако обязанность уяснения существа содержания нормы (в том числе и обычного права) возложена законодателем на суд. В то же время

применительно к уяснению содержания норм иностранного права по спорам, возникшим между субъектами (сторонами) – профессиональными участниками гражданского оборота (предпринимателями) – законодатель предоставляет суду возможность «переложить» бремя установления содержания такого рода норм на заинтересованные в разрешении спора стороны¹⁸.

Данное положение свидетельствует о сближении правовых систем и выработанных ими правил применительно к исследуемым вопросам.

На наш взгляд, несмотря на различные подходы к имеющейся проблеме, нет непреодолимых препятствий для использования правовых знаний (в качестве специальных), как сторонами (что нередко и делается официальными или неофициальными способами), так и непосредственно судом. Тенденции развития отраслей права и законодательства, практика свидетельствуют, на наш взгляд, о наличии необходимости в использовании знаний правового характера, находящихся за пределами профессиональной подготовки судьи, для целей правосудия.

Может возникнуть закономерный вопрос о том, какова же роль судьи (суда) в ситуации, когда у него «на руках» не заключение или мнение специалиста в области права, а экспертное заключение по вопросам права?

Здесь следует отметить следующее. Во-первых, данное заключение – только одно из доказательств по делу и оценивается по существующим правилам.

Во-вторых, правовая экспертиза – это исследование, т.е. установление искомого факта по заданию судьи в определенных пределах, поэтому она не может предвосхитить окончательную оценку и выводы суда (судьи).

Необходимо также четко различать результат исследований и их интерпретацию. Так, Е.Карлсон проводит различие между сведущими лицами по фактам и сведущими лицами по оценкам. По его мнению, когда тема касается «реальности» (например, выше ли заболеваемость людей, живущих возле завода по производству химического оружия, чем остальных?), то сведущее лицо может предоставить доказательства, подтверждающие его

выводы, например, результаты исследований, методики и проч. Когда тема касается оценок, идентификация и роль сведущего лица (эксперта) гораздо сложнее.

Данное деление сведущих лиц на две группы представляется весьма интересным. Исходя из предложенного деления, можно сделать вывод о том, что судья – это фактически «эксперт по оценкам».