

ПРАВОВЫЕ ПРИНЦИПЫ КАК ОСНОВА КОДИФИКАЦИИ ИЗРАИЛЬСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

© 2016 г. Алим Хусейнович Ульбашев¹

Принципы права являются ценностной и идейной основой любой кодификации. В статье показано на примере проекта Гражданского кодекса Государства Израиль, что правовые принципы призваны выполнять важную функцию по гармонизации и унификации как самого кодекса, так и всего гражданского права. Автором исследуется феномен “континентализации” израильского гражданского (частного) права.

The principles of law are the evaluative and ideological basis of every codification. The article showcases, based on the example of Israeli Civil Code draft, that the principles of law are designed to perform the function of the harmonization and unification of the Code itself and also of all the civil (private) law. The author explores the phenomenon of “continentalization” of Israeli civil (private) law.

Ключевые слова: принципы права, кодификация, “континентализация” израильского гражданского (частного) права, проект Гражданского кодекса Государства Израиль.

Key words: principles of law, codification, “continentalization” of Israeli civil (private) law, Israeli Civil Code draft.

Понятие “принципы права” является одним из центральных и системообразующих в любом правовом порядке.

В теоретико-правовой литературе отмечалось, что под принципами права “следует понимать исходные нормативно-руководящие начала (императивные требования), определяющие общую направленность правового регулирования общественных отношений”².

Как справедливо замечал М.А. Гурвич, “основные принципы представляют собой нормы права, но лишь с более общим и принципиальным содержанием”³.

Таким образом, исходя из приведенного определения, принципами права можно считать некоторые субъективные идеи, безусловные ценности, лежащие в основе механизма правового регулирования.

Следует добавить, что “субъективная” концепция принципов права является в некоторой степени неточной. Так, она лишена “объективного компонента”, характеризующего генезис и эволюцию принципов права в условиях современного общества.

Однако еще акад. А.Я. Вышинский отмечал, что принципы (в первую очередь конституционные) представляют собой юридическую форму, “в которой выражается фактическое соотношение сил как внутри государства, так и между данным государством и всеми остальными существующими государствами”⁴. Подход А.Я. Вышинского имеет общеправовое значение и важен тем, что при таком понимании прин-

ципов их значение существенно расширяется, сказать больше – объективируется.

Объективная сущность принципов права в рамках цивилистической доктрины была раскрыта В.П. Грибановым, писавшим, что “при раскрытии содержания определенного принципа необходимо показать те общественные отношения и закономерности, которые лежат в его основе. Однако при выяснении содержания правовых принципов едва ли правильным было бы полное игнорирование правовых норм, так как, с одной стороны, право само есть выражение этих отношений и закономерностей, а с другой – существо правовых принципов находит свое выражение в нормах права”⁵.

По сути, В.П. Грибанов предложил универсальную формулу анализа правовых принципов, основанную на комплексном изучении как уже реально сложившихся, конкретных общественных отношений, так и тех абстрактных правовых норм-принципов, которые призваны данные отношения регулировать⁶.

Напротив, один из наиболее авторитетных и нонортодоксальных американских исследователей Р. Познер последовательно оперирует понятием “нейтральных принципов права”, тем самым подчеркивая “абстрактное” в существе принципов и исключая “конкретное” из данного дискурса⁷.

Вообще любой правовой принцип (впрочем, как и норма права) представляет собой “рамку, в которой есть множество возможностей применения”⁸.

Данное свойство нормы-принципа содержит в себе большой нормотворческий потенциал. Не вызывает сегодня сомнений и то, что любой законодатель всегда на шаг отстает от реального уровня развития общественных отношений.

¹ Аспирант кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (E-mail: alim-ulbashev@mail.ru). Alim Ul'bashev, post-graduate student, Civil Law Department of the law faculty of Moscow state University named M.V. Lomonosov (E-mail: alim-ulbashev@mail.ru).

² Общая теория государства и права / Отв. ред. М.Н. Марченко. В 3-х т. Т. 2. М., 2007. С. 95.

³ Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950. С. 25.

⁴ Вышинский А.Я. Конституционные принципы Советского государства. М., 1940. С. 10.

⁵ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 225.

⁶ См. также о корреляции конкретного и абстрактного в праве: Паушанис Е.Б. Общая теория права и марксизм. М., 1927. С. 11–30.

⁷ См.: Posner R.A. Overcoming Law. Cambridge, 1995. P. 72, 74, 77, 78, 474.

⁸ Кельзен Г. Чистое учение о праве. Справедливость и естественное право. М., 2015. С. 190, 191.

В этих условиях принципы права могут и должны играть компенсаторную, связующую функцию между “вечно опережающей свое время действительностью” и “вечно отстающей от своего времени правовой нормой”.

Нужно признать, что правовопорядком, в котором наиболее последовательно существенная роль в законодательном регулировании общественных отношений отводится правовым принципам, является израильский.

Израильское право, испытывающее сильнейшее влияние еврейского (иудейского) права⁹, тем не менее, четко отличает “юридическую норму, которую суд заставляет выполнять, от морального императива, не обладающего силой закона”¹⁰.

Однако и роль формализованных норм-принципов в израильском частном праве трудно переоценить. Так, например, в договорном праве, составляющем ядро израильского частного права, важную функцию продолжают играть два главных принципа – принцип свободы договора и принцип добросовестности.

Как пишут Г. Шалев и Л. Лерер, “принцип свободы договора признается в качестве основного принципа, лежащего в основе израильской социальной и правовой системы”¹¹. Парадоксально, что принцип свободы договора до сих пор не формализован. Так, например, он прямо не упоминается в Основном законе Израиля “О человеческом достоинстве и свободе” 1994 г. Однако Верховным судом еврейского государства по делу *United Mizrahi Bank Ltd. vs. Migdal Cooperative Village* принцип свободы договора косвенно выведен именно из положений данного закона¹².

Принципу добросовестности “повезло” в большей мере – он легально закреплен в Законе о договорах (Общей части) 1973 г.¹³ При этом ст. 12 данного Закона устанавливает, что добросовестность является обязательным условием (принципом) осуществления гражданских прав не только на стадии исполнения договора, но и при обсуждении преддоговорных условий. По этому поводу Н. Коэн отмечает, что англо-американское право, к которому по распространенному заблуждению принято относить и право израильское, в свою очередь, отрицает возможность применения принципа добросовестности на стадии преддоговорных отношений¹⁴.

Приведенный пример с закреплением принципа добросовестности в преддоговорных отношениях является звеном одной большой цепи – процесса “континентализации” израильского частного права.

История израильского частного права так же драматична, как и еврейской государственности. Гражданское законодательство Израиля исторически формировалось под влиянием

еврейского (иудейского), оттоманского и английского права. После официального признания израильской государственности мировым сообществом в 1948 г., по сути, и начинается процесс “континентализации” частного права в Государстве Израиль, т.е. усиливается тенденция по заимствованию правовых институтов и даже самого стиля законодательной техники у европейских правовых систем (преимущественно рецепция происходила из немецкого, французского и голландского частного права). Наиболее ясно тенденция по “континентализации” гражданского права оформилась к 70-м годам.

Тем не менее, по мнению Д. Фридмана, израильское частное право периода обретения государством независимости отличалось бессистемностью, хаотичностью и полным отсутствием иерархии: оно было лишено внутренней идеологии и не основывалось на общих принципах¹⁵. Последствия такой юридической дисперсии отчасти ощущаются и в современном израильском частном праве.

Данной точке зрения оппонирует А. Барак, который видит даже в разрозненном гражданском законодательстве абрисы будущего единого Гражданского кодекса Израиля¹⁶.

Нужно отметить, что сама идея создания кодекса является самым классическим проявлением “континентализма”¹⁷.

Проблема создания единого унифицированного Гражданского кодекса в Израиле связана в первую очередь с тем, что в настоящее время в рамках израильского гражданского права не достигнуто компромисса в отношении того, какие именно принципы должны составить основу будущего Гражданского кодекса.

Еще М.И. Брагинский называл Гражданский кодекс “первым среди равных”. Признаться, данная оценка применима к Гражданскому кодексу любой страны. Именно в соответствии с этим законом создается все другое национальное законодательство, что в некоторой мере позволяет Гражданскому кодексу конкурировать даже с Основным законом по своей значимости¹⁸. Поэтому так важно, чтобы Гражданский кодекс был внутренне непротиворечивым, гармоничным, системным и завершенным. Достижение указанных характеристик возможно исключительно при легальном закреплении в самом кодексе некоторых основных объективно сформулированных идей – основополагающих принципов частного права.

¹⁵ См.: *Barak A. Introduction to the Israeli Draft Civil Code // The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective / Ed. by K. Siehr, R. Zimmermann. Tubingen, 2008. P. 5.*

¹⁶ См.: *ibid.*

¹⁷ Нужно признать, что высказанная точка зрения встречает критику в израильской и американской доктрине (см.: *Cohen N. The Four C's: Coherence, Clarification, Continuity, Change – Remedies for Breach of Contract in Israeli Draft Civil Code // The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective / Ed. by K. Siehr, R. Zimmermann. P. 54*). Утверждается, что сама по себе кодификация не способна уменьшить влияние прецедентного права. В качестве аргумента может быть приведено то, что в США действует Единый торговый кодекс, что вовсе не стало причиной “перехода” США в континентальную правовую семью. Однако такая аргументация не учитывает того, что Израиль куда более тесно связан с европейской правовой традицией, а также того, что в любом случае принятие кодекса усиливает позицию закона как источника права по отношению к судебной практике.

¹⁸ В условиях Израиля такая “конкуренция” будет только обостряться, так как в еврейском государстве еще не выработана единая конституция (в соответствии с “компромиссом Харари”).

⁹ См. подробнее: *Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. М., 2013. С. 730–745; Чиркин В.Е. Сравнительное правоведение. М., 2012. С. 320–323; Лафитский В. Сравнительное правоведение в образах права. В 2-х т. Т. 2. М., 2011. С. 8–71.*

¹⁰ *Элон М. Еврейское право. М., 2002. С. 185.*

¹¹ *Shalev G., Lerer L. Contract Law in Israel. Croydon, 2014. P. 31.*

¹² См.: *ibid.* В истории Государства Израиль такая широта судейского усмотрения стала возможной в годы работы председателем Верховного суда А. Барака. С именем этого выдающегося ученого, теоретика права и судьи связывают “конституционную революцию”. Значение дела *United Mizrahi Bank Ltd. vs. Migdal Cooperative Village* для израильской правовой системы сопоставимо с ролью кейса *Marbury v. Madison* в истории Верховного суда США.

¹³ См.: *Гражданское законодательство Израиля / Науч. ред. Н.Э. Лившиц / Сост., пред. и пер. М.С. Хейфец. СПб., 2003. С. 263.*

¹⁴ См.: *Cohen N. From the common law to the civil law: the experience of Israel // Precontractual Liability in European Private law. Cambridge, 2008. P. 398.*

Как отмечает А.Л. Маковский, “кодификация тем большую роль в развитии права, чем больше удалось создать благодаря ей общих принципиальных норм, подлежащих применению к группе той или иной части однородных отношений, и чем шире круг отношений, подпадающих под действие общего правила. Создавая нормы-обобщения, нормы-принципы, кодификация движет развитие права. Это движение возможно в разных направлениях, но чаще оно бывает движением прогресса, ибо в общих нормах принципиальные изъяны правового регулирования куда заметнее, чем в правилах для частных случаев”¹⁹.

Поэтому неудивительно, что и в Государстве Израиль правовые принципы являются той основой, на которой предложено осуществлять кодификацию гражданского (частного) права. Скепис Д. Фридмана в отношении современного состояния гражданского законодательства и перспектив кодификации частного права в Государстве Израиль оправдан лишь отчасти: да, на современном этапе имеется существенная разрозненность законодательных актов, но и нельзя не признавать того, что формулирование на уровне отдельных гражданских законов общих принципов частного права является основой формирования и развития единого гражданского права Израиля, построенного по общеевропейской модели, в основании которой находится Гражданский кодекс.

Первый и наиболее полный проект Гражданского кодекса Израиля подготовлен Министерством юстиции в 2004 г., к детальной работе над которым Кнессет приступил в 2011 г.²⁰ Неудивительно, что данный проект открывается именно с параграфа, посвященного “фундаментальным принципам”²¹.

При этом в данном разделе упоминаются как собственно сами принципы, так и цели закона. Так, в ст. 1 проекта среди целей Гражданского кодекса названы:

- обеспечение законности, справедливости и разумности;
- повышение стабильности, определенности и эффективности правосудия;
- недопущение нарушения гарантируемых законом прав;
- защита законных ожиданий сторон.

По сути, данные цели Гражданского кодекса обращены к суду: в случае пробелов или неполноты законодательного регулирования судья будет вправе разрешить конкретный спор с учетом данных общих целевых идей закона.

Логика израильского законодателя в этом смысле совершенно верна. Для уяснения того, как реализовать то или иное предписание закона, необходимо установить, “для какой цели существуют так называемые гражданские права”²².

Статья 2 проекта Гражданского кодекса устанавливает, что все права должны осуществляться, сделки совершаться и обязательства исполняться в соответствии с фундаментальным принципом гражданского права – принципом добросовестности. К слову сказать, в российском законодательстве

принцип добросовестности также долго не был закреплен до самого последнего времени, что, однако, не мешало нашим исследователям утверждать, что принцип добросовестности имманентно свойствен гражданскому праву даже при отсутствии его закрепления в законе *expressis verbis*, поскольку данный принцип проистекает из принципа справедливости²³.

Согласно ст. 3 проекта Гражданского кодекса другим принципом гражданского права является запрет на получение возмещения лицом, нарушившим законом. Неоднозначность и сложность данного принципа обусловлены в первую очередь тем, что устанавливая факт нарушения закона тем или иным лицом компетентен только суд. Именно поэтому закон прямо обращается к суду, позволяя именно ему отказывать в любом гражданско-правовом возмещении (как, например, в иске о взыскании убытков или неустойки) в том случае, если будет установлено, что лицо, обратившееся в суд, само нарушило закон, и его противоправные действия повлекли возникновение неблагоприятных имущественных последствий.

В ст. 4 проекта Гражданского кодекса в качестве другого принципа частного права упоминается запрет на удовлетворение исков, повлекших незначительные имущественные потери (в пояснении к принципу уточняется – “которые разумный человек не подал бы”). Видится, что и критерии, и степень разумности истца способен установить лишь суд, что также, с одной стороны, значительно усиливает роль суда, а с другой – позволяет нормам Гражданского кодекса быть предельно гибкими.

В качестве последнего по очередности, но не по значению в проекте Гражданского кодекса определен принцип дееспособности (ст. 4 “А”²⁴). Не кажется бесспорным такой подход законодателя, которым дееспособность определена в качестве фундаментального принципа гражданского права. Логичнее было бы поместить данное положение в специальный раздел о лицах, который в проекте на сегодняшний момент отсутствует.

Однако в проект Гражданского кодекса включен § 3 ч. 2, посвященный представительству. Видится, что и данный раздел не был бы таким “лоскутным”, если бы его включили в специальный раздел о лицах. В принципе отсутствие каких-то общих положений о субъектах гражданского права, конечно же, является очевидным недостатком данного проекта и заставляет многократно обращаться к специальному законодательству даже в целях уяснения самых общих вопросов гражданской правосубъектности.

Вместе с тем сложно назвать упущением разработчиков проекта Гражданского кодекса Израиля то, что среди “фундаментальных принципов гражданского права” не назван принцип свободы договора. Все же действие данного принципа ограничено договорной сферой, поэтому было бы нелогично указывать его в качестве общеправового принципа²⁵.

¹⁹ Маковский А.Л. О кодификации гражданского права. М., 2010. С. 14.

²⁰ В целом нужно отметить, что такая неспешность в целом характеризует израильского законодателя, руководствующегося принципом “семь раз отмерь – один раз отрежь”, и вовсе не свидетельствует о том, что в Государстве Израиль потерял интерес к идее кодификации гражданского законодательства.

²¹ С полным текстом законопроекта можно ознакомиться: The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective / Ed. by K. Siehr, R. Zimmermann. P. 251–365.

²² Вольфсон Ф. Учебник гражданского права Р. С. Ф. С. Р. / С пред. Я.Н. Бранденбургского. М., 1925. С. 8.

²³ См., например: Яковлев В.Ф. О кодификации гражданского законодательства современной России // Основные проблемы частного права. Сб. ст. к юбилею доктора юрид. наук, проф. А.Л. Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М., 2010. С. 390.

²⁴ Указание данного принципа под № 4 “А” не представляется удачным, так как возникает неверное предположение, что принцип 4 “А” каким-то образом связан с принципом 4, обусловлен им.

²⁵ В литературе встречается и противоположная точка зрения, что принцип свободы договора может затрагивать и другие сферы гражданского права (в первую очередь корпоративное право). Так, см., например: Степанов Д.И. Свобода договора и корпоративное право // Гражданское право и современность. Сб. ст., посвященных памяти М.И. Брагинского. М., 2013. С. 314–398. Тем не менее данная позиция неоднократно подвергалась критике (см.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014. С. 51–54).

Вызывает озабоченность, однако, то, что данный принцип прямо не сформулирован и в § 2 подразд. 2 ч. 4 проекта Гражданского кодекса Израиля, включающем общие положения договорного права. Представляется, что израильский судья в случае принятия Кодекса, будет вынужден “искать” принцип свободы договора в общих положениях о сделках, в которых указывается, что стороны вольны устанавливать для себя права и обязанности (ст. 84 проекта), что, конечно же, не представляется лучшим решением возникающей дилеммы. Видимо, израильским судьям придется по-прежнему “черпать вдохновение” в уже упомянутом деле *United Mizrahi Bank Ltd. vs. Migdal Cooperative Village*.

Нужно отметить, что на значение общих принципов при кодификации законодательства (необязательно – гражданского, но преимущественно именно его) обращал в своей работе “Кодификации” французский исследователь Р. Кабриак²⁶. Тщательно сравнивая общие принципы и специальные нормы, их практическую эффективность как правовых регуляторов, автор заключает, что современная европейская

догматика начинает все в большей мере отдавать предпочтение именно общим нормам-принципам в силу их гибкости, способности адаптироваться к конкретным жизненным обстоятельствам. Тем не менее Р. Кабриак не забывает и о предостережениях Р. фон Иеринга, который “блестяще показал в свое время, что избыточное обобщение неизбежно становится источником несправедливости”²⁷.

Однако с сожалением нужно констатировать, что любая норма может быть не только обойдена, но и неправильно истолкована при должном внимании.

Тем не менее нельзя и недооценивать того, что принципы права выполняют важную функцию по унификации и гармонизации гражданского права. Пример кодификации гражданского законодательства в Государстве Израиль в этом смысле очень показателен. По сути, частноправовые принципы (будь то свобода договора или добросовестность) являются порождением юридической практики, сказать шире, гражданского оборота и общественной жизни. В этих условиях умалить роль принципов при кодификации гражданского права было бы по крайней мере нерационально.

²⁶ См.: Кабриак Р. Кодификации / Пер. и вступ. ст. Л.В. Головки. М., 2007. С. 407–412.

²⁷ Там же. С. 411.