

© 2017 г.

М.В. ЗАХАРОВА

**НОВЫЕ ВСТРЕЧИ ЗА “КРУГЛЫМ СТОЛОМ”:  
ОБЗОР МАТЕРИАЛОВ СЕКЦИИ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВА  
VI МОСКОВСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НЕДЕЛИ  
(22 НОЯБРЯ – 3 ДЕКАБРЯ 2016 г.), ПОСВЯЩЕННОЙ  
ПАМЯТИ ПРОФЕССОРА ВЛАДИМИРА АЛЕКСАНДРОВИЧА  
ТУМАНОВА**

*Zakharova Mariya Vladimirovna – кандидат юридических наук, член-корреспондент Международной академии сравнительного права, руководитель НОЦ сравнительного права Университета им. О. Е. Кутафина (Москва, Россия) (E-mail: avis\_777@mail.ru).*

*Zakharova Maria V. – PhD in Law, corresponding member of the International Academy of Comparative Law, head of the SEC of Comparative Law of the University named O. E. Kutafin (Moscow, Russia) (E-mail: avis\_777@mail.ru).*

*Аннотация:* дан обзор материалов секции сравнительного права VI Московской юридической недели (22 ноября – 3 декабря 2016 г.), посвященной памяти профессора Владимира Александровича Туманова.

*Abstract:* an review materials section of Comparative Law VI Moscow Law Week (22 November – 3 December 2016), dedicated to the memory of Professor Vladimir Aleksandrovich Tumanov.

*Ключевые слова:* право, юридическое наследие, зарубежное право.

*Key words:* law, legal legacy, law foreign.

23 ноября 2016 г. в зале Ученого совета Университета им. О. Е. Кутафина состоялось заседание секции сравнительного права, посвященное памяти профессора Владимира Александровича Туманова. Организаторами работы секции выступили НОЦ сравнительного права Университета им. О. Е. Кутафина и сектор сравнительного права Института государства и права РАН.

В ходе работы секции была проведена презентация книги памяти профессора В. А. Туманова “Служение праву” под редакцией М. В. Захаровой и Д. А. Туманова. Служение праву – творческое кредо проф. В. А. Туманова и его линия жизни, с которой он никогда не сходил. Человек огромной творческой энергии, он всегда умел протягивать хрупкие мостики между фундаментальными основами юридической теории и юридической практикой, между отечественной юриспруденцией и зарубежной юридической наукой, между прошлым российской правовой системы и ее будущим.

Обладая уникальным талантом ученого, политического и общественного деятеля, Владимир Александрович создавал атмосферу творческого единения для своих учеников и единомышленников. В юбилейный для В. А. Туманова год (20 октября 2016 г. ему исполнилось бы 90 лет) его соратники и коллеги вновь собрались за “круглым столом”, чтобы еще раз включиться в научную дискуссию по ключевым проблемам его творческого наследия: конституционное и европейское право, общая теория права и история правовых и политических учений, судебная защита и сравнительное право.

С приветственными словами к участникам “круглого стола” обратились видные российские и зарубежные правоведы и государственные деятели: заместитель директора Института

государства и права РАН по научной работе, доктор юрид. наук, проф. **Т. А. Васильева**; проректор по научной работе Университета им. О. Е. Кутафина, доктор юрид. наук, проф. **В. Н. Синюков**; советник Президента РФ, доктор юрид. наук, проф. **В. Ф. Яковлев**; полномочный представитель Президента РФ в Конституционном Суде РФ, канд. юрид. наук **М. В. Кротов**; руководитель Представительства Конституционного Суда РФ в г. Москве, канд. юрид. наук, заслуженный юрист РФ **Ю. В. Кудрявцев**; доктор юрид. наук, заслуженный профессор юридической школы им. Дикинсона при Университете штата Пенсильвания, заслуженный профессор сравнительного правоведения Лондонского университета **У. Э. Батлер**; судья Европейского Суда по правам человека в отставке, доктор юрид. наук, проф. **А. И. Ковлер**; зав. отделом гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, доктор юрид. наук, проф. **В. М. Жуйков**; главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, доктор юрид. наук, проф. **Ю. А. Тихомиров**.

Внук проф. В. А. Туманова, канд. юрид. наук, доц. **Д. А. Туманов**, поблагодарил присутствующих за то, что они нашли возможность прийти на “круглый стол”, отметив при этом, что, к сожалению, в силу объективных и уважительных причин в конференции смогли принять участие далеко не все друзья и коллеги В. А. Туманова.

Д. А. Туманов подчеркнул, что проф. В. А. Туманов придерживался широкого понимания права, согласно которому права человека признаются его обязательным (основополагающим) компонентом независимо от того, нашли они закрепление в позитивном праве или нет. Однако ученый считал весьма

существенным и то обстоятельство, что такие права отражены в важнейших международных актах, а также в законодательстве отдельных государств. Для России особое значение имеет, что в Конституции человек, его права и свободы провозглашаются высшей ценностью.

Выступавший также обратил внимание на вопрос соотношения прав человека и общественных интересов. По его мнению, многие ученые нередко противопоставляют указанные явления. Однако в большинстве случаев подобный подход неоснователен. Более того, в действительности именно права человека делают возможной реализацию общественных интересов. Речь идет о том, что, поскольку общество эклектично, состоит из различных социальных групп и общностей, общественными следует считать интересы как общества в целом, так и различных социальных групп. В свою очередь, основой сосуществования различных социальных групп являются именно права человека, так как они, с одной стороны, определяют свободу на объединение в группы и формирование интересов на основании особенностей отдельных людей, составляющих группы, а с другой – гарантируют безопасность от любых форм насильственного влияния одних социальных групп на другие.

Д. А. Туманов заметил, что иногда пытаются говорить о неких отрицательных последствиях, которые возникают в результате реализации прав человека. Однако если и попытаться найти такие последствия, то они будут несоизмеримы с отрицательными для всего человечества последствиями, к которым, как показывает мировая история, могут привести непризнание прав человека в качестве реально существующего и действительно значимого явления и отрицание наивысшей ценности каждого из людей.

В *первой части* работы “круглого стола” с содержательными докладами по основным вехам творческой биографии проф. В. А. Туманова также выступили его друзья и коллеги.

Доктор юрид. наук, проф. **В. В. Лазарев** в своем выступлении дал оценку проблеме утилитаризма критической философии права. С его точки зрения, ошибочно считать, что критические исследования немарксистской мысли возводили своего рода “берлинскую стену” между Западом и Востоком. Именно в этом убеждаешься, анализируя работу В. А. Туманова “Критика современной буржуазной теории права”, подчеркнул В. В. Лазарев.

В докладе “*Пространственные модели в сравнительно-правовых исследованиях*” доктор юрид. наук, проф. **М. В. Немытина** отметила, что работа Р. Давида “Основные правовые системы современности” оказала существенное влияние на отечественное правоведение благодаря ее переводу на русский язык проф. В. А. Тумановым. Именно с этой книги начиналось приобщение широкого круга российских юристов к сравнительному правоведению. Взгляд на карту мира сквозь призму права, характеристики правовых систем, объединение их в правовые семьи, предполагаемая автономность права по отношению к государству, социокультурные факторы правового развития, объяснение сущности источников права, таких как правовой обычай, судебный прецедент, религиозные каноны, – все это дало мощный импульс развитию российской (тогда советской) юридической науки.

В современных условиях с учетом факторов цивилизационно-культурного и социокультурного характера в объяснении и обосновании правовых процессов и явлений возможно построение пространственных моделей сравнительно-правовых

исследований. В компаративистском пространстве, как и в любом пространстве в его классическом понимании, можно обозначить три измерения. Первое – это *вектор территории*, охват территориального пространства; при этом территории культурной идентичности (в понимании компаративистики) могут быть разбросаны по различным частям Земного шара. Второе измерение – *вектор времени* – временное пространство, хронологические рамки, периоды, в которых развивался исследуемый объект, причем это не только хронологическое течение времени (годы, десятилетия, века), но отношения эволюционного развития различных обществ. Наконец, третье измерение – *цивилизационно-культурный вектор*, задающий программу развития, обеспечивающий преемственность в праве, подерживающий традиции и открывающий возможности для инноваций. Исследуемый объект правовой реальности рассматривается по обозначенным выше параметрам в компаративистских правовых пространствах “реципиента” и “донора”, и полученные данные сопоставляются.

Продолжение темы сравнительного права собравшиеся увидели и в выступлении доктора юрид. наук, проф. **Г. И. Муромцева**. Он подчеркнул, что сложившаяся в науке парадигма сравнительно-правовых исследований представляется не всегда достаточной, нужен поиск новых граней для сравнения, а подчас и выход за рамки сравнительно-правовых исследований в сферу сравнительных исследований междисциплинарного характера. Необходимость такой работы объясняется, с его точки зрения, тем, что в рамках нынешней парадигмы остается нерешенным ряд важных проблем теории и истории права и государства. Чаще всего это проявляется в нестыковке выводов историков и теоретиков права либо в противоречивости мнений последних по отдельным теоретическим вопросам. Так, например, несмотря на наработки современной науки, и прежде всего научных дисциплин, сопредельных с правом, подтверждающие возможность возникновения права до возникновения государства, подавляющая часть учебников по теории права и государства, включая трехтомный академический курс, исходит из известной концепции Энгельса. Памятником индусского права называют “Законы Ману”, тогда как в действительности термина “законы” в его названии нет. Систематизацию Юстиниана именуют кодификацией, хотя в учебниках по теории права и государства понятие кодификации определяется иначе, и т.д.

Доктор юрид. наук, проф. **Д. В. Дождев** в своем докладе проследил противопоставление каузы как типичного интереса и мотива от немецкой пандектики XIX в. до великого комментатора XIV в. Бальда, в трудах которого понятие “природа сделки” уже получило глубокую проработку. Вместе с тем из действующих гражданских кодексов об ошибке в природе сделки говорят лишь ГК Италии и ГК Эфиопии (последний составлен Р. Давидом в 1960 г.). По мнению докладчика, выражение категории каузы в терминах природы сделки снимает с каузы распространенную сегодня субъективную трактовку, выводя российскую цивилистику на уровень основателей европейской правовой традиции.

Доктор юрид. наук, проф. **С. В. Липень** подчеркнул, что В. А. Туманов – один из первых серьезных аналитиков социологических правовых теорий первой половины XX в., самое обстоятельное изложение и критический анализ которых мы находим в его монографических исследованиях (“Критика современной буржуазной теории права” (1957), “Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве” (1971)) и докторской диссертации. Ученый выделял три течения социологического

плана: течение “живого права” – “права как порядка отношений”, социолого-институционалистское течение и социолого-психологическое течение, ориентирующееся на рассмотрение права под углом зрения психологических, поведенческих факторов.

Обратившись к исследованиям социологических правовых учений, можно выявить особенности научного творчества проф. В. А. Туманова: комплексный подход к исследуемой проблеме, исключая односторонние и одномерные выводы, необходимость сочетания методологических и содержательных аспектов при характеристике правовых доктрин, превалирование аналитики над изложением рассматриваемых теорий, точность в оценках – современная наука добавляет к этому очень немного. Всему нынешнему поколению исследователей-юристов можно учиться по работам проф. В. А. Туманова, которые сохраняют свою научную значимость и актуальность и для теории права и государства, и для истории учений о праве и государстве.

Как отметил в своем докладе доктор юрид. наук, проф. **А. В. Корнев**, В. А. Туманов широко известен в нашей стране не только как специалист в области сравнительного права, конституционного права, теории прав человека, но и как убежденный пропагандист правовых знаний, правовой культуры. Искусный полемист и автор многих научных трудов, он на протяжении своей блестящей научной и практической карьеры выступал за то, чтобы население нашей страны избавлялось от застарелой болезни – низкой правовой культуры и, к сожалению, широко распространенного правового нигилизма. Особенно беспокоило его то, что эти изъяны правовой действительности укоренились не только в массах, но и среди тех, кто должен показывать пример для всех иных, а именно – в среде чиновников, или, выражаясь современным языком, государственных служащих.

К великому сожалению, правовой нигилизм, отмечал проф. В. А. Туманов, был присущ и определенной части российской интеллигенции. Среди всех видов правового нигилизма он считал наиболее опасным так называемый активный правовой нигилизм, представители которого стремились придать своим антиправовым взглядам “теоретические” формы. Среди представителей российского интеллектуального класса подобные взгляды были свойственны К. С. Аксакову, Н. Г. Чернышевскому, графу Л. Н. Толстому. В. А. Туманов отдавал должное вкладу этих выдающихся мыслителей в российскую словесность. Известно, что Владимир Александрович был библиофилом и книголюбом. Тем не менее он предельно объективно оценивал людей и общественно-политические течения. В. А. Туманов – один из немногих, кто непредвзято взвешивал труды “классиков” и считал их учение во многом справедливым и (самое главное) научно состоятельным. Это несколько выделяло его из той среды, к которой он принадлежал, тем, что научная добросовестность для него была более высокой ценностью, чем политически конъюнктурные блуждания.

Внеся серьезный вклад в просвещение, распространение правовых знаний, искоренение правового нигилизма, особенно среди людей творческих и тех, кто облечен властью, В. А. Туманов продолжил деятельность выдающихся российских правоведов, которые в 1909 г. выступили авторами знаменитого сборника “Вехи”. Б. А. Кистяковский, П. И. Новгородцев и др. обличали российскую интеллигенцию не только за оторванность от народных масс, но и за неверие в позитивную роль правовых форм в контексте того, что принято именовать

общественной и государственной жизнью. Творческое наследие проф. В. А. Туманова продолжает оставаться актуальным и сегодня. Это обстоятельство есть самая справедливая оценка человека, посвятившего себя служению науке права.

Доктор юрид. наук, проф. **В. Н. Карташов** в своем выступлении поделился впечатлениями от встреч с Владимиром Александровичем, рассказал о личном обаянии, искренности и доступности одного из авторитетнейших ученых СССР и России. По мнению выступавшего, многие труды В. А. Туманова до сих пор недооценены современниками. Между тем он ввел в научный оборот огромное количество источников, изданных на иностранных языках, что позволило широкому кругу исследователей ознакомиться с разнообразными западными юридическими концепциями, выявить положительные и отрицательные аспекты и тенденции в их развитии, а также способствовало изучению зарубежного опыта и становлению сравнительного правоведения как относительно самостоятельного направления юридического познания (научной дисциплины). Весьма актуальными в настоящее время являются выводы В. А. Туманова о разнообразных теориях правопонимания, тесных связях права с демократией, правами человека, сохранением мира и мирового порядка; о глобальной идеологической борьбе в правовом пространстве между представителями “цивилизованных” и “нецивилизованных” государств. В заключение В. Н. Карташов представил свое авторское видение современного интегративного правопонимания.

Кандидат юрид. наук, доц. **Е. Г. Стрельцова** обратила внимание собравшихся на проблему значения идей, заложенных в гл. 1 Конституции РФ, для гражданского процесса. Она отметила, что В. А. Туманов придавал особое значение этой главе Конституции, которая понималась им не только как фиксирующий документ, но и как программа развития, что обуславливает ее активную роль в развитии законодательства. Через призму этого подхода следует проанализировать состояние гражданского процессуального законодательства. Россия в ст. 7 Конституции приняла на себя обязательства социального государства. Действительно, обязанность обеспечить социальную защиту не распространяется исключительно на материально-правовые отношения: судебный порядок защиты этих прав и принудительное исполнение для незащищенных лиц должны обеспечиваться не меньшими гарантиями. В самом общем виде это означает: а) простоту порядка защиты права; б) процессуальную активность суда; в) сохранение базовых гарантий процессуальной формы.

Однако изменения процессуального законодательства прямо противоположны идее социального государства. По требованиям малой денежной стоимости в качестве безальтернативных введены судебный приказ и упрощенное производство. Вместе с тем споры с участием социально незащищенных лиц возникают преимущественно по таким требованиям, а это означает, что для целого слоя населения исключается полновесная судебная защита – исковой порядок защиты права, максимально обеспеченный процессуальными гарантиями и сохраняющийся, в отличие от приказного и упрощенного производства, активность суда как гарантию поддержки слабой стороны в процессе. В приказном и упрощенном производствах активная помощь суда слабой стороне законом не предусмотрена. Законодатель отказывается от некоторых гарантий процессуальной формы: в приказном и упрощенном производствах отсутствуют гарантии, связанные с порядком исследования доказательств. В гражданском процессе (вслед за арбитражным) предполагается полная ликвидация краеугольного принципа процесса – непрерывности. Кодекс

административного судопроизводства РФ установил требование обязательного участия профессионального представителя в делах об оспаривании нормативных правовых актов, что затруднило доступ социально незащищенных лиц к судебной защите.

Во второй части работы секции собравшимся были представлены доклады по проблемам публичного и частного права, а также общей теории права.

Открыл вторую сессию секции мэтр советской и российской юридической науки, доктор юрид. наук, проф. **В. Е. Чиркин**. Используя методы сравнительного государственоведения, докладчик рассмотрел взаимосвязи территориальных публичных сообществ, публичной власти и территориальных публично-правовых образований.

В докладе на тему “*Антидискриминационное законодательство: европейская модель*” доктор юрид. наук, проф. **Т. А. Васильева** выдвинула тезис о том, что антидискриминационное законодательство – формально-юридическая гарантия обеспечения равенства возможностей и защиты от дискриминации. Традиционно этот вид законодательства развивался в странах общего права, однако благодаря усилиям институциональных структур Европейского Союза получил развитие и в государствах – членах Союза. В течение трех-шести лет они должны были предусмотреть в своем законодательстве положения о запрете дискриминации по широкому кругу оснований: признакам расового и этнического происхождения, сексуальной ориентации, религии и убеждений, возраста (вопросы, касающиеся дискриминации по признаку пола, были урегулированы в законодательстве ЕС ранее).

При этом предпочтение было отдано закрытой модели регулирования, предполагающей закрепление четкого каталога оснований для дискриминации, определение сфер и лиц, на которых распространяется действие закона, перечисление запрещенных форм дискриминации и незаконной практики, а также допустимых случаев отступления от принципа недискриминации. Были созданы условия для радикального изменения ситуации в сфере обеспечения равноправия на большей части Европы, поскольку на дату принятия антидискриминационных директив даже во многих “старых” странах ЕС такое законодательство отсутствовало (в Германии, Италии) или существовало не в полном объеме (в Великобритании в части законов об обеспечении равноправия по признакам пола, расы, ограниченности возможностей). В соответствии с толкованием Суда ЕС положения директив должны были рассматриваться как представляющие эффективную защиту, исходя из принципов достоинства и автономии личности. В настоящее время в практике Суда ЕС доминируют дела о возрастной дискриминации и в меньшей степени – о сексуальной ориентации.

Кандидат юрид. наук, доц. **Н. В. Варламова** в докладе “*Тест на пропорциональность как универсальная процедура проверки обоснованности ограничений прав человека*” отметила, что данная процедура, осуществляемая в практике большинства органов конституционного контроля и наднациональных судов, включает несколько этапов и предполагает установление того, что мера, предпринятая публичной властью: 1) преследует определенную легитимную цель; 2) является релевантной данной цели, т.е. действительно способствует ее достижению; 3) необходима для этого, т.е. обеспечивает достижение указанной цели за счет наименьшего из возможного ограничения прав; 4) соразмерна заявленной цели, т.е. соблюдается надлежащее соотношение (справедливый баланс) между важностью

достижения данной цели и тяжестью тех обременений, которые претерпело лицо в связи с ограничением его права.

**Н. В. Варламова** остановилась на проблемах, которые возникают в судебной практике в процессе использования теста на пропорциональность. По ее мнению, недостаточная эффективность данной процедуры обусловлена по меньшей мере двумя обстоятельствами. Во-первых, в большинстве случаев суды не используют тест на пропорциональность именно как поэтапную процедуру проверки обоснованности установленных ограничений прав человека. Между тем обращение сразу к последней стадии – определению соразмерности предпринятых мер (так называемому взвешиванию конфликтующих интересов) – без прохождения предварительных этапов может привести к признанию допустимыми неоправданных ограничений.

Во-вторых, и сами права человека, и легитимные цели их ограничения сегодня все чаще рассматриваются как этические категории. Соответственно, и обсуждение вопроса о допустимости того или иного ограничения переводится в этическую плоскость. В связи с отсутствием общепринятой точки зрения по большинству этических проблем констатация соразмерности или несооразмерности того или иного ограничения прав человека – обычно не более чем субъективная оценка значимости конкурирующих интересов. Судебное решение фактически содержит лишь утверждение о соразмерности (несоразмерности) ограничения права, а не рациональное доказывание этого.

В выступлении канд. юрид. наук, доц. **А. И. Черкасова** была рассмотрена роль Европейской хартии местного самоуправления 1985 г. в обеспечении права на местное самоуправление в странах – членах Совета Европы. **А. И. Черкасов** отметил, что право на местное самоуправление занимает важное место среди прав и свобод, активно отстаиваемых Советом Европы. Согласно положениям Хартии, а также ее общему духу принцип признания в законодательстве стран-участниц, а по возможности – и в конституции, а полномочия местных органов власти должны устанавливаться в конституции либо в законе. Хартия, таким образом, нацеливает законодателя на превращение местного самоуправления в полноценный конституционно-правовой институт. Принятие Хартии было также призвано вызвать и определенный политический эффект в подписавших ее государствах. Она усилила договорные позиции местных властей в отношениях с центральным правительством и дала им возможность требовать от последнего выполнения его международных обязательств. При этом было проявлено и должное уважение к национальным властям, которым многие положения Хартии, достаточно абстрактные и расплывчатые, предоставляют широкую возможность самостоятельного усмотрения при принятии тех или иных решений.

В духе конституционного права зарубежных стран был поддержан доклад канд. юрид. наук, доц. **И. К. Ивановой**. Ею были рассмотрены вопросы взаимодействия законодательства на примере Акта о правах человека 1998 г. и общего права в сфере защиты и обеспечения прав и свобод личности в Соединенном Королевстве. Она отметила болезненные ожидания того, что принятие Акта о правах человека приведет к усилению защиты прав человека по общему праву. По прошествии же времени сложилась более сложная картина, в которой стал очевидным сдерживающий эффект Акта на развитие общего права. Но, несмотря на то что Акт о правах человека во многих случаях

затормозил развитие общего права применительно к отношениям в публичном праве, в частном праве, где данный Акт прямо не действует, верным остается обратное. Здесь суды созидали ранее неизвестный деликт – незаконное использование частной информации (включая опубликование фотоматериалов), который частично восполнил пробел, существовавший в праве Соединенного Королевства из-за отсутствия деликта о вмешательстве в частную жизнь. Однако надо признать, что общее право оказалось неспособным идти в ногу со временем и отстает от практики Европейского Суда в Страсбурге, а также практики применения Конвенции внутренними судами. Национальные суды все чаще предпочитают обращаться к Конвенции вместо развития общего права. В случае если Акт о правах человека будет отменен, то общее право может оказаться единственной альтернативой либо стать дополнением национального Билля о правах. Если это случится, отдельные области общего права будут подвергаться “ударам” из Страсбурга.

Доклад кандидата юрид. наук, доц. **Н. В. Колотовой** на тему *“Развитие механизмов защиты по Международным пактам о правах человека: сравнительный анализ”* был посвящен 50-летию юбилею принятия этих основополагающих документов. Как было отмечено, создатели Пактов хотели подчеркнуть их единство, проводя принцип максимальной идентичности положений договоров, но все-таки на основе двух Пактов сложились две категории прав, не совпадающих по своей социально-юридической природе, а также по способам защиты. Первоначально Пакты предусматривали различную систему контроля, которая была довольно ограниченной для социально-экономических прав. Международный пакт о гражданских и политических правах сразу же сопровождался Факультативным протоколом о порядке рассмотрения индивидуальных жалоб. А возможность обжалования действий государства в связи с нарушением прав по Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах была предусмотрена только в 2008 г. По данным на октябрь 2016 г., Протокол вступил в силу для 22 стран из 45 подписавших, однако Россия соглашение не подписала.

Таким образом, развитие международного права идет по пути стандартизации и унификации, насколько это возможно, процедур защиты различных прав. На сегодняшний день процедуры защиты прав при двух комитетах ООН – Комитете по экономическим, социальным и культурным правам и Комитете по правам человека – сходны по многим позициям (индивидуальное обжалование, рассмотрение докладов национальных государств о принимаемых мерах, заключительные замечания, замечания общего порядка). Практика же национальных государств по непосредственному применению в судах и судебной защите положений Международных пактов может существенно различаться. Пакты, особенно Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, предлагают каждому государству использовать широкий и гибкий подход, позволяющий учитывать специфику национального регулирования.

В докладе *“Роль высших судов в развитии переселенческих федеративных государств (На примере США и Австралии)”*, представленном ректором Пензенского государственного университета, канд. юрид. наук, доц. **А. Д. Гуляковым** и доктором юрид. наук, проф., чл.-корр. Международной академии сравнительного права **А. Ю. Саломатиным**, содержался компаративистский анализ деятельности Верховного суда США и Высшего суда Австралии. Отмечалось, что в переселенческих

социумах, где становление федеративного государства началось практически с нуля, исполнительная власть не могла быть сильной, а законодательной власти была отведена консолидирующая роль главным образом в момент конституционализации. В регулировании взаимоотношений между федеративным центром и субъектами важную роль призвана была сыграть власть судебная, выполнявшая функции арбитра. Однако в этой роли судебная власть, перешедшая затем к властной экспансии, не удержалась, превратившись в политически пристрастную силу. Именно она содействовала централизации молодых федеративных государств. В США этот процесс протекал более активно, в Австралии, которая не сталкивалась с очевидными проявлениями сепаратизма, он проходил в менее драматической форме. Данная тенденция периодически уравнивалась стремлением судов сохранить известную автономию за субъектами федерации, что в настоящее время проявилось в решениях, принятых начиная с 1990-х годов Верховным судом США. Высокий суд Австралии до последнего момента занимал менее гибкую, сугубо централизаторскую позицию, за что подвергался критике.

Публично-правовой блок работы сессии был завершён теоретико-методологическим докладом *“Значение и особенности сравнительного метода в конституционном праве”* канд. юрид. наук, доц. **А. А. Троицкой**. Она подчеркнула, что в конституционном праве следует быть особенно внимательным к использованию сравнительного метода. Доктрина универсализма может быть обоснована, но только на очень высоком уровне абстрагирования, которое предполагает отбрасывание ряда свойств системы. Для конституционного права остается, как минимум, под вопросом возможность *сочетания* соответствующего уровня абстрагирования и освоения в должной мере конституционно-правовой материи. Что касается собственно направлений сравнительных исследований в конституционном праве, то при всем их многообразии следует выделить два ключевых подхода, по-разному оценивающих, во-первых, возможность эвристически полезного сравнения с точки зрения выделения сходств и различий отдельных систем, а во-вторых, перспективность постановки вопроса о том, что одни обнаруженные свойства можно трактовать как преимущества, а другие – как недостатки. Условно эти два подхода могут быть обозначены как функционализм и контекстуализм. Оба подхода сталкиваются с определенной критикой, заставляющей ученых уточнять базовые методологические конструкции их исследований. Отсюда возникают подходы, обозначаемые как функциональный контекстуализм, или обновленный функционализм, учитывающий причинно-следственные связи между культурными, политическими, экономическими и социальными особенностями и конституционно-правовыми институтами.

С одной стороны, это означает, что в функционально ориентированном сравнительном исследовании нет никаких препятствий для того, чтобы на предварительном этапе оценить уровень и характер (направленность) развития правовой культуры различных государств для понимания базовой сопоставимости исследуемых объектов и далее рассматривать те или иные правовые институты, но, стремясь к пониманию специфических причин, по которым они были созданы, целей, для достижения которых они предназначались, обстоятельств, в которых они функционируют.

С другой – свойственный для контекстуализма акцент на различия имеет свой предел в концептуальном функционализме, ориентированном на развитие представлений о том,

зачем и каким образом должен в принципе функционировать тот или иной конституционно-правовой институт, и какие категории и критерии характеризуют его функционирование (потенциал использования “идеальных типов”). Погружение в правовую материю во всем ее многообразии, будучи хорошим противоядием и от правового империализма, и от правового изоляционизма, может способствовать достижению целей применения сравнительного метода.

Частноправовой блок работы секции был представлен докладами Д. А. Беловой и И. Н. Лукьяновой.

В докладе канд. юрид. наук, доц. Д. А. Беловой “*Модели перехода права собственности на движимые вещи по договору в сравнительно-правовом аспекте*” было отмечено, что анализ ст. 224 ГК РФ позволяет сделать вывод, что передача вещи представляет собой действие, состоящее в воздействии на материальный объект, направленное на достижение хозяйственного результата в виде перемещения вещи из владения отчуждателя во владение приобретателя, с достижением которого закон связывает наступление правовых последствий в форме перехода права собственности к приобретателю. Иными словами, передача вещи представляет собой юридический поступок, правовые последствия которого закон связывает не с волей действующего лица, а с объективированным результатом его действий.

Передача вещи есть исполнение обязательства, при котором автономия воли должника существенно ограничена<sup>1</sup>, в то время как при совершении сделки таковая есть одно из базовых условий ее действительности. Поэтому на рассматриваемые действия (сделку и исполнение обязательства) не может быть распространен единый правовой режим. Признание передачи вещи сделкой лишено практического значения, поскольку признание сделки недействительной не освобождает должника от необходимости исполнения обязанности, в связи с чем возврат исполненного носит фиктивный характер и вещь вновь подлежит передаче кредитору. Передача вещи по договору не является сделкой и не объективирует волю отчуждателя и приобретателя на переход права собственности, которая выражена в самой отчуждательной сделке. Передача вещи определяет лишь момент “запуска” транслятивного (вещного) эффекта, порожденного отчуждательной сделкой, придавая правопреемству публичный характер. Российский законодатель следует *унитарной модели* перехода права собственности (Франция, Италия и т.д.) и, напротив, отходит от *сепаратной модели*, характерной для права Германии, суть которой состоит в разъединении воли, объективированной в обязательственной сделке и имеющей исключительно обязательственные последствия, и воли, выраженной в вещном договоре и имеющей вещный (транслятивный) эффект.

Кандидат юрид. наук, доц. И. Н. Лукьянова, обращаясь к собравшимся, отметила, что В. А. Туманов полагал необходимым учитывать всестороннюю оценку сложной природы права, его многогранной социальной роли, тенденций его развития<sup>2</sup>. Такой подход вполне актуален при оценке изменений в современном гражданском процессуальном праве. Изменения гражданской процессуальной формы требуют осмысления в связи

с самой сущностью процессуальной формы, ожиданиями общества от выполнения государством в лице суда функции отправления правосудия. Эффективность таких изменений зависит от того, каким будет их долгосрочный эффект, как отразятся они на основной цели выполняемой государством функции правосудия – формировании доверия инвесторов и общества в целом к государству. Среди важнейших изменений гражданской процессуальной формы последнего десятилетия можно выделить прежде всего расширение сферы применения письменного разбирательства, сокращение возможности лично представить суду свои аргументы и доказательства (появление судебного приказа в арбитражном процессе и упрощенного производства в гражданском процессе) и дифференциацию процессуальной формы в целом. Вступление в силу Кодекса административного судопроизводства и увеличение количества процедур неуголовного судебного разбирательства повлекли за собой усложнение процедуры возбуждения производства по делу, что неизбежно ведет к затруднению доступа к правосудию. Еще одна вызывающая тревогу тенденция видится в нарастающем сокращении обязанности суда мотивировать решения (возможность выносить немотивированные решения появилась сначала у мировых судей, а затем – по делам упрощенного производства в гражданском и арбитражном процессах). Мотивированность судебных актов и устное судебное разбирательство – основные инструменты общественного контроля над деятельностью суда. В делах, рассматриваемых в порядке упрощенного производства, оба инструмента отсутствуют.

Завершить работу секции было предложено представителю казанской юридической школы канд. юрид. наук М. В. Воронину. По его мнению, компаративистский правовой анализ должен служить целям повышения эффективности юридической практики. Поэтому важно сравнивать не только положения, содержащиеся в источниках права (нормы права), но и фактическую реализацию норм. Это позволяет: 1) понять эффективность действия нормы права в одной правовой системе относительно похожих норм в другой, выявить возможные “точки роста”, определить варианты усовершенствования (практическая цель); 2) сформировать представление о “действующей” юридической карте мира, последовательности эволюционирования, в том числе и рецепирования правовых положений, так как порой практика реализации права отличается от того, что закреплено в системе официальных источников права (доктринальная цель). Важно учитывать, что к компаративистскому анализу реализации права можно подходить по-разному. Если интерпретировать идеи В. А. Туманова применительно к данной проблеме, то можно понять, что при сравнении реализации права как процессов, происходящих в конкретных правовых системах, вскрываются функциональные грани данного вопроса, и это – “функциональное сравнение”. Рассматривая же реализацию права конкретных норм, мы занимаемся “сравнительным законодательством”<sup>3</sup>. Тот и другой срезы компаративистского правового анализа процессов реализации права весьма важны. Они позволяют глубже понять само право, детальнее провести компаративистский анализ, так как реализация права в самом широком смысле – это процесс, раскрывающий сущностные характеристики права. Широкое рассмотрение процессов реализации права позволяет говорить о том, что именно в них отражаются формы права, их практическое воплощение. Это относится, например, к практике судебного прецедента, к механизму его формирования. Представляется, что компаративистский анализ процессов реализации

<sup>1</sup> См.: Савинь Ф. К. Обязательственное право. М., 1876. С. 5; Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 244.

<sup>2</sup> См.: Туманов В. А. Еще раз о правопонимании // Туманов В. А. Избранное. М., 2010. С. 414.

<sup>3</sup> Туманов В. А. Избранное. С. 541.

права должен включать: анализ субъектов реализации права; исследование форм реализации права и юридического результата, который может быть верифицирован (акты реализации права); социальный результат реализации права (самый сложный элемент анализа). Важно проводить исследование процессов реализации права с учетом интрасоциетального (в пределах одного общества – экономическая, политическая, социальная и духовная подсистемы) и экстрасоциетального (правовые системы иных государств; системы, действующие в пределах иных обществ) срезов правовой системы. Эти срезы анализа процессов реализации права позволяют выявить глубинные закономерности

воздействия права на общественные отношения и сопоставить их между собой, что, например, позволяет понять меру свободы в процессе реализации права.

По итогам работы секции все участники и гости научного форума выразили надежду, что подобные “круглые столы”, посвященные памяти выдающегося российского правоведа В. А. Туманова, приобретут регулярный характер, придавая в том числе и новому поколению российских юристов мощный импульс в решении теоретических и прикладных задач современной отечественной юриспруденции.