

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ  
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ  
РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ (РУДН)  
Юридический факультет

**КОДИФИКАЦИЯ  
ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА  
В ЛАТИНОАМЕРИКАНСКИХ  
СТРАНАХ**

*Материалы  
международной научной конференции*

Под общей редакцией  
проф. В.В. Безбаха и проф. В.Ф. Поньки

Москва  
Российский университет дружбы народов  
2013

УДК 347(8=6)(063)  
ББК 67.404(70)  
К 57

Утверждено  
РИС Ученого совета  
Российского университета  
дружбы народов

**Редакционная коллегия:**

д.ю.н., проф. В.В. Безбах, д.ю.н., доц. К.М. Беликова,  
д.ю.н., проф. В.Ф. Понька, к.ю.н., доц. Е.П. Ермакова,  
к.ю.н., доц. Е.В. Ситкарева, к.ю.н., доц. А.Н. Кирсанов,  
к.ю.н. Н.В. Бадаева

**К 57** Кодификация гражданского права в латиноамериканских странах [Текст] : Материалы международной научной конференции / Под общ. ред. В.В. Безбаха, В.Ф. Поньки. – М. : РУДН, 2013. – 238 с.

ISBN 978-5-209-05451-1

В настоящем сборнике помещены материалы международной научной конференции, состоявшейся в Российском университете дружбы народов 30 ноября 2012 года. Представленные на конференции доклады и сообщения затрагивают широкий круг проблем, связанных с кодификацией материального и процессуального гражданского права в странах Нового Света.

Для преподавателей, аспирантов, студентов и всех интересующихся вопросами сравнительного гражданского права.

*Издание подготовлено при поддержке гранта РГНФ (пр. 11-03-00127).*

ISBN 978-5-209-05451-1

УДК 347(8=6)(063)  
ББК 67.404(70)

© Коллектив авторов. Отв. ред. В.В. Безбах, В.Ф. Понька, 2013  
© Российский университет дружбы народов, Издательство, 2013

## СОДЕРЖАНИЕ

Телеологический фон современных направлений частноправового нормотворчества в Латинской Америке (вместо введения) (Безбах В.В., Понька В.Ф.).....	5
<b>РАЗДЕЛ 1. КОДИФИКАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ЛАТИНОАМЕРИКАНСКИЙ ОПЫТ</b> .....	12
Кодификация в странах Латинской Америки: тенденция к унификации частноправового регулирования (на примере проекта Гражданского кодекса Аргентины 1998 г.) (Беликова К.М.).....	12
Бразильский гражданский кодекс 2002 года – кодификация нового поколения (Телицин В.М.).....	30
Об общей части в структуре учебников гражданского права XIX в. и в структуре проекта гражданского кодекса, предложенного Аугушто Тейшейра де Фрейтасом (Диас Мартинс Рафаэл) .....	42
Кодификация гражданского права в Аргентине, Чили, Гаити и Доминиканской Республике (Князев Ю.).....	54
Гражданский кодекс Чили как пример оригинальной кодификации частного права в Латинской Америке (Белоус Е.И.).....	62
<b>РАЗДЕЛ 2. ВЕЩНОЕ ПРАВО</b> .....	68
Основные и обеспечительные вещные права в Гражданском кодексе Перу 1984 г. (Бадаева Н.В.).....	68
<b>РАЗДЕЛ 3. ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ ПРАВО</b> .....	77
Аксиологические и метаиндивидуальные аспекты в трактовке понятия и назначения договора в латиноамериканской цивилистике (Безбах В.В.).....	77
Деликтные обязательства в системе латиноамериканского частного права (Посохов С.П.).....	95

<b>РАЗДЕЛ 4. КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО</b> .....	107
Правовое положение юридических лиц и внутрикорпоративные отношения в праве Республики Эквадор ( <i>Ифраимов В.Ю.</i> ).....	107
Развитие коммунитарного права в решениях Суда Андского сообщества ( <i>Рафалюк Е.Е.</i> ).....	120
<b>РАЗДЕЛ 5. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО</b> .....	140
Положения латиноамериканских кодексов о брачно-семейных отношениях ( <i>Протопопова О.В.</i> ).....	140
Бракоразводный процесс в Мексиканских Соединенных Штатах ( <i>Пономарева О.С., Горохов А.В.</i> ).....	153
<b>РАЗДЕЛ 6. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО</b> .....	161
Международное частное право в странах Латинской Америки. Теоретические вопросы кодификации ( <i>Ситкарева Е.В.</i> ).....	161
Кодекс Бустаманте: путь к созданию и значение ( <i>Пономарева О.С.</i> ).....	169
<b>РАЗДЕЛ 7. ГРАЖДАНСКОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО В ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКЕ И ПРОБЛЕМЫ КОДИФИКАЦИИ</b> .....	176
История кодификации гражданского процессуального права в странах Латинской Америки: общий обзор ( <i>Ермакова Е.П.</i> ).....	176
Положения Устава Бразильского арбитражного комитета ( <i>Русакова Е.П.</i> ).....	188
<b>РАЗДЕЛ 8. ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ ЛАТИНОАМЕРИКАНСКИХ СТРАН</b> .....	196
Правовая система Латинской Америки: дискуссии в Италии и за ее пределами ( <i>Панкова О.А.</i> ).....	196
Латиноамериканский конституционализм: концептуальные подходы к понятию ( <i>Фёдоров М.В.</i> ).....	220
<b>РАЗДЕЛ 9. КОДИФИКАЦИЯ В СЕВЕРНОЙ АМЕРИКЕ</b> .....	234
Codification of Private Law in the USA ( <i>Ноя Thomas W.</i> ).....	234

*Безбах В.В., Понька В.Ф.*

**ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ФОН  
СОВРЕМЕННЫХ НАПРАВЛЕНИЙ  
ЧАСТНОПРАВОВОГО НОРМОТВОРЧЕСТВА  
В ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКЕ**  
*(вместо введения)*

Со времени первого издания в русском переводе основных положений гражданских кодексов латиноамериканских стран прошло четверть века. За это время цивилистическая нормотворческая практика латиноамериканских стран обогатилась целым рядом новых актов, в том числе весьма новаторских по духу. Такое обогащение произошло не только в сфере материального, но и процессуального гражданского права. Разработан и в 2010 году опубликован проект нового гражданского процессуального кодекса Бразилии. Существенному реформированию подверглись гражданские кодексы многих латиноамериканских стран. В Мексике, например, в 2000 г. был принят Федеральный Гражданский кодекс<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Código Civil Federal // Diario Oficial de la Federación, 29 de mayo 2000. (Última reforma publicada en Diario Oficial de la Federación 09-04-2012). Федеральный кодекс изменил прежнюю ситуацию, когда действовал Гражданский кодекс 1928 г. (Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal), который предназначался для регулирования локальных отношений в федеральном округе и отношений федерального характера в каждом из субъектов мексиканской федерации. Теперь в федеральном округе действует собственный кодекс (Código Civil para el Distrito Federal), который продолжает оставаться кодексом 1928 года (за исключением некоторых важных изменений в сфере брачно-семейных норм), а для регулирования отношений федерального характера в 31 штате Мексики, как и в самом федеральном округе, предназначен Федеральный ГК 2000 г. Существенных текстуальных различий, впрочем, между ними так мало, что это даёт повод некоторым авторам считать их одним и тем же кодексом, действующим под разными наименованиями.

Нельзя, однако, не признать, что крупнейшим событием стало для компаративистов-юсprivатистов появление в 2002 году в Бразилии нового Гражданского кодекса. Жизнь ему дал принятый в Бразилии 10 января 2002 года Закон № 10.406. ГК Бразилии 2002 года заменил собой прежний кодекс 1916 года. На создание проекта этого кодекса у его разработчиков ушло почти тридцать лет. Основным мотивом, обусловившим появление в Бразилии нового Гражданского кодекса, стал мотив модернизации. Прежний кодекс был создан в обществе, которое ещё хранило в своём сознании следы колониального прошлого. Это было общество, существовавшее в условиях монархического строя, патерналистских традиций, аграрной экономики, неграмотности большей части населения. Наступление же XXI века застало Бразилию страной с совершенно иным обществом, страной высокоразвитой промышленности, высоких технологий, страной бурных темпов экономического и культурного развития. Этой стране понадобился новый гражданский кодекс, которому надлежало отвечать двум императивам: императиву сохранения сложившейся цивилистической традиции, во-первых, и императиву соответствия новым экономическим и социальным реалиям, во-вторых.

Первому императиву удовлетворяет структура нового кодекса: как и у прежнего, концептуально она выстроена по пандектной системе в её германской модели. Второй императив, отражённый новым кодексом, проявил себя в ряде новых подходов, которых не знала прежняя кодификация бразильского гражданского законодательства.

По существу, содержание нового бразильского кодекса и иллюстрирует, и, по-видимому, определяет тенденции изменений, которые претерпевает кодифицированное гражданское законодательство латиноамериканских стран.

На первое место в ряду таких изменений следует, видимо, поставить принципиальную замену основополагающей идеи, составившей базу нового ГК Бразилии: идея «ter» ока-

залась воплощённой в нём в ущерб ранее не знавшей ограничений идее «ser». Два инфинитивных глагола, избранные для их обозначения, т.е. «иметь» и «быть», в целом удачно выполняют предназначенную им функцию образного указания на сужение старого принципа новым. Действительно, в ГК 1916 г. и в сфере договорных обязательств, и в сфере собственности всё было подчинено абсолютизации интересов частного собственника, правомочия которого не подвергались никаким социально окрашенным ограничениям: не стеснялся рамками принцип свободы договора, не провозглашался принцип социальной функции собственности.

ГК Бразилии 2002 года осуществил закрепление приоритета личностной ценности человека (*valorizar o ser*). Этот приоритет воплощён в принципах «*eticidade*», «*operabilidade*» и «*socialidade*», то есть «этичности», «действенности» и «социальности». Нельзя также не упомянуть о такой черте этого кодекса, как охват его содержанием норм предпринимательского права, воспринимаемый многими латиноамериканскими авторами как проявление стремления к унификации частного права (в смысле ограничения или преодоления его дуализма)<sup>1</sup>.

В числе принципов, пронизавших новое гражданское законодательство Бразилии благодаря принятию ГК 2002 г.,

---

<sup>1</sup> Структурное строение ГК Бразилии 2002 г. свидетельствует о системном подходе его разработчиков к консолидации норм, составляющих обширную область права. Нельзя не заметить в этой связи, что в определённом смысле такой подход созвучен тому, которого придерживались и придерживаются крупнейшие российские цивилисты, причастные к решению организационных и концептуальных вопросов кодификационной работы. Так, профессор А.Л. Маковский отмечает, что обращение «к кодексам прежде всего со стороны их содержания, как к законам, содержащим системное решение главных и крупных... проблем правового регулирования в определенной отрасли или области права, выдвигает в качестве предмета исследования на первый план *кодификации частного права* (курсив А.Л.М.)». – См.: *Маковский А.Л. О кодификации гражданского права.* – М.: Статут, 2010. С. 8-9.

следует упомянуть также принцип «boa fé», т.е. принцип добросовестности, конкретизирующий в известной степени принцип этичности. Последний трактуется в контексте объективной концепции добросовестности (concepção ética da boa fé), выступая, таким образом, многоотраслевым принципом права.

Концепция добросовестности в субъективном смысле, которую бразильские правоведы именуют также «психологической концепцией», применяется в тех случаях, когда квалификация правоотношения требует учёта намерений его участников. Чаще всего она применяется в договорной сфере.

Последнее обстоятельство связано с тем, что свобода договора подчинена современной кодификацией Бразилии принципу социальной функции договора (função social do contrato), означающему, что интересы участников договора ни при каких условиях не могут предпочитаться социальному интересу. Принцип социальной функции договора был закреплён бразильским законодательством ещё в 1990 г., – Кодексом о защите прав потребителя, принятым Законом № 8.078/90. Этот кодекс исходит из тезиса об открытом перечне (numerus apertus) условий договора, которыми потребитель может быть поставлен в неравное положение с коммерсантом. Такие условия считаются проявлением злоупотребления свободой договора той стороной, к выгоде которой они направлены, т.е. контрагентом потребителя, и ex officio признаются судом ненаписанными. ГК Бразилии 2002 г. однозначно поддержал принцип социальной функции договора.

Применение принципа социальности тесно связывается новым ГК Бразилии с принципом социальной функции собственности. В отношениях, например, собственности на сельскохозяйственные земли последняя должна подчиняться триаде императивов: производительному использованию земельных участков, поддержанию равновесного состояния окружающей среды, а также гармоничных трудовых отношений в сфере использования таких земель. Пренебрежение

любым из этих императивов влечёт за собой применение санкции, закреплённой гражданским законодательством, – принудительную экспроприацию соответствующего земельного участка. Закрепление такой санкции в новом ГК Бразилии – ещё одно свидетельство отступления от сугубо индивидуалистского подхода прежнего кодекса в пользу подчинения правомочий собственника социальному интересу (*supremacia do interesse social em detrimento do exagero individualista*).

Принцип действенности (*operabilidade*) выражен в новом кодексе посредством включения в него так называемых общих положений (*cláusulas gerais*). Они представляют собой выражение «юридически открытых понятий» (*conceitos juridicamente abertos*), конкретное содержание которых подлежит наполнению тем, кто осуществляет их толкование. Цель такого толкования – повысить действенность права, содержащего такие положения, а равно – эффективность его применения.

В суждениях бразильских правоведов нередко оценки нового ГК Бразилии, выражаемые в терминах безусловной идеализации допускаемой им гибкости толкования содержащихся в нём общих положений. Именно в ней видят они появление кодекса не как мертворожденного акта, а как грандиозного явления в нормотворчестве, освобождённого от сковывающей правоприменение медлительности и нерасторопности (*morosidade*) законодателя. Эта гибкость, подчеркивают они, устраняет потребность в многочисленных изменениях и дополнениях, вызываемую инерционными аспектами законотворчества.

По замечанию одного из них, Ricardo Fiuza<sup>1</sup>, «гражданский кодекс должен выражать предписываемые им правила в достаточно открытой форме, с тем чтобы сделать возможным их творческое толкование (*de maneira a permitir a função criadora do intérprete*). Необходимо выйти за пределы чрез-

---

<sup>1</sup> *Ricardo Fiuza. Código Civil Comentado. – Editora: Saraiva, 2012.*

мерного позитивизма, «бетонирующего» право и замедляющего необходимые ему перемены; лишь в этом случае удастся достигнуть постпозитивистской фазы [развития] права. Избыток позитивизма приводит к усмотрению в законодательстве неисчерпаемого источника решений для любых задач, выдвигаемых правовой жизнью, к взгляду, согласно которому закон всё предусматривает и всё разрешает, – иными словами, такой избыток оказывается главным источником нестабильности и ненадёжности законодательства».

Предупреждению этого избытка служит такое понимание права, которое позволяет последовательно проводить разграничение между сущим в мире природы и должным в мире права. Это – ценностный подход. Известный бразильский правовед Мигель Реале в ходе работы возглавлявшейся им комиссии по разработке проекта гражданского кодекса, принятого в 2002 году, выдвинул трёхмерную теорию права (*teoria tridimensional do direito*), суть которой составляла триада элементов: «*fato, valor e norma*», то есть «факт, ценность и норма». Несколько упрощая для краткости изложения содержание их взаимосвязей, можно сказать, что юридические факты (события, поступки) обладают ценностью, детерминированной нормой права. Ценностное же значение права детерминируется его динамикой, а не статикой, ведь создание и применение наполняющих его норм выступают непрерывным процессом. Общественное бытие проявляет себя нормами, дисциплинирующими и мотивирующими поведение лица, субъекта права. Мир природы не лишён процессов, но лишён мотивированного поведения. Течение процессов, происходящих в природе, не меняется, ибо эти процессы не имеют мотивов. В сущности, воспринимая упомянутую трёхмерную теорию права как проявление тенденции к видоизменению воззрений на правосозидание и правоприменение, демонстрируемое современной латиноамериканской цивилистикой в её бразильском варианте, нельзя не заключить, что речь идет о тенденции к интегрированию социологиче-

ских, этических и нормативистских представлений о телеологии частнопроводного регулирования.

Материалы конференции, состоявшейся 30 ноября 2012 года на юридическом факультете Российского университета дружбы народов, публикуются для дальнейшего углубления сравнительно-правовых исследований, ведущихся российскими правоведом, для укрепления плодотворных контактов с иностранными компаративистами, для расширения диапазона освещения современных проблем, разрешаемых цивилилистической наукой зарубежных стран.

Д.ю.н., проф. **В.В. Безбах**,  
координатор цивилистических  
сравнительно-правовых исследований  
на юридическом факультете  
Российского университета дружбы народов;  
д.ю.н., проф. **В.Ф. Понька**,  
декан юридического факультета  
Российского университета дружбы народов

**РАЗДЕЛ 1**  
**КОДИФИКАЦИЯ**  
**ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА:**  
**ЛАТИНОАМЕРИКАНСКИЙ ОПЫТ**

*Беликова К.М.<sup>1</sup>*

**КОДИФИКАЦИЯ**  
**В СТРАНАХ ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ:**  
**ТЕНДЕНЦИЯ К УНИФИКАЦИИ**  
**ЧАСТНОПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ**  
**(НА ПРИМЕРЕ ПРОЕКТА**  
**ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА АРГЕНТИНЫ 1998 Г.)<sup>2</sup>**

Кодификация направлена на то, чтобы изменять форму права. Кодификация является высшей формой систематизации права: с помощью кодификации можно избавиться от правового партикуляризма, согласованно урегулировать большую сферу общественной жизни<sup>3</sup>. Кодификация обеспечивает преемственность правовой материи, которая призвана поддерживать и обеспечивать устойчивость нормативно-правового регулирования, устойчивость основ правовой сис-

---

<sup>1</sup> Доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права РУДН.

<sup>2</sup> Статья подготовлена в рамках работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2011 г. № 11-03-00127а «Гражданское право стран Латинской Америки (теоретические проблемы кодификации)».

<sup>3</sup> См.: *Соминский А.С.* Понятие и формы систематизации советского законодательства // Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / Под ред. С.Н. Братуся и И.С. Самощенко. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 9-12; Развитие кодификации советского законодательства / С.Н. Братусь, К.П. Горшенин, П.Ф. Елисейкин, В.Н. Иванов и др.; Отв. ред. С.Н. Братусь. – М.: Юр. лит., 1968. – С. 3; и др.

темы в процессе ее развития<sup>1</sup>. В этом качестве идея кодификации не утрачивает актуальности и по сей день, приобретая лишь иные формы и ракурсы, – зарубежные правоведы говорят о таком явлении, как «рекодификация».

Французский правовед Р. Кабрыйяк<sup>2</sup> определяет рекодификацию как процесс и наиболее примечательный в сфере законодательства последних десятилетий феномен, принимающий различные формы, – рекодификация может производиться в виде систематизации путем инкорпорации или консолидации («recodificación-compilación», reforma total) в порядке всеобъемлющей реформы, либо путем частичного (прогрессивного) реформирования (модификации – «recodificación-modificación», reforma parcial). Процесс «рекодификации» в настоящее время характерен и для Российской Федерации: принятый 15 лет назад ГК РФ в настоящее время кардинально пересматривается<sup>3</sup>. Эти процессы в России и за рубежом позволяют говорить о наступлении нового этапа в проводимой, в том числе в странах Латинской Америки, кодификационной деятельности.

В настоящее время в отечественной науке частного права также ведется дискуссия относительно того, быть или не быть торговому кодексу России, какой путь наиболее оптимален. В настоящей статье автор также предпринимает попытку снабдить участников этого спора дополнительными аргументами, в свою очередь видя в поиске ответа на них также перспективу своей дальнейшей работы.

---

<sup>1</sup> Коллизионное право: Учеб. и науч.-практ. пособие / Ю.А. Тихомиров. – М., 2000. – С. 170, 171.

<sup>2</sup> *Cabrillac R. Recodifier*, RTDC 2001-4-833. Цит. по: *Rivera J.C. La recodificación. Un estudio de derecho comparado // Rev. Jurídica del Perú, Año LII, n° 41, diciembre 2002. – P. 83-130.*

<sup>3</sup> Проекты изменений, которые предлагается внести в разделы I, II, III и VI Гражданского кодекса Российской Федерации, см., например, по адресу: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31505.html> и <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31726.html> (дата обращения: 02.02.11).

Одной из тенденций развития в сфере деятельности по рекодификации выступает тенденция к *унификации* частного правового *регулирувания* (прежде всего обязательств), исходя из того что никакой принципиальной разницы между общегражданскими и торговыми сделками не существует.

По мере того как в обществе стирались сословные границы, – полагают некоторые правоведы, – гражданское и торговое право взаимно обогащалось, и *фактическое слияние норм гражданского и торгового права* привело к тому, что в качестве не только желаемой, но и необходимой стала осознаваться мысль об *отказе от дуализма частного права*. Так, в настоящее время большинство мексиканских юристов, например, считает, что дуализм частного права не имеет практического смысла, и ведет поиски наиболее приемлемых форм *унификации основных гражданско-правовых и торгово-правовых институтов*<sup>1</sup>.

Действительно, некоторые западноевропейские страны – Швейцария, Италия, Нидерланды – отказались от системы двух автономных кодексов, упразднили свои торговые кодексы и приняли единые гражданские кодификации. Швейцарское гражданское уложение 1907 г., Швейцарский обязательственный закон 1911 г., Гражданский кодекс Италии 1942 г., а также Гражданский кодекс Нидерландов, который вводился в действие с 1970 г. по частям, регламентируют не только гражданские, но и торговые отношения. В Швейцарском законе об обязательствах 1881 г., например, воспроизведен первоначальный проект Торгового уложения для всего Союза, но с добавлениями и с измененным заголовком. Однако видный отечественный правовед П.П. Цитович отмечает в этой связи, что Швейцарский закон далек от слияния торгового и гражданского права, это можно видеть, например, из ст. 524, где определяется простое, т.е. гражданское,

---

<sup>1</sup> Тимофеева Н.Г. Становление и развитие правовой системы Мексики // Правоведение. – 1992. – № 2. – С. 79-83.

товарищество, и ст. 552, где определено коллективное, т.е. торговое, товарищество. XXXIII титул закона включает в себе постановления о торговом реестре, о фирмах, о торговых книгах<sup>1</sup>.

Сходную мысль проводит и российский правовед М.И. Кулагин. Он полагает, что принятие единых гражданских кодексов не устранило дуализма в правовом регулировании имущественных отношений, построенных на началах юридического равенства, поскольку по существу, во всех зарубежных странах имеются специальные нормы, призванные регулировать исключительно коммерческие или торговые отношения, а сохранение самостоятельности торгового права в полной мере отвечает *тенденции* современного права к *дифференцированному регулированию однородных общественных отношений в зависимости от их субъектного состава*<sup>2</sup>. На наш взгляд, по сути такая ситуация и является выражением дуализма в правовом регулировании имущественных отношений при юридическом равенстве субъектов. Ведь во всех, включая упомянутые, зарубежных странах имеются специальные нормы, призванные регулировать исключительно коммерческие или торговые отношения.

Рассмотрим опыт в этой сфере Аргентины – одной из стран Латиноамериканского региона, стремящейся объединить положения Гражданского<sup>3</sup> и торгового кодексов<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Цитович П.П. К вопросу о слиянии торгового права с гражданским // Труды по торговому и вексельному праву: В 2 т. – Т. 1: Учебник торгового права. – М.: Статут, 2005. – С. 441.

<sup>2</sup> Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада // Избранные труды по акционерному и торговому праву. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2004. – С. 219.

<sup>3</sup> Ley 340 Sanción del Código Civil de la Nación Argentina de 1869 // R.N. 1863/69. Fecha Pub.01/10/1869. – URL: <http://www.boletinoficial.gov.ar/BuscadoresPrimera/BusquedaAvanzada.castle?dest=&page=3> (дата обращения: 31.07.10).

<sup>4</sup> Ley 2.637/1889. Código de Comercio, 5 de octubre de 1889 (Ley de la Nación que re-forma el Código de Comercio) // R.N. 01/11/1889. página 1798. – URL: <http://www.boletinoficial.gov.ar/BuscadoresPrimera/BusquedaAvanzada.castle?dest=> (дата обращения: 02.08.10).

Предвестником идеи унификации обязательственно-правового регулирования в латиноамериканских странах считают бразильца А.Т. Фрейтаса<sup>1</sup>. На такую необходимость указывал уже в 1889 г. и аргентинский цивилист Л. Сеговия<sup>2</sup>. В ключе этого представления в Аргентине с 1986 г. и по сей день ведутся кодификационные работы по составлению проекта нового ГК, взявшего за основу *идею объединения Гражданского и Торгового кодексов*<sup>3</sup>. По мнению аргентинских цивилистов<sup>4</sup>, необходимость объединения вызвана «коммер-

---

<sup>1</sup> *Frontini P.S.* Unificação do Direito Privado: mais de um século de polêmica (ou a réplica dos fatos contra os doutores) // Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo. – P. 88; *Karam Munir.* Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro // Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial. – São Paulo, 1984. – V. 8. – № 29. – P. 95-112. Подробнее об А.Т. Фрейтасе см.: *Беликова К.М.* Аугусто Тейшера Фрейтас // Развитие научной мысли в персоналиях: политико-правовой аспект. – Саарбрюккен (Германия): LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG. – 2011. – С. 48-51 (104 с.). – URL: <https://www.lap-publishing.com/catalog/details/store/gb/book/978-3-8473-0950-5/Развитие-научной-мысли-в-персоналиях>: (дата обращения: 31.01.2012).

<sup>2</sup> Подробнее см.: *Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera, Horacio Roitman.* Proyecto de Código Civil de 1998, de fecha 28.12.98 Nota elevación. – URL: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Nota-Elevacion.PDF> (дата обращения: 27.05.2012).

<sup>3</sup> См., например: Resolución (CD) N° 5626/09 del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 07 may 2009. – URL: [www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/proy\\_cod\\_civil\\_res\\_5626.doc](http://www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/proy_cod_civil_res_5626.doc) (дата обращения: 31.07.2010); Proyecto de código civil. Nueva edición. – Buenos Aires, 1987. Véase varios autores, “Unificación de la legislación civil y comercial”, separata del t. XXVI de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1987. Цит. по: *Lerner P.* El código civil italiano de 1942 y las reformas al código civil argentino. – URL: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art6.htm> (дата обращения: 27.05.2012).

<sup>4</sup> *Alterini A.A.* El código civil de 1998: perspectiva y prospectiva. – URL: [http://www.nuevoderecho.8m.com/textos\\_elproyecto.htm](http://www.nuevoderecho.8m.com/textos_elproyecto.htm) (дата обращения: 31.07.10).

циализацией» гражданского права<sup>1</sup>. Корни же этой идеи следует искать, по-видимому, в представлении, высказываемом рядом правоведов, о том, что обе отрасли права – и гражданское, и торговое, регулируют однородные общественные отношения – отношения частных лиц между собой.

В этой связи один из авторов проекта ГК Аргентины 1998 г., А.А. Альтерини, давая пояснение по поводу унификации гражданского и торгового права, отмечает: «Кодексы – Гражданский и Торговый – были монументальными памятниками XIX в. Мы должны отдать дань уважения Д.В. Сарсфилду, потому что Гражданский кодекс был, без сомнения, столпом культуры, рычагом современной Аргентины. Но время прошло, неудержимое, неумолимое, разрушительное. На смену уходящей приходит новая эпоха»<sup>2</sup>.

Сходную мысль применительно к ТК выражает Х.К. Ривера. Он говорит о том, что «от Торгового кодекса 1889 г. к сегодняшнему дню почти ничего не осталось: его коснулся процесс декодификации. Сначала предметом регулирования нормами специальных законов стало конкурсное производство; деятельность товариществ; простые и переводные векселя; чеки; мореплавание и страхование. Затем законодательному регулированию подверглись отношения, которые раньше не находили закрепления в ТК: варрант и таможенный варрант; регистрируемый залог и залог сельскохозяйственной продукции; деятельность бирж, кооперативных товариществ, товариществ смешанной экономики, финансовых учреждений и др. Это позволило аргентинским правоведом заключить, что имеющееся регулирование отношений в сфере

---

<sup>1</sup> О тенденции к «коммерциализации» гражданского права см., например: Гражданское и торговое право капиталистических стран: Учеб. пособие / Под ред. В.П. Мозолина и М.Ю. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 6, 7.

<sup>2</sup> *Alterini A.A.* El Código civil de 1998: perspectiva y prospectiva. – URL: [http://www.nuevodercho.8m.com/textos\\_elproyecto.htm](http://www.nuevodercho.8m.com/textos_elproyecto.htm) (дата обращения: 31.07.10).

торгового оборота достаточно, и необходимости в принятии нового ТК нет»<sup>1</sup>.

В докладе Комиссии по реформе Торгового кодекса 1889 г. выражено мнение о том, что «лишь отсутствие в 80-е годы XIX в. в Аргентине Гражданского кодекса вынудило разработчиков Торгового кодекса 1859 г. включать в него разделы и положения гражданско-правовой природы, но ситуацию необходимо было исправить после введения в действие ГК 1869 г. так, чтобы именно гражданский кодекс был «общим правилом» (*queda así el Código Civil como la regla general*), регламентирующим торговлю как таковую, в тех случаях, когда не предусмотрено регулирования на основе специального торгового законодательства. На современном же этапе развития правовой мысли торговое законодательство в качестве дополнительного к гражданскому законодательству источника права не нужно»<sup>2</sup>. Это подтверждают, полагают аргентинцы, правовая реальность. Так, Швейцарский обязательственный закон 1881 г. в 1912 г. был инкорпорирован в качестве книги V в ШГК. Эта идея была воспринята Тунисом (1906), Марокко (1912), Турцией (1926), Ливаном и Польшей (1934), Италией (1942), СССР (1964), Мадагаскаром (1966), Сенегалом (1867), Перу (1984), Парагваем, о. Тайвань (Китай), Таиландом и Китаем (1987), Кубой (1988), Голландией (1992), Монголией и Россией (1994), Вьетнамом (1995), провинцией Квебек (Канада)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См., например: *Rivera J.C.* – Op. cit.

<sup>2</sup> Proyecto de Código Civil. Comisión creada por Decreto 685/95. Fundamentos. – URL: <http://www.cnv.gov.ar/firmasdig/nuevocodcivilartsdigitalizacion.htm> (дата обращения: 27.05.2012).

<sup>3</sup> Подробнее об идеях унификации частноправового регулирования в зарубежных странах см., например: *Ву Тхи Лан Ань*. Заключение и исполнение предпринимательского договора в Социалистической Республике Вьетнам: Автореф. дис. ... к.ю.н. (специальность 12.00.03). – М., 2008 – 22 с.; *Янь Имэй*. Состояние гражданского законодательства в современном Китае и процесс его кодификации // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. – 2006. – Вып. 4 (№ 7). – С. 26-29; и др.

Идея унификации муссировалась в Аргентине задолго до настоящего времени. После разработки нескольких проектов – 1926 г., 1936 г., 1954 г., 1987 г., 1993 г., 1998 г. (последний был 7 июля 1999 г. представлен в Палату депутатов и до недавнего времени находился на рассмотрении сената), – в 2008 г. Министерством юстиции, безопасности и прав человека создана новая Комиссия по выработке Проекта реформы, актуализации и унификации Гражданского и Торгового кодексов<sup>1</sup>. До настоящего времени она не представила результатов своей работы, поэтому, по мнению автора, научный и практический интерес представляет рассмотрение последнего по времени Проекта, предлагающего унифицировать аргентинские ГК и ТК, – Проекта ГК 1998 г.

Так, авторы проекта ГК 1998 г. акцентировали внимание на том, что Проект представляет собой попытку выработки механизма и юридической техники, адекватных свободной торговле в сочетании со справедливым равновесием и существенной переоценкой человеческой личности в свете положений новой Конституции Аргентины 1994 г. и Асунсьонского договора об учреждении МЕРКОСУР, нацеленных на соединение экономического развития и социальной справедливости для улучшения условий жизни жителей стран – участниц МЕРКОСУР<sup>2</sup>.

Такой подход лежит в русле представлений, закрепленных в Акте Арекипы (*Acta de Arequipa*), принятом членами аргентинской, боливийской, перуанской и пуэрториканской комиссий по реформе гражданских кодексов этих стран по окончании состоявшегося 4-7 августа 1999 г. в г. Арекипа

---

<sup>1</sup> Resolución 1710/2008 – MJSDH – 27/6/2008. Créase la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial // B.O. 04/07/08. – URL: [www.iadc.com.ar/images/Nueva\\_Comision\\_para\\_unificar\\_Cod.\\_Civil\\_y\\_Comercial.doc](http://www.iadc.com.ar/images/Nueva_Comision_para_unificar_Cod._Civil_y_Comercial.doc) (дата обращения: 31.07.2010).

<sup>2</sup> Proyecto de código civil de 1998. Nota elevación. – URL: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Nota-Elevacion.PDF> (дата обращения: 27.05.2012).

(Перу) Международного конгресса гражданского права. Эти представления сформулированы в виде основных принципов, которые надлежит учитывать законодателям латиноамериканских стран при составлении новейших гражданских кодификаций. Это: соответствие вновь принимаемых гражданских кодексов национальным конституциям и принципам интеграции; рецепция прав человека и эффективная их защита; защита слабого и уважение автономии воли в отношениях между субъектами; реформирование принципов, из которых исходят стороны при заключении договора; признание новых форм собственности; установление адекватной системы гражданско-правовой ответственности; укрепление семьи; уважение малолетних; признание и уважение культуры коренного населения; улучшение условий для осуществления региональной интеграции<sup>1</sup>.

Ряд названных принципов (признание необходимости охраны человеческой жизни гражданским правом с момента зачатия; уважение и защита неотъемлемых прав человека на жизнь, честь, достоинство и достойную смерть; проведение строгого равенства мужчин и женщин; защита прав молодежи, стариков и малолетних; забота о семье, поддержка солидарности в семье и детское благочестие; запрещение злоупотребления правом и злоупотребления преимущественным положением; увеличение свободной части наследства; расширение объективной ответственности; приведение договоров в соответствие с мировой практикой; совершенствование системы вещных прав; признание допустимым создания юридических лиц, состоящих из одного лица, и др.) был учтен по окончании Конгресса в тексте рассматриваемого Проекта ГК Аргентины<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Alterini A.A.* Op. cit.

<sup>2</sup> Proyecto de código civil de 1998. Nota elevación. – URL: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Nota-Elevacion.PDF> (дата обращения: 27.05.2012).

Проект ГК состоит из 2532 статей, объединенных в 7 книг, и дополнительных статей, в то время как действующий ГК насчитывает 4051 статью. Авторы Проекта ГК 1998 г. много внимания уделили юридической технике, поэтому правовые предписания формулируются в Проекте просто и четко.

Как и действующий ГК, Проект содержит положения, сосредоточенные в *Книге первой* «О праве» (*Del derecho*), посвященные действию законов в пространстве и времени, их применении и т.п. В общем виде положения этой части Проекта следуют действующему ГК в редакции, ставшей следствием упоминавшейся выше реформы 1986 г., за исключением того что нормы о международном частном праве видятся в качестве предмета регулирования специального закона.

*Книга вторая* «Об общей части» (*De la parte general*) охватывает нормы о лицах (физических и юридических), об имуществе, о юридических фактах и юридических актах, их видах, о пороках воли и юридических актов, о представительстве, о недействительности юридических актов, об осуществлении прав и о переходе прав. Аналогичный способ формулирования правовых предписаний был использован, как отмечалось выше, и в *Esboço de un Código Civil para Brasil* А.Т. Фрейтаса.

Применительно к физическим лицам, например, Проект оперирует термином «человеческие существа» – *personas humanas*, поскольку «лицом» – *persona* – является любой человек в силу факта рождения таковым, «лицо» есть нечто, существующее до закона, поэтому право действует для лиц, составляющих ядро, центр соответствующего регулирования. Дееспособным лицом считается (как и в большинстве латиноамериканских стран) с момента зачатия. Устранено разграничение на абсолютную и относительную недееспособность (*incapacidad absoluta y relativa*). Возраст совершеннолетия равен 18 годам. Следуя Проекту ГК 1954 г., установлен объем дееспособности лиц от 14 до 18 лет и лиц, способных заключать сделки и распоряжаться своим имуществом, при-

обретенным в результате заключения таких сделок, т.е. приобретших дееспособность в полном объеме вследствие занятия профессиональной деятельностью (*ejercicio de una profesión*).

Деятельность юридических лиц регламентируется с позиции признания того факта, что «человеческие существа» должны располагать признанием в качестве юридических лиц с точки зрения телеологических представлений законодателя о допустимости наличия собственных интересов у объединений «человеческих существ», которые последние могут защищать и развивать. Так, юридическими лицами признаются: «гражданские союзы» (*asociaciones civiles*), «простые союзы» (*simples asociaciones*) и «фонды» (*fundaciones*). Положения раздела Проекта ГК о юридических лицах subsidiarily применяются также к юридическим лицам, деятельность которых регламентируется специальными действующими законами, – Законом о кооперативах № 20.337 (опубликован в Официальном бюллетене 15 мая 1973 г.)<sup>1</sup>, Законом об ассоциациях взаимопомощи и страхования рисков № 20.321 от 27 апреля 1973 г.<sup>2</sup>, Законом о торговых товариществах № 19.550 от 30 марта 1984 г.<sup>3</sup>

Одновременно поддерживается классическое разграничение юридических лиц на юридические лица публичного и частного права (*personas jurídicas públicas y privadas*). Юридические лица могут учреждаться одним участником, кроме случаев, когда закон предписывает иное. Подтверждается правило, согласно которому юридические лица начинают существовать с момента создания, которое не подчинено никаким раз-

---

<sup>1</sup> Ley № 20.337, de Cooperativas // B.O. 15 mayo de 1973. – URL: <http://www.boletinoficial.gov.ar> (дата обращения: 31.07.10).

<sup>2</sup> Ley № 20.321, de Asociaciones Mutuales // B.O. 10 de mayo de 1973. – URL: <http://www.boletinoficial.gov.ar> (дата обращения: 31.07.10).

<sup>3</sup> Ley № 19.550, de Sociedades Comerciales, de 30 de marzo de 1984 (Texto ordenado por el Anexo del Decreto 841/84 // B.O. 30/03/1984 – con las modificaciones introducidas por normas posteriores al mismo). – URL: [www.cnv.gov.ar/LeyesYReg/Leyes/19550.htm](http://www.cnv.gov.ar/LeyesYReg/Leyes/19550.htm) (дата обращения: 27.05.2012).

решениям со стороны государства. Если же и действует какой-либо государственный контроль за созданием юридических лиц, то это контроль за законностью, кроме случаев, разумеется, когда особый контроль обусловлен предметом деятельности юридического лица и желанием защитить третьих лиц, например в случае регистрации банков, страховых компаний и т.д.

*Книга третья* носит название «О семейных отношениях» (De las relaciones de familia). Из раздела «О семье» (Del matrimonio) исчезло такое основание, препятствующее заключению брака, как глухота и неспособность говорить. При заключении брака между отсутствующими (например, в случае чрезвычайных обстоятельств, военных действий и пр.) прямо предусматривается теперь возможность отсутствующего отозвать данное ранее согласие на заключение брака. В отношении персональных прав супругов предусматривается положение, согласно которому тот, кто просит о выплате алиментов, должен доказать, что нуждается в средствах для поддержания привычного уровня жизни, которого лишился в результате развода. В отношении имущества супругов Проект предусматривает два режима – имущественную общность (regimen de comunidad – в качестве дополнительного режима) и имущественную обособленность (regimen de separación de bienes). Проект закрепляет основания относительной и абсолютной недействительности заключенного брака. В этой связи конструкция недобросовестности (el concepto de «mala fe») заменяется конструкцией добросовестности (el concepto de «buena fe»). Проект предусмотрел также возможность судебной сепарации супругов и развод. Стоит отметить в этой связи, что решение о допустимости развода было принято большинством голосов членов Комиссии, работавшей над Проектом ГК, тогда как меньшинство высказывалось за то, чтобы сделать брак нерасторжимым.

*Книга четвертая* – «О персональных правах» (De los derechos personales) – включает в себя разделы: «Об обяза-

тельствах вообще», «О договорах вообще», «О видах договоров», «О гражданской ответственности».

Все имущественные отношения, возникающие между людьми, связаны с обязательствами, поэтому последние и составляют конститутивный элемент сферы как торгового, так и главным образом имущественного оборота. В числе источников обязательств основное место занимает договор, остальные места отводятся иным отношениям, порождающим обязательства, если таковые называются в этом качестве законом. В числе обязательств Проект называет обязательства натуральные и денежные; альтернативные и факультативные; делимые и неделимые.

Проект, как уже отмечалось выше, исходит из представления о необходимости единообразного, унифицированного регулирования гражданско-правовых и торговых сделок и договоров, т.е. таких сделок и договоров, которые заключаются между потребителями, с одной стороны, и между потребителями и предпринимателями, – с другой, и между предпринимателями, – с третьей.

В связи с анализом положений Проекта об ответственном праве<sup>1</sup> аргентинские ученые<sup>2</sup> отмечают, что Д.В. Сарсфилд исходил из автономии воли сторон при вступлении в договор, воспринятой из ст. 1134 ФГК, согласно которой правомерно заключенный договор занимает место закона для тех, кто его заключил. Уважая автономию сторон, государство воздерживалось от вмешательства в их отношения.

Один из разработчиков Проекта – Г. Борда, создавая основу реформы ГК, исходил, напротив, из того, что интересы сторон договора отличаются друг от друга, они разнонаправлены во всем, кроме того, чтобы достичь заявляемой правовой цели до-

---

<sup>1</sup> Имеется в виду один из разделов Проекта ГК.

<sup>2</sup> *Ghersi C.A.* El contexto ideológico y socioeconómico del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial. Marzo de 2000 // Plenario – Edición Electrónica (Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires). – URL: <http://www.aaba.org.ar/ple00313.htm> (дата обращения: 20.01.2008).

говора, по этой причине вмешательство государства в договорную свободу сторон необходимо с целью защиты более слабой стороны договора. Так, Проект ГК в ст. 899 закрепляет трактовку договора, согласно которой договор – это правовой акт, посредством которого два и более лиц выражают согласие создать имущественные правоотношения между собой. При этом закрепляется подразделение договоров на:

- так называемые «*дискреционные договоры*» (*contratos discrecionales*) – они обязывают стороны как сам закон: их нормы преваляют над правовыми нормами, носящими дополнительный характер, и обычаями;

- «*формулярные договоры*» (*contratos predispuestos*) – таковыми предполагаются договоры, условия которых индивидуально не определены сторонами, отдельно или совместно с другими условиями, в том числе такие договоры, которые:

- лишают обязательства сторон той правовой цели, на достижение которой они направлены;

- ограничивают ответственность стороны, выработавшей такие условия, за вред, причиненный жизни контрагента или его имуществу вследствие отсутствия учета принципа экономической эквивалентности;

- предполагают отказ или налагают ограничения на возможность осуществления своих прав контрагентом стороны, выработавшей такие условия.

Практическое значение такого деления состоит в том, что если закрепленные в договоре условия не являются условиями договора присоединения и сторона, выработавшая их, докажет, что до заключения договора контрагент знал о таких условиях, они могут быть оспорены выработавшей их стороной.

В числе договоров, регламентируемых Проектом, регулируются как традиционно гражданско-правовые договоры, так и договоры, традиционно относимые законодателем к тор-

говым сделкам и регулируются поэтому предписаниями торговых кодексов: договор купли-продажи, мены, поставки, аренды, лизинга, выполнения работ и оказания услуг, перевозки (грузов и пассажиров), поручения, консигнации, торгового представительства (посредничества – *corretaje*), хранения (*contrato de depósito*), в том числе ответственного хранения (*servicio de caja de seguridad*), текущего счета (*contrato de cuenta corriente*), текущего банковского счета (*cuenta corriente bancaria*), агентский договор, договор концессии, франшизы, займа (*el mutuo*), беспроцентной ссуды (*comodato*), дарения, фидеикомисса (*contrato de fideicomiso*), поручительство, залог.

Равным образом регламентации подлежат договоры, заключаемые на биржах и иных публичных рынках; договоры пожизненной ренты (*contrato oneroso de renta vitalicia*); договоры из игр и пари; договоры, на основании которых происходит передача прав (*contratos transmisivos*), – например цессия, и перевод долгов, а также договор об уступке позиции, занимаемой в качестве стороны договора (*transmisión de la posición contractual*) – замена договаривающейся стороны третьим лицом, и зачет требований (*transacción*).

Проект регламентирует также договоры, направленные на соединение усилий их участников (*contratos asociativos*), призванные дополнить действующий Закон о торговых товариществах, такие как, например, договоры о сотрудничестве («*contratos de colaboración*»), ведение дел, основанное на системе взаимных участия (*el negocio en participación*), временные союзы предприятий (*las uniones transitorias de empresas*) и незарегистрированные договоры об объединении усилий («*contratos asociativos no inscriptos*»).

Далее на каждой из стадий действия договора, включая преддоговорный период, Проект закрепляет действие принципа и обязанность добросовестности, которые предполагаются существующими объективно. На этапе заключения договора стороны должны вести переговоры таким образом,

чтобы достичь результата – заключить договор. В период исполнения договора они обязаны внимательно и предусмотрительно следить за предоставлением надлежащего исполнения согласно природе обязательства и предварительным переговорами и преддоговорному поведению сторон, обычаям и этике. Толкование договора также должно осуществляться на основании этого принципа. В период, следующий за окончанием основного договора, акцессорные обязательства также должны выполняться добросовестно.

В адрес Проекта высказываются и критические замечания<sup>1</sup>. Так, отмечается, что закрепляемый новый вид договора – *subcontrato* (подраздел XI раздела «О договорах вообще») – договор, в силу которого одна из сторон создает в пользу другой стороны новую договорную позицию, являющуюся производной от той, которую она сама занимает в основном договоре (ст. 1035), – таким образом могут строить полностью или в части договоры, производные от договоров оказания услуг, кроме случаев, когда обязательство носит личный характер, – призван сегментировать договорные обязательства и ответственность, которая может наступить в результате их неисполнения.

В отношении наступления внедоговорной ответственности критикуется возврат к привлечению причинителей вреда к ответственности (*responsabilidad civil*), – такую трактовку этого института предусматривал первоначально ГК Д.В. Сарсфилда, вместо возмещения причиненного вреда (*reparación de daños*), – такую конструкцию внес в ГК Аргентины в результате реформы 1986 г. Г. Борда.

*Книга пятая «О вещных правах»* (*De los derechos reales*) включает следующие разделы: раздел II «Об имуще-

---

<sup>1</sup> *Gherzi C.A.* El contexto ideológico y socioeconómico del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial. Marzo de 2000 // Plenario – Edición Electrónica (Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires). – URL: <http://www.aaba.org.ar/ple00313.htm> (дата обращения: 20.01.2008).

ственных правах», раздел III «О собственности», раздел IV «О совместной собственности», разделы V, VI, VIII, X и другие закрепляют положения, направленные на регулирование ограниченных вещных прав – так называемой горизонтальной собственности (*propiedad horizontal*) – суперфиция, узуфрукта, права проживания и др. Согласно ст. 1937 Проекта ГК 1998 г. горизонтальная собственность – это вещное право на недвижимость, дающее держателю правомочия «пользоваться, извлекать полезные свойства и распоряжаться» (*usar, gozar y disponer*) ею в соответствии с положениями ГК о собственности и регламентирующими их положениями иных актов. Однако эта трактовка и определение узуфрукта как «вещного права пользования, извлечения полезных свойств и юридического распоряжения чужой вещью без изменения ее сущности» (ст. 2031), – созвучны закрепляемому в Проекте ГК понятию права собственности как «вещного права, дающего его обладателю правомочия пользования, извлечения полезных свойств и распоряжения вещью с ограничениями, установленными законом» (ст. 1846)<sup>1</sup>. В этой связи аргентинские правоведы критикуют именно определение права собственности, раскрываемое через триаду правомочий собственника, исходя из того что правомочия пользоваться, обладать и распоряжаться могут принадлежать и не собственникам.

Из действующего ГК Аргентины воспринято деление права собственности на полное (*dominio*) и неполное (*dominio imperfecto* – ст. 1868), подразделяемое на разрешимую (*dominio resoluble*), фидуциарную (*dominio fiduciario*) и расщепленную (*dominio desmembrado*) собственность. В разделе VII закрепляются положения, направленные на регулирование иных разновидностей права собственности (*propiedades especiales*).

---

<sup>1</sup> Proyecto de Código Civil. Comisión creada por Decreto 685/95. Fundamentos. – URL: [www.cnv.gov.ar/FirmasDig/NuevoCodCivilArtsDigitalizacion.htm](http://www.cnv.gov.ar/FirmasDig/NuevoCodCivilArtsDigitalizacion.htm) (дата обращения: 27.05.2012).

*Книга шестая* – «О переходе прав после смерти» (De la transmisión de derechos por causa de muerte). К числу новелл можно отнести упрощение процедуры принятия наследства и закрепление особой процедуры выплаты наследственных отказов; отмену возможности составления закрытого завещания и особых видов завещаний, а равно возможности лишить наследников причитающегося им наследства и т.д.

*Книгой седьмой* охватываются положения, общие для персональных и вещных прав (De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales), такие как истечение сроков исковой давности, привилегии (например, в процессе осуществления конкурса над имуществом) и право удержания вещи.

Проект снабжен также перечнем *дополнительного законодательства* (Legislación complementaria), – в этом разделе содержатся положения, призванные ответить на вопрос о том, как следует разрешать коллизии между положениями действующих нормативных актов, например вышеупомянутым Законом о торговых товариществах, и настоящего Проекта, и др.

Проанализированный нами объединительный Проект Гражданского кодекса Аргентины позволил выявить следующие тенденции в сфере частноправового регулирования:

– еще большее (по сравнению с «переходными» частноправовыми кодификациями<sup>1</sup>) распространение солидаристского императива на определенные массивы законодательных предписаний, направленных на защиту неопределенного круга лиц (всего общества в целом), проявляющегося в провозглашении социальной функции договора, «социальной» направленности гражданско-правовой составляющей антимонопольного законодательства и др., ориентации импера-

---

<sup>1</sup> Подробнее об этом см.: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: Монография / К.М. Беликова. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 64-86.

тивных норм законодательства в сфере частного права на защиту более слабой стороны правоотношения;

– коммерциализация гражданского права вследствие перенесения принципов торгового права в область отношений, регулируемых ранее на гражданско-правовых началах (например, безвиновная ответственность изготовителя или поставщика товаров и др.).

Элемент национальной самобытности в сфере частного права латиноамериканских стран продолжает формироваться в настоящее время вследствие особенных представлений аргентинских правоведов и законодателей относительно судьбы, объемов и способов (методов) реформирования («рекодификации») гражданского и торгового кодексов.

Представляется, что в числе предпосылок такого вектора развития рассматриваемых частноправовых кодификаций можно указать феномен большей коммерциализованности Гражданского кодекса Аргентины по сравнению с торговым, сформировавшейся в частном праве латиноамериканских стран в XIX веке.

*Телицин В.М.*<sup>1</sup>

## **БРАЗИЛЬСКИЙ ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС 2002 ГОДА – КОДИФИКАЦИЯ НОВОГО ПОКОЛЕНИЯ<sup>2</sup>**

Латиноамериканские государства в настоящее время по уровню своего социально-экономического развития занимают промежуточное положение между высокоразвитыми индустриальными странами и остальной частью стран мира.

---

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, профессор кафедры гражданского и трудового права РУДН.

<sup>2</sup> В статье представлены выводы исследовательского проекта № 11-03-00127а «Гражданское право стран Латинской Америки (теоретические проблемы кодификации)» по конкурсу РГНФ 2011 г.

Еще в 1988 году один из ведущих специалистов в области государства и права проф. *О.А. Жидков* писал, что в большом и разнообразном мире развивающихся стран латиноамериканские республики выделяются не только относительно более высоким уровнем социально-экономического развития, но и *значительной степенью разработанности своих систем*. Действительно, правовые традиции и высокая юридическая техника в Латинской Америке имеют глубокие корни, восходящие к средневековому легализму, к законодательным памятникам Испании и Португалии.

С середины прошлого века в регионе идет процесс реформирования действующих гражданских кодексов, многие из которых были приняты еще в XIX веке.

Разрешите представить уважаемой публике результат наиболее полной реформы гражданского законодательства в Бразилии, а именно БГК 2002 года.

Новый Бразильский гражданский кодекс был принят 10 января 2002 года, опубликован в Официальном бюллетене Союза 11 января 2002 года и через год – 11 января 2003 года вступил в силу.

К необходимости модернизации гражданского законодательства Бразилии привело превращение ее из аграрной страны в промышленно развитую. Поэтому задуманный первоначально для реформирования положений ГК 1916 года с сохранением по возможности большинства его норм в неизменном виде, новый кодекс превратился в конечном счете в результат проведения полной и всеобъемлющей реформы не только ГК 1916 года, но всего гражданского и торгового законодательства Бразилии. Он вынужден был отразить все изменения, произошедшие не только в законодательстве, в принципах, заимствованных из ФГК 1804 года, но также и в цивилистической науке Бразилии за последние 96 лет.

Бразильский гражданский кодекс 2002 года регулирует широкий круг гражданских отношений, представляя собой обширную кодификацию частноправовых норм – 2046 ста-

тей, размещенных в 8 книгах, разделенных на титулы, титулы – на главы, некоторые из которых, в свою очередь, подразделяются на разделы.

Построенный по пандектной системе, Бразильский гражданский кодекс 2002 года (Código Civil Brasileiro) повторяет в целом структуру ГК 1916 года. Как и первый кодекс, новый ГК состоит из Общей и Особенной части. Общая часть включает 3 книги: I. О лицах; II. Об имуществе; III. О юридических фактах.

*Книга первая «О лицах»* содержит положения о физических и юридических лицах, а также о гражданском местожительстве.

Статья 2 предусматривает, что гражданская правоспособность человека начинается с рождения его живым, но закон признает и защищает права еще не родившегося ребенка с момента зачатия. Правоспособность физического лица прекращается с его смертью или объявления судебного решения о безвестном отсутствии, после которого открывается окончательное наследование (ст. 6)<sup>1</sup>.

БГК 2002 года снизил возраст гражданского совершеннолетия с 21 года до 18 лет, когда человек становится дееспособен для всех юридических действий (ст. 5).

Абсолютно неспособными самостоятельно совершать действия гражданской жизни признаются (ст. 3):

- несовершеннолетние до 16 лет;
- лица, страдающие болезнями или имеющие умственные недостатки, не позволяющие им совершать эти действия;
- лица, которые не могут выразить свою волю.

При решении проблемы местожительства (*domicílio*) физического лица Кодекс, как и ГК 1916 года и подобно гра-

---

<sup>1</sup> В Бразилии, как и во Франции, Гражданский кодекс не допускает возможности объявления лица умершим без доказательств его смерти, сколь бы долго оно ни отсутствовало, а дает лишь право объявления лица безвестно отсутствующим.

жданским кодификациям многих стран (Германии, Италии, Японии и др.), придерживается традиции римского права о множественности местожительства (ст. 71).

Кодекс не дает легального определения юридического лица, указывая лишь, что юридические лица делятся на юридические лица публичного права, внутреннего или внешнего, и юридические лица частного права (ст. 40). К юридическим лицам внутреннего публичного права относятся: Союз (Федерация), штаты, Федеральный округ, территории, муниципальные округа, автаркии, включая публичные ассоциации, другие учреждения публичного характера, создаваемые законом (ст. 41). Юридическими лицами внешнего публичного права являются иностранные государства и все лица, деятельность которых регулируется международным публичным правом (ст. 42).

Юридическими лицами частного права являются: союзы, общества, учреждения, религиозные организации и политические партии. Легальное существование юридических лиц частного права начинается с занесения их учредительных актов в соответствующий реестр, с предварительным получением разрешения или одобрения, если это необходимо, компетентного органа исполнительной власти (ст. 45).

Во *второй книге* «Об имуществе» дается общепринятая в континентальном европейском праве классификация имущества:

- недвижимое и движимое имущество;
- публичное и частное;
- вещи потребляемые и непотребляемые;
- делимые и неделимые вещи;
- главные вещи и принадлежности и т.п.

*Книга третья* «О юридических фактах» содержит нормы о сделках, неправомерных действиях и исковой давности. Основное внимание уделяется сделкам – условиям их действительности, видам, а также ничтожности и оспоримости. Кодекс 2002 года не дает, в отличие от первого бразильского

кодекса 1916 года, легального определения сделки (ст. 81 ГК 1916 г.), но устанавливает условия действительности сделки: «Для действительности сделки требуется, чтобы:

1) Совершающий ее был дееспособен.

2) Цель была правомерна, возможна, определена или определима.

3) Форма предписана или не запрещена законом» (ст. 104).

В отношении формальностей сделок Кодекс устанавливает, что действительность волеизъявления не зависит от какой-либо особой формы, за исключением случаев, когда закон специально ее требует (ст. 107).

*Особенная часть* БГК 2002 года состоит из пяти книг, структурно расположенных иначе, нежели в первом ГК Бразилии 1916 года.

Открывает *Особенную часть* книга «Об обязательственном праве», как в Германском гражданском уложении 1896 г. но в отличие от ГГУ 1896 г. БГК 2002 г. не дает легального определения обязательства. Это самая значительная по объему книга БГК, в которой дается развернутая классификация обязательств (предоставить определенную вещь или определяемую родовыми признаками, сделать что-либо или не сделать что-либо, обязательства делимые и неделимые и т.п.). Подробно регулируются вопросы исполнения обязательств, а также их прекращения другими способами (новацией, зачетом и др.)

Ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства предусмотрена в форме возмещения убытков, включающих как действительный ущерб, так и упущенную выгоду. Из принципа полного возмещения Кодекс исключает убытки, непредвиденные при возникновении обязательства, а также упущенные доходы, не являющиеся прямым и непосредственным следствием нарушения обязательства (ст. 402, 403).

Особое внимание уделяется договору, который является стержнем гражданских обязательств, самым важным и универсальным основанием их возникновения. В Кодексе сформулированы общие положения договорного права, а также нормы об отдельных видах договоров (купли-продажи, имущественного найма, займа и др.)

ГК 2002 г. распространил принципы добросовестности и солидаризма на договорные отношения. Примером солидаристского императива может служить провозглашение *социальной функции договора*. Так, согласно положениям ст. 421 ГК свобода заключать договор должна осуществляться разумно и в пределах социальной функции договора. В связи с этим применительно к договору присоединения ст. 423 гласит: «В случае когда в договоре присоединения содержатся противоречивые или двусмысленные условия, их надлежит толковать наиболее благоприятным образом для присоединяющейся стороны».

Торговые сделки, ранее урегулированные нормами Торгового кодекса 1850 года, не будучи регламентированными современным специальным законодательством, теперь регулируются положениями книги первой Особенной части ГК 2002 года либо попадают под действие законов о защите прав потребителей и предписаний трудового права.

*Книга вторая Особенной части «О предпринимательском праве»* содержит положения о предпринимателе и товариществах (обществах) – общие и специальные.

Дается легальное определение предпринимателя в ст. 966: «Предпринимателем считается тот, кто профессионально осуществляет экономическую деятельность, организованную для производства или обращения товаров и услуг». Таким образом, БГК 2002 года отходит от традиционной, закрепленной в торговых кодексах системы, которая основывалась на фигуре коммерсанта. Ключевой фигурой становится предприниматель (*empresário*), а предпринимательской (*empresarial*) признается любая экономическая деятельность, на-

правленная на извлечение прибыли, осуществляемая на профессиональной основе и организованная с целью производства или обращения товаров и услуг. Исключение составляет интеллектуальная деятельность научного характера, литературного или артистического.

Новый ГК Бразилии устранил деление товариществ и обществ на тех, которые действуют согласно предписаниям гражданского права, и торговые товарищества. Теперь торговые товарищества получили название предпринимательских товариществ и подлежат регистрации в Государственном реестре торговых предприятий (как и индивидуальные предприниматели), а остальные товарищества и общества – в Гражданском реестре юридических лиц.

Особое внимание Кодекс уделяет предпринимательским товариществам и обществам, нормы о создании и деятельности которых ранее содержались в книге 1 Торгового кодекса Бразилии 1850 года (с дополнениями и изменениями). Даны определения каждому виду товариществ и обществ, достаточно подробно урегулированы вопросы организации и прекращения деятельности широкого круга предпринимательских товариществ: полного товарищества, простого коммандитного, негласного товарищества, общества с ограниченной ответственностью, коммандитного товарищества на акциях, кооперативного общества. Что касается акционерного общества (анонимного общества или компании), то Кодекс ограничивается лишь определением этого вида предпринимательских обществ и указанием на специальный закон, его регулирующий, в случае пробелов в котором применяются положения БГК 2002 года. Таким образом, регламентация создания и деятельности акционерных обществ производится на основании положений специального Закона № 6.404 от 15 декабря 1976 года «Об акционерных обществах».

Распространение норм обязательственного права БГК 2002 года на торговые сделки, а также включение в Кодекс

положений об индивидуальных предпринимателях и предпринимательских товариществах привели к отмене Книги первой Торгового кодекса Бразилии 1850 года Законом № 10.406 от 10 января 2002 года (о принятии нового Гражданского кодекса). До этого Книга третья ТК «О несостоятельности» была отменена в 1945 году Законом о несостоятельности, который в свою очередь отменен Законом о несостоятельности от 9 февраля 2005 года. В Торговом кодексе 1850 года сохранилось действие лишь Книги второй «О морской торговле». Произошел процесс «декодификации» торгового кодекса Бразилии, который утратил значение кодификации торгового законодательства, превратившись в отдельный закон общего частноправового регулирования.

*Книга третья Особенной части «О вещном праве»* содержит нормы о владении, праве собственности и вещных правах на чужое имущество. В положениях этой книги проявляется влияние как ФГК 1804 года (особенно в нормах, касающихся вещных прав на чужое имущество), так и Германского гражданского уложения 1896 года.

Кодекс дает определение владения и его классификацию. Согласно ст. 1.196 владение рассматривается как фактическое отношение лица к вещи, позволяющее ему, полностью или частично, осуществлять какое-либо из правомочий, присущих собственности. Владение не включается в систему вещных прав, закрепленных статьей 1.225 БГК.

Различаются добросовестное и недобросовестное владение, а также непосредственное и опосредованное владение. Под непосредственным владением (*posse direta*) понимается владение вещью, которая находится во власти владельца. Опосредованным (*posse indireta*) является владение, при котором вещь находится в держании одного лица (*detentor*), а намерение владеть принадлежит другому лицу, которое и считается владельцем. Из положений ст. 1.198 видно, что Кодекс проводит различие между владением и держанием,

что свидетельствует о закреплении в нем субъективной теории владения.

Нормы о праве собственности изложены в Кодексе в строгой последовательности: общие положения, правила о недвижимой собственности – ее приобретении, возможных ограничениях, утрате, и нормы о движимой собственности.

Право собственности презюмируется полным и исключительным, пока не будет доказано иное. Статья 1.228 гласит: «Собственник вправе обладать, использовать и распоряжаться вещью, и вправе истребовать ее у того, кто незаконно ею владеет или удерживает».

Вместе с тем, закрепляя идею о социальной функции собственности, БГК 2002 г. возлагает на собственника обязанность осуществлять свое право в гармонии с его экономическими и социальными целями (§ 1 ст. 1.288). Определяя пределы правомочий земельного собственника, Кодекс указывает, что собственность на землю охватывает собственность на воздушное пространство и недра на высоту и глубину, пригодные для ее осуществления. Собственник не вправе противодействовать деятельности, осуществляемой третьими лицами на такой высоте или глубине, что у него нет законного интереса запрещать ее (ст. 1.229).

Следует сказать, что еще в 1967 году Федеральная конституция Бразилии предусматривала в ст. 168, что месторождения, рудные жилы и другие минеральные ресурсы, а также запасы гидроэнергии составляют собственность, отличную от собственности на землю, для целей эксплуатации или промышленного использования.

Правила, регулирующие переход права собственности (и других вещных прав) к приобретателю, так же как и в ГК 1916 года, строго следуют системе «традиции». Приобретатель недвижимости становится ее собственником в силу регистрации основания передачи в Реестре недвижимости (ст. 1.245). Право собственности на движимые вещи не переходит по сделкам до их передачи (ст. 1.267).

Приобретательная давность признается основанием возникновения права собственности как на движимые, так и на недвижимые вещи. Хотя регистрация носит конstitutивный характер при перенесении права собственности на недвижимость посредством сделок, она устанавливает лишь презумпцию принадлежности вещного права лицу, от имени которого произведена, и не препятствует приобретению права собственности по давности владения. БГК 2002 г., исходя из социальной природы владения вещью, сократил срок приобретательной давности. Так, согласно положениям ст. 1.238 действовавший ранее в отношении недвижимости 20-летний срок приобретательной давности сокращен до 15 лет, независимо от основания владения и добросовестности. Срок, установленный в этой статье, сокращается до 10 лет, если владелец обосновал там свое постоянное местожительство или производит работы либо оказывает услуги производительного характера (параграф единственный ст. 1.238).

Право собственности на движимую вещь приобретает тот, кто владеет ею как своей на законном основании и добросовестно, непрерывно и беспрепятственно в течение трех лет (ст. 1.260). Если владение продолжается пять лет, оно влечет приобретение права собственности по давности независимо от основания или добросовестности (ст. 1.261).

БГК 2002 года систематизирует, по модели ФГК 1804 года и сохранением терминологии, вещные права на чужое имущество, в том числе: суперфиций, сервитуты, узуфрукт, право пользования (uso), право проживания в чужом доме, ручной залог, ипотеку и даже антихрез, давно уже не применяющийся во Франции.

*Книга четвертая* «О семейном праве» охватывает нормы, регулирующие весь комплекс брачно-семейных отношений, за исключением норм о разводе. Развод как способ прекращения брака был введен в Бразилии Законом № 6515 от 26 декабря 1977 года, который не был инкорпорирован в ГК

1616 года. Этот закон сохранил свое самостоятельное действие и с принятием нового БГК 2002 года.

Согласно положениям ст. 1.511 брак (*casamento*) устанавливает полную общность жизни, основанную на равенстве прав и обязанностей супругов. Брак является гражданским и его заключение бесплатным (ст. 1.512).

Кодекс признает и религиозный брак, заключенный в соответствии с требованиями закона о действительности гражданского брака, поскольку, будучи зарегистрированным в соответствующем реестре, он порождает последствия с даты своего заключения (ст. 1.515).

Вступать в брак могут мужчины и женщины с 16 лет, но с разрешения обоих родителей или законных представителей – пока не достигнут возраста гражданского совершеннолетия (ст. 1.517).

Кодекс разрешает вступающим в брак, до его заключения, устанавливать специальным соглашением режим супружеского имущества, предлагая в качестве типовых три режима: режим универсальной общности, частичной общности и режим раздельности имущества супругов. Добрачные соглашения должны быть облечены в нотариальную форму и не действуют в отношении третьих лиц, пока не зарегистрированы в специальной книге должностным лицом Реестра недвижимости местожительства супругов (ст. 1.657). При отсутствии соглашения или его ничтожности либо неэффективности в отношении имущества супругов действует режим частичной общности (ст. 1.640), при котором супруги признаются совместными собственниками имущества, приобретенного в период брака, за исключением имущества, полученного в дар или по наследству каждым из супругов, и некоторого другого имущества, указанного в ст. 1.659.

Режим супружеского имущества начинает действовать с даты заключения брака. В отличие от ГК 1916 года новый ГК 2002 года допускает возможность изменения имуществ-

венного режима супругов во время брака с разрешения суда по мотивированной просьбе обоих супругов.

Кодекс устанавливает принцип равноправия детей, рожденных в браке и вне брака, а также усыновленных, запрещая любые проявления дискриминации (ст. 1.596).

*Пятая книга* посвящена наследственному праву. Придерживаясь в принципе римской системы классификации наследников по закону и определения порядка их призвания к наследованию, БГК 2002 года в то же время признает наследником пережившего супруга, включая его и в первый класс (вместе с нисходящими), и во второй класс (вместе с восходящими), или оставляя его в третьем классе (при отсутствии наследников первых двух классов) – ст. 1.829.

Первостепенным основанием наследования признается завещание, в котором выражена воля умершего собственника. Наследование по закону наступает при отсутствии завещания, или в отношении имущества, не включенного в завещание, или завещание теряет силу либо признается недействительным.

В качестве обычных форм завещаний Кодекс признает публичное завещание, закрытое и частное завещание.

К наиболее важным положениям наследственного права относится свобода завещательных распоряжений, которая распространяется, однако, только на половину наследства, если имеются необходимые (т.е. обязательные) наследники. Обязательным наследникам принадлежит половина наследственного имущества, составляя для них законную долю (ст. 1.846). Кодекс 2002 года расширяет круг обязательных наследников, присоединяя к восходящим и нисходящим родственникам еще и пережившего супруга (ст. 1.845), положение которого существенно улучшилось по сравнению с его возможностями по ГК 1916 года.

Бразильский гражданский кодекс 2002 года, появившийся не только в результате полномасштабной реформы ГК 1916 года, но в определенной степени и реформирования

торгового законодательства, представляет собой рекодификацию нового уровня, закрепившую в своем содержании тенденцию к унификации всего частноправового регулирования, прежде всего договорных обязательств.

*Диас Мартинс Рафаэл*<sup>1</sup>

**ОБ ОБЩЕЙ ЧАСТИ В СТРУКТУРЕ  
УЧЕБНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА XIX В.  
И В СТРУКТУРЕ ПРОЕКТА  
ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА, ПРЕДЛОЖЕННОГО  
АУГУШТО ТЕЙШЕЙРА ДЕ ФРЕЙТАСОМ**

С античных времен известно две формы упорядочивания правового материала, приближавшегося по своему характеру к кодификации. Первая – это форма, которую предложил Гай в своих Институциях. Вторая форма сложилась в византийский период и нашла свое воплощение в Дигестах (Пандектах) Юстиниана. С течением времени упадок феодальной системы, возникновение городов стали теми обстоятельствами, которые стимулировали развитие права, и это развитие шло преимущественно по линии изучения римского права, причем самым важным источником для такого изучения были признаны Институции. Изменения и преобразования, которые претерпевали европейские общества, потребовали выработки по существу новых представлений о праве, как и норм нового права, поскольку римское право как такое к тому времени, конечно же, утратило свое практическое значение<sup>2</sup>. Во Франции, этом пионере движения к современной кодификации, использовался способ структурирования

---

<sup>1</sup> Магистрант кафедры гражданского и трудового права РУДН; научный руководитель – профессор В.В. Безбах.

<sup>2</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004.

материала, широко применявшийся прежде в учебниках по гражданскому праву. Это был способ, который применил Гай в своих Институциях. Именно он и был положен в основу их собственного Гражданского кодекса. Не стоит и говорить, что французская кодификация произвела огромное влияние в мире и вплоть до сегодняшнего дня исследования кодификаций, осуществленных по институционному методу, ведутся достаточно активно<sup>1</sup>. Собственно говоря, эти исследования долго концентрировались на Институциях как на модели структуры создаваемых кодексов, модели, понимаемой в объективном смысле. Примерно в тот же самый период времени возникла другая модель упорядочивания материала, выработанная не для кодексов, а для дидактических материалов, т.е. для учебников, которая по своей сути приближалась к пандектному методу, т.е. методу, предложенному и закрепленному в Своде Юстиниана. Пандектная система повлияла на модель структурирования учебников по праву, публиковавшихся в XIX в. Главная особенность этой модели заключалась в том, что в структуре построенного по этой модели материала появляется общая часть. Первые учебники такого рода, по существу, освещали дорогу, ведущую к будущим кодификациям гражданского законодательства, которые бы строились на пандектной основе. Но сами по себе предложенный такой кодификации эти учебники не содержали. Тем не менее именно они стали основой возникновения новой, воспринимавшейся как идеальная, пандектной модели построения кодекса и, следовательно, открыли дорогу к включению в его структуру некой идеальной общей части.

Идеальная модель общей части предполагает извлечение из предназначенного к кодификации массива норм определенных элементов и понятий, общих для всех структурных частей будущего кодекса, и сосредоточения их в общей части. Общая часть – это средство изложения норм по такой

---

<sup>1</sup> Чухвичев Д.В. Законодательная техника. – М., 2010.

системе, которая упрощает текст кодекса, делает ненужными многочисленные повторения, как это имеет место в институционной модели кодифицирования.

Один из первых учебников, построенных по пандектной системе, – это учебник Ф. Маклдея, который, помимо того что содержал в себе общую часть, отличался тем не менее от будущих кодексов, составленных по пандектной системе, тем фактом, что не придерживался логического разделения материалов между отдельными частями. Этот учебник допускал распределение материала между общей и особенной частью довольно произвольным образом. Вот почему общая часть в учебнике Ф. Маклдея оказалась смещением элементов, чуждых идеальному представлению об общей части. Тем не менее в тот период она стала иллюстрацией нового представления о том, как разграничивать содержание излагаемого материала на те или иные части, и первой из этих частей без экивоков называлась часть общая.

Если обратиться сначала к Институциям Гая, то становится ясно – именно в этой системе упорядочивание материала не лишено противоречий. Вот читаем буквально текст: «Все народы, которые управляются законами и обычаями, пользуются частью своим собственным правом, частью общим правом всех людей. Итак, то право, которое каждый народ сам для себя установил, есть его собственное право и называется правом гражданским, как бы собственным правом, свойственным самим гражданам»<sup>1</sup>. Приведенная цитата показывает, что для Гая гражданским было то право, которое являлось собственным для данного народа. Фактически термин «гражданское право» во времена Гая понимался вовсе не в современном смысле. Это понятие охватывало совокупность норм, которые действовали в тогдашних городах, в частности в Риме, и которое воспринималось как право, рас-

---

<sup>1</sup> *Дыдынский Ф.М.* Институции Гая – Текст и Переводъ. – Варшава: Типография К. Коралевского, 1891.

пространявшееся только на римских граждан. Тем не менее некоторое смешение и даже отождествление античного понятия, обозначаемого термином «*ius civile*», и современного термина «гражданское право» до настоящего времени встречается иногда у некоторых авторов.

Едва ли не первым автором, который разделил свой учебник на несколько частей с включением в их круг общей части, был А.Ф.Ю. Тибо<sup>1</sup>. Однако структура общей части, предложенная Тибо, отличалась от структуры, предложенной Ф. Маклдеем<sup>2</sup>. А.Ф.Ю. Тибо пошел дальше и закрепил в своей общей части ряд общих принципов. Правда, для достижения этого результата ему пришлось увеличить объем материала, помещенного в общую часть. Объем общей части стал слишком большим по сравнению с совокупным объемом остальных разделов учебника. Это вошло в противоречие с дидактическими замыслами по составлению учебника и в целом не принесло успеха этому учебнику. Однако значение труда А.Ф.Ю. Тибо, тем не менее, сохранилось. Главной ценностью его стало то, что в нем получила закрепление тенденция разграничения в определенном порядке излагаемого материала, предусматривающее выделение общей части.

Далее наступил черед еще одного известного правоведа, – это был Г.Л.Т. Маризол, – который хотя и не придерживался тех же самых подходов, как два вышеупомянутых автора, но признавал, тем не менее, что определенные положения (в частности, о лицах и о правах, которые должны им принадлежать) по логике вещей должны помещаться обособленно от других положений<sup>3</sup>. Однако если начать обособление положений о лицах и принадлежащих им правах, выде-

---

<sup>1</sup> *Thibaut A.F.J.* An Introduction to the study of jurisprudence. – London: Law Bookseller and Publisher, 1855.

<sup>2</sup> *Mackeldey Ferdinand.* Elementos de Direito Romano. – Rio de Janeiro: Livreiro-Editor, 1907.

<sup>3</sup> *Marezoll Gustav Ludwig Theodor.* Trattato delle istituzioni del dritto romano. – Napoli: Stabilimento Tipografico Perrotti, 1866.

ляя их за пределы общей части, то, как справедливо заметил Аугушто Тейшейра де Фрейтас, не останется ничего иного, как признать бесполезной саму идею структурирования общей части<sup>1</sup>. А. Тейшейра де Фрейтас исходил из того, что положения о лицах должны открывать общую часть как самые первые в логической очередности расположения материала.

Несомненный интерес представляет еще один учебник, принадлежащий перу Ж.Л.Е. Ортолана. В нем сосредоточены результаты его исследований Институций, в которых он выдвинул идею обобщений, идею «генерализации». Высказал он эту идею в своем известном труде «*Esplicacion historica de la instituta del imperador justiniano*». Генерализации, т.е. обобщению, он подверг положения о лицах, вещах и исках<sup>2</sup>. Интересными в учебнике Ж.Л.Е. Ортолана представляются и подмеченные им определенные расхождения в подходах среди германских исследователей. Он обратил внимание на то, что некоторые из них стремились придерживаться структурирования материала по классической институционной модели, восходящей еще к античным временам, в то время как другие, находящиеся, возможно, под влиянием труда Ф. Маклдея, придерживались деления, продуманного более глубоко. Как бы то ни было, осуществлявшееся ими структурирование материала касалось в основном не проектов законодательных актов, не кодификационных проектов, а только учебников по гражданскому праву<sup>3</sup>. Учитывая это, нетрудно заметить известное сходство между Пандектами и Институциями в некоторых вопросах. Так, и в тех и в других можно встретить материалы, касающиеся положений о праве вооб-

---

<sup>1</sup> *Teixeira de Freitas Augusto*. Consolidação das Leis Civis. – Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Histórico, 1876.

<sup>2</sup> *Ortolan Josehp Louis Elzéar*. *Esplicacion historica de la instituta del imperador justiniano*. – Madrid: Sociedad Tipográfica – Literaria Universal, 1847.

<sup>3</sup> Там же.

ще, которые границами представлений о праве гражданском не охватывались. Это, например, материалы о праве и о правосудии, о праве публичном и праве частном, о праве писаном или неписаном и др. Впрочем, не следует забывать и о более широком объеме понятия «*ius civile*», использовавшегося в Античности и допускавшего охват собой положений о лицах, вещах и исках. Возможно, этой причине оказалось достаточно для того, чтобы упорядочивание материала по такой системе оказалось способным приводить к известным противоречиям. А эти противоречия, в свою очередь, могли преодолеваться только такими способами реструктуризации материала или его систематизации, которые требовали новых подходов, новых концепций, более точных и более последовательных. Так, например, в римском праве концепция лица вовсе не предполагала указания на лицо как на некую физическую сущность. Напротив, понятие лица для римлян было особой юридической конструкцией, построенной на теории статуса. Эта теория (*teoria de status*) оперировала элементами, которые экстраполировались из сферы гражданского права в иные сферы, в частности в семейные отношения, когда, например, требовалось определять степень родства либо законнорожденность детей, либо иные аспекты, важные для статуса личности, например его профессиональную деятельность или религиозную принадлежность. Это означало, что структурирование дидактических материалов по линии теории статуса в общем-то не отвечало потребностям приведения в систему изучения гражданского права новой эпохи, хотя и способно было выдвигать критерии, позволяющие совершенствовать такую систематизацию. Таким критерием служил, например, критерий дееспособности, выражавшийся наиболее обобщенно сформулированными положениями, освещавшимися в общей части. Аналогичным образом обстоит дело с положениями о лицах и о вещах. Все нормы, которые не касались лиц, считались римлянами относящимися к вещам. Уже по этой причине в римском

праве рабы признавались вещами, а плебеи, хотя и признавались свободными лицами, не могли пользоваться теми правами, которые принадлежали патрициям.

Еще одну проблему представляло то, что в институциональном формате изложение материала требовало уделения большого внимания процессуальным нормам, которые, вообще говоря, не должны были помещаться в гражданский кодекс, с одной стороны, и тем более не заслуживали помещения его в общую часть, – с другой.

Таков вкратце был своеобразный контекст, который сложился в европейском правоведении к моменту, когда свои усилия по кодификации гражданского законодательства начал предпринимать известный бразильский правовед Аугушто Тейшейра де Фрейтас, работу которого мы и стремимся осветить более подробно в нашем дальнейшем изложении.

А. Тейшейра де Фрейтас получил юридическое образование, основанное на глубоком изучении источников римского права. Он с детства бегло говорил на латыни и на французском языке. У него был доступ к трудам авторов, которые уже упоминались выше, а также к другим трудам, особенно к трудам Фридриха Карла фон Савиньи, что позволило ему приобрести весьма глубокие теоретические познания. Они облегчили ему выработку своего собственного метода структурирования и упорядочивания нормативного материала в рамках гражданской кодификации, и самым главным в таком структурировании он, разумеется, считал идеальную модель общей части.

Метод, примененный А. Тейшейрой де Фрейтасом, обнаруживается в двух его крупнейших трудах. Первый – «Консолидация законов гражданских» («*Consolidação das Leis civis*», далее – «Консолидация»). Другой же труд он снабдил названием «Эскиз Гражданского Кодекса», или «*Código Civil – Esboço*» (далее сокращенно – «Эскиз»). Вы-

деление общей части Тейшейра де Фрейтас предусматривал в каждом из этих трудов, но в «Эскизе» оно призвано было служить контрапунктом всего проекта кодекса нового типа. В «Консолидации» он строил общую часть по мере возможности, как позволяли тогдашние материалы. Однако и это снискало «Консолидации» вполне заслуженный успех у последующих читателей и исследователей.

В «Эскизе» система общей части была им существенно усовершенствована. На тот момент ключевым положением для конструирования общей части А. Тейшейра де Фрейтас считал наполнение ее содержания такими элементами, которые соответствовали тому, что он называл «природой вещей». Он поставил задачу очистить общую часть от лишнего, добившись оставления в ней только необходимого. И преуспел в этом, достигнув наивысших результатов очищения в вопросах, относившихся к лицам, вещам и юридическим сделкам. Выдающийся правовед отказался от использования в разделе о лицах римской теории статуса. Напротив, он конструировал понятие лица исходя из представлений о лице в естественном смысле. Вот это представление о лице в естественном смысле было первым положением, отличавшим его подход от тех подходов, которые применялись в учебниках, написанных его современниками. Очищение важнейших понятий, подлежащих помещению в общую часть, позволило ему добиться такого построения структуры кодекса, которое без преувеличения можно и должно назвать новаторским. Уместно в этой связи процитировать ст. 21 «Эскиза»: «В основании гражданской дееспособности лежит либо право, либо факт. Дееспособность, основанная на праве, выражает способность всякой категории лиц приобретать права либо их использовать собственными действиями, или посредством действий других лиц, или путем совершения сделок, не запрещенных законом». Это было первым для то-

го времени общим положением о понятии дееспособности фактической и юридической<sup>1</sup>, пусть и выраженной в иных терминах, чем те, которые применяет современное правоведение, но и теперь сохраняющим свое практическое значение.

В совершенствовании содержания общей части А. Тейшейра де Фрейтас не остановился на этом и пошел дальше. Он пришел к выводу о недостаточности выводов, содержащихся в трудах Савиньи. Испытывавший глубокий пиетет к мнению этого германского правоведа, А. Тейшейра де Фрейтас тем не менее подверг его критике за то, что тот предпочел следовать римским представлениям о дееспособности, видевшим в ней фактор разделения лиц на различные категории. А. Тейшейра де Фрейтас занял другую позицию. Она заключалась в том, что всякий человек в цивилизованном обществе должен признаваться лицом. Кроме того, он критиковал попытки использовать понятие правоспособности (*capacidade de direito*) для того, чтобы разграничивать людей на тех, кто признается лицом, и тех, кто им не признается. Следует признать, что впоследствии и Карл Савиньи признал такое разграничение несовместимым с характером общества той эпохи<sup>2</sup>.

Развивая далее учение о дееспособности, А. Тейшейра де Фрейтас подчеркивал, что в его проекте различаются лица, фактически недееспособные, и недееспособные в силу семейных отношений, как, например, усыновленные. Он не прибегал к использованию римской конструкции статуса, демонстрируя тем самым принципиальные изменения в подходе, который он предлагал для отыскания элементов, подлежащих помещению в общую часть. В «Эскизе» он закрепил также фигуру абсолютно недееспособных лиц (ст. 41),

---

<sup>1</sup> *Valladão H. Teixeira de Freitas: jurista excelso do Brasil, da América e do mundo* in Revista da Faculdade de Direito da UFPR. – Vol. 8. – No 0. – Paraná: UFPR, 1960.

<sup>2</sup> *Teixeira Freitas A. Código Civil – Esboço. – T. I. – Brasília: Ministério da Justiça – Ministério da Imprensa Nacional, 1983.*

в число которых подлежали включению: «1. Лица, абсолютно недееспособные по рождению. 2. Малолетние лица. 3. Лица, лишенные прав по решению суда. 4. Глухонемые, которые не могут общаться при помощи письма. 5. Безвестно отсутствующие, объявленные таковыми в судебном порядке».

Следует отметить, что представление об абсолютно недееспособных лицах, выраженное А. Тейшейра де Фрейтасом в «Эскизе», охватывало только те ситуации, в которых можно было презюмировать физическую или интеллектуальную недееспособность, если к этому вынуждали практические обстоятельства повседневной жизни.

Другой концепцией, предложенной Тейшейрой де Фрейтасом, была концепция относительной недееспособности. Положения о ней зафиксированы в ст. 42 «Эскиза», объявляющей, что относительно недееспособными являются: «1. Взрослые несовершеннолетние лица (*menores adultos*). 2. Замужние женщины. 3. Комерсанты, объявленные несостоятельными в судебном порядке. 4. Священники»<sup>1</sup>.

Предложенная А. Тейшейра де Фрейтасом классификация лиц относительно недееспособных имела целью запретить таким лицам совершение определенных сделок. Например, так называемые «взрослые несовершеннолетние» были вправе составлять завещания, покупать и продавать вещи с разрешения опекунов, в то время как совершать сделки по дарению они не могли ни самостоятельно, ни с опекунского разрешения.

Аналогичным образом предлагалось определять круг сделок, дозволенных замужним женщинам. Они могли совершать практически все виды сделок, которых требовала гражданская жизнь, если получали разрешение на такие сделки со стороны своего супруга. Однако они не имели права, даже при наличии разрешения супруга, ни отчуждать, ни

---

<sup>1</sup> *Teixeira Freitas A. Código Civil – Esboço. – T. I. – Brasília: Ministério da Justiça – Ministério da Imprensa Nacional, 1983.*

обременять ипотекой то имущество, которое они принесли в семью в качестве своего приданого.

Мы видим, что «Эскиз» сохранял ограничения дееспособности замужней женщины. Это обстоятельство, конечно, было обусловлено не особенностями мировоззрения А. Тейшейра де Фрейтаса, а влиянием общих культурных факторов той эпохи. Тогда ведь считалось, что замужняя женщина обязана зависеть от супруга. Могло ли быть по-иному в тогдашней Бразилии с безусловным доминированием католической культуры, если даже много лет спустя гражданский кодекс 1916 г. не отменил положений, делавших положение замужней женщины подчиненным по отношению к супругу. Положение стало изменяться гораздо позже, с началом бурного экономического развития, которое началось в Бразилии после Первой мировой войны и воплотилось в бурном промышленном росте национальной экономики. Однако если касаться вопроса о положении незамужних женщин или вдов, то они признавались полностью дееспособными<sup>1</sup> и во времена Тейшейра де Фрейтаса, что было вполне справедливым, хотя само по себе такое положение некоторые ригористы признавали рудиментом римского права.

Коммерсантов, впавших в несостоятельность, А. Тейшейра де Фрейтас также относил к кругу относительно недееспособных, поскольку их имущество поступало под управление лица, назначенного к управлению конкурсной массой<sup>2</sup>. Данное обстоятельство позволяет прийти к выводу, что в целом он находил целесообразным приводить положения об относительно недееспособных лицах в соответствие с обстоятельствами, существовавшими в ту эпоху. Он избегал тем самым появления концептуальных различий в пред-

---

<sup>1</sup> *Teixeira Freitas A. Código Civil – Esboço. – Т. I. – Brasília: Ministério da Justiça – Ministério da Imprensa Nacional, 1983.*

<sup>2</sup> Статья 3.191 Эскиза: Кредиторы общества являются одновременно кредиторами его учредителей. (Art. 3.191 – *Credores da sociedade são ao mesmo tempo credores dos sócios.*)

ставлении о лице как о субъекте права. В Бразилии той поры существовало рабство, но чернокожие рабы, отмечал А. Тейшейра де Фрейтас, не рассматривались в качестве вещей. При определенных обстоятельствах за ними сохранялась возможность приобрести способность к приобретению прав.

Выдвинутая А. Тейшейра де Фрейтасом концепция объектов права и концепция лица как субъекта права привела его к двум тесно связанным результатам: во-первых, он выработал аутентичную современную теорию право- и дееспособности, во-вторых, очистил общую часть кодекса от чуждых ему элементов.

Таково было значение предложенного А. Тейшейра де Фрейтасом подхода. Конечно, нельзя сказать, что он стал изобретателем общей части в том формате, в каком мы знакомы с ней сегодня, или что он занял какие-то особые методологические высоты в разработке представлений об общей части. Однако не подлежит никакому сомнению роль А. Тейшейра де Фрейтаса как первого бразильского пандектиста. Его суждения по определению содержания общей части гражданского кодекса до сегодняшнего дня производят большое впечатление на специалистов. Нельзя не отметить еще одной важной стороны дела. Речь идет о выработанных им предложениях по кодификации частного права, которые были восприняты современниками как весьма интересные и необходимые, пусть и не получившие реализации на практике.

Так сложилось, что лишь впоследствии бразильская доктрина восприняла его идеи и многие годы спустя благодаря настоянию Мигеля Реале (1909-2006), председателя Комиссии по разработке нового Гражданского кодекса Бразилии, в Гражданский кодекс 2002 года вошли те положения, которые Тейшейра де Фрейтас выработал за более чем столетие до этого.

Конечно же, учение об общей части гражданского кодекса – не единственное из того, чем обогатил бразильскую и мировую цивилистическую науку А. Тейшейра де Фрейтас

еще в XIX веке. В его трудах имеется немало других суждений и идей, до сих пор остающихся недооцененными. Надеемся, что в будущем они получат свое признание на практике.

Труды А. Тейшейра де Фрейтаса, и особенно его «Эскиз гражданского кодекса», демонстрируют такие инновационные подходы к идеальной модели общей части, которые на концептуальном уровне принципиально отличались от тех представлений об общей части, которые выражались современными ему авторами учебников по гражданскому праву. Сам же А. Тейшейра де Фрейтас никогда не претендовал на то, чтобы быть признанным в качестве автора идеи общей части. Напротив, он считал, что эта идея воплощена в Дигестах<sup>1</sup>. А. Тейшейра де Фрейтас решил другой вопрос – он выработал продуктивный метод определения содержания общей части гражданского кодекса. Непреходящее значение этого метода состоит в том, что он предоставил его преемникам весьма эффективный и мощный инструмент кодифицирования.

*Князев Ю.*<sup>2</sup>

### **КОДИФИКАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В АРГЕНТИНЕ, ЧИЛИ, ГАИТИ И ДОМИНИКАНСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ**

Для того чтобы понять и осмыслить процесс кодификации гражданского и торгового права в Латинской Америке, следует взглянуть чуть глубже в историю Латинской Америки, в её колониальный период.

---

<sup>1</sup> *Meira Silvio Augusto de Bastos*. Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império. – Brasília: Cegraf, 1983.

<sup>2</sup> Аспирант кафедры гражданского и трудового права РУДН; научный руководитель – к.ю.н., доцент О.В. Протопопова.

С начала XVI века в испанских колониях в Латинской Америке применялось законодательство Испанской империи. В 1805 году королём Испании было пересмотрено законодательство, которое должно было применяться в Индиях (территориях испанской короны в Центральной и Южной Америке). Он оставил без изменения законы Кастилии, в основу которых был положен закон Ley de Toro 1505 года, пересматривавшийся в 1567 и 1805 годах.

Итоги данного пересмотра вызвали неодобрение населения, проживавшего в то время в Латинской Америке. Законодательство, которое применялось уже на протяжении нескольких веков, не было изменено. Учёные и правоприменители отмечали тот факт, что многие нормы уже не использовались ввиду того, что они устарели. Язык, которым был написан весь массив правовых норм, был чересчур архаичен для XIX века. Нормы были перегружены обширными комментариями авторов и не всегда были логически связаны между собой, а зачастую противоречили друг другу.

Всё это создавало проблемы как в процессе правопонимания, так и в толковании данных норм, а вследствие этого и определённые препятствия для правоприменения. Удивительным было то, что данное право продолжало действовать и после того, как все эти страны вышли из-под испанского и португальского владычества. Но даже имея демократические конституции, которые отвечали всем требованиям современности, гражданское и торговое право стран Латинской Америки всё так же оставалось «пережитком эпохи деспотизма». К примеру, Симон Боливар в своём послании от 15 февраля 1819 года, направленном к Конгрессу Ангостура, писал, что их законы – реликвии всех старых и новых деспотий, а разрушив это так называемое «чудовищное здание», они смогут воздвигнуть «храм, посвящённый правосудию»,

и «под покровительством святого вдохновения создадут Кодекс законов Венесуэлы»<sup>1</sup>.

Возникла идея заменить старое законодательство новыми кодексами. При этом существовало два пути решения: первый – создать один или несколько собственных кодексов, которые бы основывались на собственном правовом опыте и традициях; второй – копирование одного из существующих европейских кодексов.

В Чили в 1831 году был предложен проект создания собственного Гражданского кодекса путём использования старых норм кастильского права, действовавших на основании *Siete Partidas*<sup>2</sup>. Данный правовой памятник действовал во время испанского владычества не только в Чили, но и на всей территории Латинской Америки, находившейся под владычеством Испании. При этом предлагалось исключить из старого текста преамбулу, комментарии авторов, а также различные библейские мотивы, которые встречались в его тексте.

Гражданский кодекс Чили был принят 14 декабря 1855 года, а вступил в силу с 1 января 1857 года и явился сплавом правового наследия различных стран. Он совместил в себе различные идеи и правовые традиции. К примеру, такие институты, как владение и наследование регулировались на основании переработанных норм *Siete Partidas*. Правовой режим недвижимого имущества основывался на нормах немецкого права того времени (ГК Баварии 1756 года и ГК Австрии 1812 года). Семейное право являлось составной частью гражданского, но при этом регулировалось нормами канони-

---

<sup>1</sup> *Simon Bolivar*. “Discurso de Angostura”, en *Pensamiento politico de la Emancipacion (1790-1825)*, s. I. [Caracas], Biblioteca Ayacucho, s.d., u. – P. 123.

<sup>2</sup> *Siete Partidas* – Кодифицированный акт, созданный в королевстве Кастилья во время правления короля Альфонсо X (1252-1284) с целью унификации законодательства. Своё нынешнее название, которое переводится на русский как Семь частей, данный правовой акт получил благодаря структуре данного документа, состоявшего из семи частей.

ческого права. В то же время на положения о договорах и обязательствах сильное влияние оказало французское право, а именно ФГК 1804 года.

На систему построения норм Гражданского кодекса Чили значительное влияние оказали Институции Юстиниана. Его структура была такова:

1. *Вводные положения.*

2. *Книга первая «О лицах»* устанавливала правовой режим как физических, так и юридических лиц (создание, реорганизация, ликвидация), давалось определение места жительства. В этой же книге содержались нормы, регулирующие брачно-семейные отношения, правовое положение супругов, алиментные отношения, опеку, попечительство, патронаж. ГК Чили стал одним из первых законов, который закрепил возможность признания гражданина умершим на основании безвестного отсутствия.

3. *Книга вторая «О вещах, владении, пользовании и распоряжении»* начиналась с классификации вещей. Далее следовали нормы о владении и способах приобретения имущества, об ограниченных правах на вещи, среди которых были упомянуты узуфрукт, право пользования и право проживания, сервитут. Закреплялись положения, регулирующие доверительную собственность. Последний титул данной книги посвящался владельческим искам (в том числе виндикационному и негаторному).

4. *Книга третья «О наследовании и дарении»* устанавливала понятие момента открытия наследства, наследственной трансмиссии, порядок наследования как на основании завещания, так и на основании закона. В данной части кодекса определялись условия раздела имущества наследодателя, а также порядок обязательных выплат государству, исполнителю завещания, долгов наследодателя.

5. *Книга четвёртая «О договорах и обязательствах»* закрепляла нормы, регулирующие различные типы обязательств, их возникновение и прекращение (исполнение, но-

вазия, прощение долга и т.д.). В числе прочих в этом разделе содержались нормы об обязательствах, вытекающих из брачных договоров.

Здесь же помещались нормы, регулирующие различные гражданско-правовые договоры (купли-продажи, аренды и т.п.), способы, обеспечивающие исполнение обязательств, основания и условия ответственности за нарушение обязательств.

В 1830 году мексиканский юрист Хуан Родригес де Сан Мигель издал Испано-мексиканские пандекты, или Кодекс законов, действующих и применяемых на основании старого испанского законодательства (*Siete Partidas, Recopilacion Novisima* и др.)<sup>1</sup>. Родригес, предвидя кодификацию, говорил, что будущий кодекс может состоять из всего нового, а может вобрать в себя всё то хорошее, что было в старом законодательстве, а также в него должно быть добавлено то, что может довести его до совершенства<sup>2</sup>.

Одним из лучших примеров рецепции старого испанского права стали 23 титула, которые составили содержание первого титула третьей книги Гражданского кодекса Боливии 1830 года, и адаптация старого испанского колониального права в Гражданском кодексе Перу 1852 года. ГК Перу оказался последним, при создании которого были использованы нормы старого колониального законодательства. Кодексы, которые появлялись впоследствии на территории Латинской Америки, содержали в себе уже нормы нового европейского права и зачастую практически полностью копировали кодексы некоторых стран Западной Европы<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Pandectas hispano-mexicanas o sea codigo general comprensivo de las leyes generales, utiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilacion Novisima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña y cédulas posteriors hasta el año 1820.* – Mexico: UNAM, 1980.

<sup>2</sup> *De la codificacion a la descodificacion, Cuaderno de Analisis Juridico II.* – Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2005. – P. 34.

<sup>3</sup> Там же.

Идея создания кодекса была идеально осуществлена во Франции, которая уже с 1804 года применяла Гражданский кодекс. Именно поэтому многие из вновь возникших государств Латинской Америки хотели либо скопировать полностью ГК Франции, либо при создании своего кодекса постараться имитировать его. В качестве образца копирования рассматривались Гражданский кодекс Пруссии 1794 года и Гражданский кодекс Австрии 1811-го. Но от ГК Пруссии пришлось отказаться ввиду его чрезмерного объёма, а также по причине того, что кроме частноправовых норм в данном кодексе содержались и нормы публичного характера. ГК Пруссии по своей структуре сильно отличался от той институциональной системы, к которой привыкли латиноамериканские юристы. Также важным было то, что немецкий язык в то время слишком мало изучался в бывших испанских и португальских колониях, поэтому это также стало одной из причин отказа.

Хотя ГК Австрии и использовал институциональную систему, но она сильно отличалась от той, которая была в Дигестах Юстиниана и к которым были так привычны латиноамериканские юристы, поэтому и от австрийского кодекса было решено отказаться.

Гражданский кодекс Франции 1804 года оставался единственной возможностью, на которую могли в такой ситуации опираться новые латиноамериканские государства при построении своей системы законодательства.

Главным удобством явилось то, что язык, на котором был написан ФГК, принадлежал к романской языковой группе и был достаточно близок носителям испанского языка. Поэтому нормы этого кодекса были просты для понимания латиноамериканскими юристами. В то время в бывших испанских колониях существовало множество специалистов, которые владели французским языком. Немаловажным фактом являлось то, что ФГК был построен по привычной латиноамериканским юристам институциональной системе и не содержал абстрактных норм, как ГК Пруссии или Австрии.

Не последнюю роль сыграли престиж и известность, которые сумел заработать Гражданский кодекс Франции 1804 года в Европе и по всему миру, а также слава и известность человека, сыгравшего немаловажную роль в его создании – Наполеона<sup>1</sup>. Именно последнее стало одной из главных причин, по которой снизившие свою военную активность и сосредоточившие силы на политических и законодательных процессах лидеры вновь образованных государств Латинской Америки пожелали инкорпорировать ФГК в молодые законодательные системы тех стран, которыми они управляли.

Всё шло к тому, что Французский гражданский кодекс 1804 года станет модельным законом для развивающихся латиноамериканских законодательств, но оставались ещё некоторые возможности для выбора. Возникал вопрос – необходимо ли полностью копировать Французский кодекс или при замене старого законодательства на новое следовало лишь его адаптировать. На первоначальном этапе кодификации в Латинской Америке возобладала первая точка зрения. Так, Симон Боливар, по словам его секретаря Хосе Эспиналя, проникся мудростью, которой был пронизан Кодекс Наполеона. Он считал, что его можно принять в Колумбии с некоторыми корректировками для лучшей адаптации в стране.

В Аргентине федеральный губернатор Буэнос-Айреса Мануэль Доррего в 1828 году тоже был вдохновлён идеей принять ФГК в большей его части<sup>2</sup>.

В 1830 и 1833 годах конгресс Эквадора решил развивать схожую с Аргентиной и Колумбией идею<sup>3</sup>. Аналогич-

---

<sup>1</sup> О влиянии фигуры Наполеона на политическую элиту Латинской Америки см.: *Carlos Stotzer* El pensamiento político en America española durante el periodo de Emancipacion. 1789-1825. – Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1966. – Vol. II. – P. 69.

<sup>2</sup> De la codificacion a la descodificacion, Cuaderno de Analisis Juridico II. – Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2005. – P. 36.

<sup>3</sup> *Andres Cordova*. Derecho civil ecuatoriano. – Quito, 1956, I: Parte general e historia de nuestro derecho civil. – P. 89.

ные процессы происходили и в Гватемале<sup>1</sup>. Яркими примерами первой волны копирования явились ГК Гаити 1825 г. и ГК Доминиканской Республики 1845 г.

1 января 1804 года Гаити объявила о своей независимости от Франции. На тот момент самопровозглашённая республика занимала весь остров Санто-Доминго. Будущая Доминиканская Республика, говорящая на испанском языке и занимавшая восточную часть острова, до 1795 года являлась колонией Испанской империи. После отделения Гаити от Франции испаноговорящая часть острова осталась под управлением правительства вновь образованного государства Гаити. 22 марта 1804 года глава Гаити издал указ, гласящий, что до момента принятия в Гаити собственного Гражданского кодекса будет действовать ГК Франции 1804 года<sup>2</sup>.

Новый президент Гаити 6 октября 1818 года издал декрет о создании комиссии, которая должна была заняться созданием новых кодексов. Свою задачу она выполнила в 1820-1821 годах. Проект Гражданского кодекса был принят по частям парламентом в том же порядке, как был принят ГК Франции. В начале 1825 года был принят окончательный вариант Гражданского кодекса Гаити, который вступил в силу 1 мая 1826 года. ГК Гаити стал полной копией ГК Франции 1804 года, в том числе и в порядке изложения правовых норм.

Восточная часть острова отделилась от Гаити в 1808 году, но уже в 1814-м попала под власть Испании, от которой освободилась в 1821 году, чтобы вновь подпасть под власть западной франкоговорящей части острова в 1822 году. С этого момента они вместе образовали Республику Гаити. Поэтому с 1825 года новый ГК Гаити действовал на французском языке как на западную франкоговорящую часть, так и на восточную, которая говорила на испанском языке.

---

<sup>1</sup> *Mario Rodriguez*. The Livingston Codes in the Guatemalan Crisis of 1837-1838, en VV. AA., Applied Enlightenment, 19<sup>th</sup> Century Liberalism, 1955. – 2 ed. – New Orleans: Tulane University, 1972. – P. 13.

<sup>2</sup> *Alejandro Guzman Brito*. La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX. – Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. – P. 289.

В 1844 году восточная часть острова отделилась вновь, образовав новое государство – Республику Доминикана. Первоначально новое правительство оставило в действии ГК Гаити 1825 года на всей территории своей страны (на французском языке). Но в 1845 году конгресс Республики Доминиканы издал закон, который устанавливал применение на территории всей страны французских кодексов периода Реставрации<sup>1</sup>. Доминиканская Республика использовала при копировании ГК Франции его редакцию 1816 года (так называемый период Реставрации), которая имела некоторые отличия по сравнению с оригинальной версией 1804 года, использованной для копирования Республикой Гаити. Копирование текста ГК Франции было полным вплоть до языка изложения. Кодекс был скопирован на французском языке, несмотря на то что жители страны говорили на испанском. На протяжении очень долгого времени только юристы и некоторые члены высших слоёв общества могли читать, понимать и оперировать нормами данного кодекса. Профессиональный язык, которым оперировал Гражданский кодекс, был недоступен обычному жителю. И только в 1884 году была издана официальная версия ГК Доминиканской Республики на испанском языке.

*Белоус Е.И.*<sup>2</sup>

### **ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС ЧИЛИ КАК ПРИМЕР ОРИГИНАЛЬНОЙ КОДИФИКАЦИИ ЧАСТНОГО ПРАВА В ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКЕ**

История права бывших колоний стран Латинской Америки начинается с обретения ими государственной незави-

---

<sup>1</sup> “De la codificacion a la descodificacion”, Cuaderno de Analisis Juridico II. – Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2005. – P. 50.

<sup>2</sup> Студентка юридического факультета РУДН; научный руководитель – к.ю.н. Е.Н. Трикоз.

симости и развитием уже своего собственного национально-го права.

Именно кодификация права, начавшаяся после обретения своей национальной независимости Чили в 1818 году, явилась импульсом для развития национального права нового независимого государства. Испанское право являлось разнородным и разрозненным, поэтому за основу было принято *французское право*, уже кодифицированное в то время. Также на выбор французской модели большое влияние оказали политико-правовые идеи *французского* Просвещения, которые разделяли *победившие* в борьбе за независимость революционные силы.

Ныне действующий Чилийский гражданский кодекс 1855 г. (вступил в силу 1 января 1857 г.) является одной из первых оригинальных кодификаций гражданского права в Латинской Америке. Проект этого кодекса по заказу чилийского правительства разработал в 1846-1855 годах венесуэлец Андрес Бельо<sup>1</sup>.

За основу был взят и переработан ряд документов:

- Нормы римского права.
- Испанская средневековая кодификация «Семь партий» 1263 г.
- Французский гражданский кодекс 1804 г.
- Австрийское гражданское уложение 1811 г.
- Гражданские кодексы Голландии, Сардинии, Сицилии.
- Идеи немецкого правоведа, историка и юриста Фридриха Карла фон Савиньи.

Именно благодаря этому в Гражданском кодексе Чили нашли отражение многие прогрессивные идеи XIX столетия.

Чилийский гражданский кодекс сохранил сходство с Французским гражданским кодексом; нормы обязательственного и вещного права отражены в нем без изменений.

---

<sup>1</sup> *Посконина О.И.* История Латинской Америки. – М.: Весь мир. – 2009. – С. 38.

В то же время он во многом отличается от французского образца.

В Чилийском гражданском кодексе, например, дано определение юридического лица: «Является юридическим лицом лицо фиктивное, способное осуществлять права, нести гражданские обязанности и вступать в правовые и не правовые отношения»<sup>1</sup>.

Так, в отличие от Французского гражданского кодекса в части I Чилийского гражданского кодекса, посвященной правовому положению лиц, юридические лица (именуемые далее «фиктивными лицами») выделяются в особую категорию, допускаются договоры в пользу третьих лиц, а также регулируется проблема доверительной собственности. В вопросе признания вещных прав на недвижимость и ипотеку предпочтение было отдано принципам германского законодательства, например принципам старшинства зарегистрированных вещных прав, достоверности и гласности).

По сравнению со структурой Французского гражданского кодекса структура Чилийского гражданского кодекса более стройна. Основная часть включенных в него норм размещена в 4 книгах (во Французском гражданском кодексе их 3):

I – «О лицах»;

II – «О вещах, собственности, владении, пользовании и распоряжении»;

III – «О посмертном наследовании и прижизненных дарениях»;

IV – «Об обязательствах вообще и о договорах».

Всего в Чилийском гражданском кодексе 2524 статьи.

В Чилийском гражданском кодексе имеется Вводный титул – 53 статьи, в которых собраны нормы о порядке принятия и отмены законов, их толковании, а также определении специальных терминов.

---

<sup>1</sup> Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. – М.: Дело, 1992. – С. 37-38.

В Чилийском гражданском кодексе отражены положения о равенстве перед законом всех лиц – независимо от возраста, пола, происхождения и социального положения, о запрещении рабства, сословных привилегий. Гражданское совершеннолетие наступало по достижении 25-летнего возраста; внебрачные дети по общему правилу не обладали наследственными или иными правами в отношении имущества родителей. Семейные отношения регламентировались с позиций старого испанского законодательства и канонического права. В этой сфере Чилийский гражданский кодекс ограничивался регулированием узкого круга имущественных прав; разводы не допускались; главой семьи объявлялся муж, осуществлявший семейную власть, что влекло ограничение прав замужней женщины. Отстаивание своих имущественных прав замужняя женщина могла получить только через процедуру сепарации, которая означала право на отдельное проживание и разделение имущества, но не расторгала брак и допускалась только в указанных в законе случаях.

Право собственности трактуется Чилийским гражданским кодексом как абсолютное; ограничение этого права допускается только в силу закона или прав третьих лиц (ст. 582). Ограничения права собственности не выходили за рамки обычного перечня прав на чужие вещи. С другой стороны, привносимая кодификацией определенность «ограничивала действия принципа справедливости, которым должен руководствоваться суд при разрешении коллизии законов»<sup>1</sup>.

Наследственное право в Чилийском гражданском кодексе основывалось на испанском законодательстве. Принцип свободы завещания не был прописан. Лицо, имевшее супруга

---

<sup>1</sup> *Шебанова Н.А.* Проблема кодификации законодательства по международному частному праву в странах Латинской Америки // Проблемы современного МЧП. – М., 1998. – С. 114.

или ближайших родственников, не вправе было составить завещание и распорядиться судьбой своего имущества<sup>1</sup>.

Нормы об обязательствах занимают почти половину всего объема Чилийского гражданского кодекса. Основным принципом здесь является автономия воли.

Гражданский кодекс Чили сыграл огромную роль в формировании кодификации частного права во многих государствах Латинской Америки, став образцом для подражания. В период своего действия он подвергался неоднократным реформам, которые не затрагивали его структуру и нумерацию статей. Начиная с 1884 г. в Гражданский кодекс Чили стали вноситься коррективы, в результате которых было изменено содержание ряда статей (принят Закон о гражданском браке, разделяющий его гражданскую и церковную формы; понижен возраст полной дееспособности; упразднена недееспособность замужней женщины, улучшены права внебрачных детей, введен институт усыновления).

Стоит отметить, что в Чили наряду с Гражданским кодексом действует кодекс международного частного права – Кодекс Бустаманте, принятый в 1928 г. на VI Гаванской пан-американской конференции по международному частному праву. Это одна из крупнейших кодификаций коллизионных норм в мире. В этом кодексе систематизированы коллизионные вопросы частного права, возникающие в международной хозяйственной и гражданской сфере. Важными частями кодекса являются: международное гражданское право, включающее в себя гражданство, местожительство, физические и юридические лица, семейные отношения, имущественные отношения, приобретение собственности, обязательства; международное торговое право; международный процесс. Чи-

---

<sup>1</sup> *Медведев С.Н.* Право собственности по Гражданскому кодексу Чили 1855 г. и его конституционное развитие. – Ставрополь: Мысль, 2009. – С. 109-116.

ли, как и все страны Латинской Америки, придерживается дуалистической системы частного права.

Чилийский гражданский кодекс послужил образцом для появившихся вслед за ним гражданских кодексов Эквадора (1860) и Колумбии (1873) и многих других государств Латинской Америки. Он оказал также значительное влияние на гражданские кодексы других стран региона – Венесуэлы (1862) и Уругвая (1868).

## РАЗДЕЛ 2

### ВЕЩНОЕ ПРАВО

*Бадаева Н.В.*<sup>1</sup>

#### ОСНОВНЫЕ И ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ВЕЩНЫЕ ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ ПЕРУ 1984 Г.<sup>2</sup>

Гражданский кодекс Перу 1984 года является одной из новых гражданских кодификаций в Латиноамериканском регионе. Он стал третьей кодификацией гражданского законодательства в этой стране и сменил действовавший ранее ГК 1932 г., который воспринял идеи более поздних европейских гражданских кодификаций – Германского гражданского уложения 1896 г. и Швейцарского гражданского уложения 1907 г.<sup>3</sup>

Регулированию вещных прав посвящена книга V Гражданского кодекса (ст. 881-1131), состоящая из четырех разделов: первый – «Общие положения» (*Disposiciones generales*), второй – «Вещи» (*Bienes*), третий – «Основные вещные права» (*Derechos reales principales*), четвертый – «Обеспечительные вещные права» (*Derechos reales de garantia*).

---

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского и трудового права РУДН.

<sup>2</sup> В статье представлены выводы исследовательского проекта № 11-03-00127а «Гражданское право стран Латинской Америки (теоретические проблемы кодификации)» по конкурсу РГНФ 2011 г.

<sup>3</sup> *Безбах В.В.* Новый Гражданский кодекс Перу / Гражданское и семейное право развивающихся стран. Сборник нормативных актов: Гражданские кодексы стран Латинской Америки: Учеб. пособие / Отв. ред. В.В. Безбах. – М.: Изд-во УДН, 1988. – С. 6.

В разделе втором не содержится определения понятия вещи. Открывают этот раздел два перечня, содержащих перечисление вещей движимых и недвижимых (*muebles y inmuebles*) (ст. 885 и 886). Законодатель также определяет порядок осуществления прав в отношении неотделимых частей вещи и принадлежностей (*partes integrantes y accesorios*), плодов (*frutos*) и продукции (*productos*). Других классификаций вещей в ГК не установлено.

Среди основных вещных прав в разделе третьем названы следующие права: владение (*posesion*), право собственности (*propiedad*), узуфрукт (*usufructo*), узус (*usus*), право проживания (*habitacion*), суперфиций (*superficie*) и сервитуты (*servidumbres*).

Положения о владении открывают раздел третий V книги ГК Перу. В соответствии со ст. 896 ГК владение воспринимается в качестве субъективного права, так как оно определяется как фактическое осуществление одного или нескольких правомочий, присущих собственнику<sup>1</sup>. В титуле 1 раздела 3 не содержится положений, различающих держание и владение, что демонстрирует приверженность перуанского законодателя объективной теории владения.

Согласно ст. 899 в Перу возможно существование отношений совладения (*coposesion*) вещью, когда двое или более лиц владеют одной вещью совместно. Приобретение владения происходит путем передачи вещи или вручения документов лицу, а также его представителю.

Виды владения рассматриваются в гл. 3 указанного титула. Следуя объективной теории владения, в ГК закрепляются владение непосредственное (*inmediata*), осуществляемое на основе какого-либо титула, и опосредованное (*mediata*), т.е. то, которое реализуется лицом, временно передавшим титул владения другому.

---

<sup>1</sup> *Palomino Manchego Jose Felix*. La posesion y la posesion precaria // *Revista de Derecho y Ciencia Política*. – Vol. 66 (#1-2). – Lima, 2009. – P. 94-95.

К незаконному (*ilegitima*) владению относят добросовестное (*de buena fe*) и недобросовестное (*de mala fe*) владение. Добросовестный владелец вправе оставить за собой плоды, полученные от вещи, а недобросовестный – обязан вернуть плоды, а также несет более строгую ответственность за порчу и утрату вещи (ст. 908-910). Необходимые и полезные улучшения (*mejoras*) вещи должны быть компенсированы владельцу в случае истребования у него вещи управомоченным лицом (ст. 917).

Законодатель предусмотрел юрисдикционные и неюрисдикционные способы защиты владения. К неюрисдикционным способам относится самозащита, которая может быть применена незамедлительно после нарушения (ст. 920), а среди юрисдикционных способов названы владельческие иски и интердикты. Однако Кодекс не устанавливает различий в основаниях применения указанных юрисдикционных способов (ст. 921).

К прекращению владения ведут следующие основания: передача, отказ от него, судебное решение, разрушение или потеря вещи (ст. 922).

Право собственности, являясь основным вещным правом, наиболее подробно урегулировано в ГК Перу. В соответствии со ст. 923 собственник имеет возможность пользоваться вещью (*usar*), получать плоды (*disfructar*), распоряжаться ею (*disponer*) и виндицировать ее (*reivindicar*). «Определение права собственности, – отмечает В.В. Безбах, – типично для социально-экономических условий, характеризующихся широким вторжением государства в область регламентирования экономической деятельности: «право собственности (ст. 923) должно осуществляться в соответствии с социальным интересом», причем ограничения этого права в соответствии с социальным интересом либо в связи с «пуб-

личной необходимостью или полезностью не могут изменяться или отменяться посредством сделок» (ст. 925)»<sup>1</sup>.

Приобретение права собственности допускается в перуанском законодательстве различными способами: путем присвоения (*apropiación*), спецификации (*especificación*) и смешения вещей (*mezcla*), приращения (*accesión*), передачей вещи (*tradición*) и посредством приобретательной давности (*usucapion*). Вещи, никому не принадлежащие, а также рыба и дикие животные, пойманные и удерживаемые лицом, становятся собственностью тех, кто их присвоил. Найденные вещи (*hallazgo*) не могут стать собственностью нашедшего, так как должны быть переданы муниципальным властям. Если собственник такой вещи не обнаруживается, то она продается на публичных торгах (ст. 932). Собственниками клада (*tesoro*), сокрытого в земле, становятся лицо, нашедшее клад, и собственник земельного участка, если клад был обнаружен на неогороженном участке (ст. 935). Добросовестный переработчик признается собственником вещи, полученной при спецификации, с обязанностью возместить стоимость переработанного материала. Соединение и смешение вещей ведет к возникновению общей собственности на новую вещь (ст. 937).

Параграф 5 (гл. 1 тит. 2 разд. 3) устанавливает правила для приобретения вещи по давности владения. Спокойное, открытое и непрерывное владение недвижимой вещью в течение 10 лет, а движимой вещью в течение 4 лет ведет к возникновению права собственности; при наличии добросовестности достаточно 5 и 2 лет соответственно (ст. 950-951).

Отдельная глава рассматриваемого титула посвящена праву собственности на землю (*propiedad predial*). Включение самостоятельного регулирования земельных отношений в кодифицированный акт является новым для стран Латиноамер-

---

<sup>1</sup> *Безбах В.В.* Новый гражданский кодекс Перу. – С. 9.

риканского региона<sup>1</sup>. За собственником земельного участка закрепляются специальные права: огораживать свой участок, требовать размежевания с соседями, срезать ветви деревьев и корни растений, если они проникают на собственный участок (ст. 965-967). Однако ГК устанавливает и ряд ограничений, возникающих из соседских отношений. Так, собственнику земельного участка запрещается совершать любые действия, создающие опасность для соседей, устраивать колодцы, причиняющие неудобства и ущерб соседям, допускать проникновение воды, используемой на участке, к соседям, осуществлять вредную и опасную промышленную деятельность и препятствовать провозу строительных материалов на соседний участок (ст. 959-964).

Отношения сособственности (*copropiedad*) регулируются гл. 4 указанного титула. Согласно ст. 969 сособственность возникает, когда двум или более лицам вещь принадлежит в определенных долях (долевая собственность). Установление сособственности без определения долей в ГК Перу не допускается. Подробные правила содержатся в Кодексе относительно порядка пользования, извлечения плодов, распоряжения вещью и долей в праве, осуществления улучшений вещи, защиты права общей собственности и оснований ее прекращения. Закон допускает заключение соглашений, устанавливающих временный (до 4 лет) запрет на раздел вещи (*division*), находящейся в общей собственности (ст. 993), а также установления ограждений между сособственниками на таких земельных участках (*medianeria*).

Систему ограниченных вещных прав открывают положения об узуфрукте (*usufructo*). Кодекс не содержит категории ограниченных вещных прав (*derechos reales limitados*), определяя узуфрукт как временную возможность осуществ-

---

<sup>1</sup> См.: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: Монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 81.

лять правомочия пользования и извлечения плодов из чужой вещи (ст. 999). Право узуфрукта возникает в силу закона, договора, односторонней сделки и завещания. Срок его действия не должен превышать 30 лет, если оно предоставлено юридическому лицу. Право узуфрукта передаваемо и может быть обременено другими правами

Узуфруктуарий должен использовать вещь в соответствии с ее назначением, не менять ее форму и существа, нести все издержки, связанные с вещью, и вправе присваивать плоды, приносимые вещью. Согласно ст. 1018 возможно установление квазиузуфрукта (*cuasiusufructo*), который дает право только на получение процентов. Основаниями прекращения узуфрукта являются: истечение предусмотренного срока, неиспользование права узуфрукта в течение 5 лет, совпадение собственника и узуфруктуария в одном лице, смерть или отказ от права, разрушение или уничтожение вещи, судебное решение (если узуфруктуарий не выполняет возложенных на него обязанностей по сохранению вещи).

Титул 4 раздела 3 включает в себя нормы, относящиеся к праву узуса (*usus*) и праву проживания (*habitacion*). Право использования непотребляемой вещи предоставляется узуарию. Если это право осуществляется в отношении дома или его части, то оно представляет собой право проживания. Эти права носят личный характер и не могут быть переданы другим лицам.

Право суперфиция позволяет его обладателю пользоваться возведенной на чужой земле собственной постройкой в течение определенного срока, который не может превышать 99 лет (ст. 1030). Установление суперфиция происходит посредством договора или завещания. Допускается передача этого права, за исключением особых случаев (ст. 1031).

Регулирование сервитутных отношений осуществляется в титуле 6 раздела 3 ГК Перу (ст. 1035-1054). Собственник господствующего земельного участка при установлении сервитута (*servidumbre*) посредством договора или закона полу-

чает возможность определенным образом пользоваться служебным участком или не позволять его собственнику осуществлять какое-либо из правомочий, тем самым обременяя служебный участок (ст. 1035). По общему правилу сервитут носит бессрочный (*perpetua*) характер и не может передаваться отдельно от земельного участка, в отношении которого он установлен. Допускается обременять один участок в пользу другого, даже если собственником обоих участков является одно лицо (ст. 1048). Неиспользование права в течение 5 лет ведет к прекращению сервитута. Право прохода по соседнему земельному участку к общественной дороге носит возмездный (*oneroso*) характер. Размер платы зависит от тех неудобств, которые претерпевает собственник служебного участка (ст. 1052).

Раздел 4 книги V ГК Перу посвящен вещным обеспечительным правам (*derechos reales de garantia*), к которым отнесены залог (*prenda*), антихрез (*anticresis*), ипотека (*hipoteca*) и право удержания (*derecho de retencion*). Наиболее детальные правила в этом разделе установлены в отношении обычного залога (ст. 1055-1090) и ипотеки (ст. 1097-1122).

Залог может быть установлен на движимые вещи с передачей их залогодержателю физически или юридически в обеспечение исполнения какого-либо обязательства. По общему правилу залог распространяется на все принадлежности вещи, а плоды, приносимые вещью, принадлежат ее собственнику, если договором не установлено иное.

Юридическая передача вещи залогодержателю (*prenda legal*), когда вещь остается у должника, возможна только в отношении движимых вещей, подлежащих регистрации (ст. 1059). Допускается установление последующего залога (*prenda sucesiva*). Договор о залоге должен содержать указание на обязательство, которое обеспечивается, и вещь, которая передается в залог. Запрещается заключение соглашения об оставлении вещи у залогодержателя в случае неисполнения обязательства (ст. 1066).

Подробно регламентируются в главе 2 рассматриваемого титула права и обязанности залогодателя и залогодержателя. Закон наделяет залогодержателя правом удержания имущества, преимуществом в удовлетворении требований перед другими кредиторами и возможностью защищать свои права посредством виндикационного и владельческих исков. При этом он не может пользоваться вещью и должен обеспечить сохранность вещи, за порчу которой он отвечает как депозитарий. Глава 3 указанного титула предусматривает основания прекращения залогового отношения.

Право антихреза (*anticresis*) предоставляет кредитору возможность пользоваться недвижимой вещью и извлекать из нее плоды, в случае когда она передана в обеспечение долга (ст. 1091). В отношении недвижимости на кредитора возлагаются такие же обязанности, как на арендатора, за исключением обязанности вносить арендную плату, которая засчитывается в счет погашения долга (ст. 1093-1094).

В соответствии со ст. 1097 ГК Перу ипотека (*hipoteca*) устанавливается в отношении недвижимого имущества в целях обеспечения исполнения какого-либо собственного обязательства или обязательства третьего лица. Вещь не передается во владение залогодержателя, но он вправе требовать удовлетворения за счет обремененного ипотекой имущества, а также преимущественной покупки этого имущества либо его продажи в судебном порядке. Возникновение ипотеки подлежит регистрации, если иное не установлено законом (ст. 1098). Даже в случае неисполнения обязательства кредитор не становится собственником недвижимости за сумму ипотеки. Соглашения об обратном являются недействительными (ст. 1111). Не допускается установление ипотеки на вещи, которые будут созданы в будущем (*bienes futuros*) (ст. 1106). Ипотека может быть установлена в силу закона (*hipoteca legal*) в случаях, указанных в ст. 1118 ГК Перу.

Завершают книгу V ГК Перу, посвященную вещным правам, положения о праве удержания (*derecho de retencion*),

в соответствии с которыми кредитор вправе удерживать вещь должника, если долг никаким другим образом не обеспечен (ст. 1123). Однако кредитор не может стать собственником такой вещи, даже если обязательство не исполняется должником. Любые соглашения, отменяющие это правило, недействительны (ст. 1130).

Регулирование вещных прав в гражданском законодательстве Перу представляется достаточно полным и отвечающим потребностям участников гражданского оборота. Обширная система вещных прав, характерная для большинства стран континентальной правовой семьи, в том числе латиноамериканским странам, предоставляет возможность субъектам устанавливать необходимый объем господства над вещью путем выбора соответствующего ситуации вещного права. Право собственности, узуфрукт, узус, право проживания, суперфиций, сервитуты обеспечивают самые разнообразные потребности субъектов гражданского права. Особое внимание перуанский законодатель уделил институту владения, который в Гражданском кодексе получил очень детальную регламентацию, однако установление таких вещных прав, как право приобретения чужой недвижимой вещи и право вещной выдачи счел нецелесообразным. Среди обеспечительных вещных прав помимо обычного залога, ипотеки и права удержания нашел свое место институт антихреза, что свидетельствует о продолжении влияния французской модели вещно-правового регулирования. Право антихреза по своему содержанию довольно схоже с ипотекой и отличается от нее лишь возможностью кредитора пользоваться недвижимой вещью, предоставленной в обеспечение исполнения какого-либо обязательства. По этой причине некоторые латиноамериканские государства не включают в свои гражданские кодификации такое право, как антихрез.

## РАЗДЕЛ 3

### ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО

*Безбах В.В.*<sup>1</sup>

#### АКСИОЛОГИЧЕСКИЕ И МЕТАИНДИВИДУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ В ТРАКТОВКЕ ПОНЯТИЯ И НАЗНАЧЕНИЯ ДОГОВОРА В ЛАТИНОАМЕРИКАНСКОЙ ЦИВИЛИСТИКЕ<sup>2</sup>

Идея договора трактуется латиноамериканскими цивилистами в русле представлений, свойственных континентальной (романо-германской) системе права. Сводится она, по общему правилу, к тому, что договор выступает юридическим институтом, выходящим сферой своего применения за пределы собственно гражданских правоотношений (*una institucion juridical que exceed los limites de la esfera de lo civil*)<sup>3</sup>.

Речь идёт, таким образом, о том, что договоры заключаются не только между участниками гражданско-правовых отношений, но и между участниками отношений торговых (предпринимательских), трудовых и даже административных. Однако общее понятие договора цивилистическая наука стремится формулировать, не разрывая его на узкоотраслевые аспекты, с тем чтобы добиться единой (унитарной) концепции.

---

<sup>1</sup> Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского и трудового права РУДН.

<sup>2</sup> Статья подготовлена в рамках работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2011 г. № 11-03-00127а «Гражданское право стран Латинской Америки (теоретические проблемы кодификации)».

<sup>3</sup> См.: *Rafael de Pina. Derecho Civil Mexicano.* – Mexico Editorial Porrúa, 1999. – P. 264.

Беря за отправную точку семантический подход, многие авторы указывают на то, что понятием «договор» следует охватывать соглашение (пакт), достигаемое его сторонами по поводу определённых вещей или действий, исполнения которого можно достичь принудительно<sup>1</sup>. В юридическом плане договор иногда трактуется не только как юридический акт (*acto jurídico*), но также и как «индивидуализированная правовая норма» (*norma jurídica individualizada*)<sup>2</sup>.

Такой взгляд следует воззрениям Венской школы права и её признанного лидера Ганса Кельзена, отводившим в выдвинутой ими иерархии юридических норм нижнюю строку отвечающего ей перечня именно «индивидуализированным нормам». (В этой строке помещались договоры, судебные решения и т.д.) Впрочем, следование Кельзену в оперировании термином «индивидуализированная норма» не означает, что оно указывает на безусловное и общее согласие латиноамериканской доктрины с классификационными критериями, положенными в основу названной иерархии. В частности, Рафаэль де Пина, свидетельствуя своё уважение к мнению великого австрийского правоведа, возражает, тем не менее, против признания судебных решений и договоров категориями, обладающими подлинной сущностью юридических норм<sup>3</sup>. Он подчёркивает, что не по сути кельзеновской иерархии, но по вменяемой ею сфере действия она не может быть признана цивилистами явлением, наделяющим договор провозглашаемыми ею свойствами. Договор не признаётся Рафаэлем де Пина юридической нормой в том же смысле, в каком нормой признаются обычаи или иные источники права. Договор, подчёркивает он, это лишь соглашение, заклю-

---

<sup>1</sup> *Rafael de Pina. Derecho Civil Mexicano. – Mexico Editorial Porrúa, 1999. – P. 265.*

<sup>2</sup> *Rojina Villegas. Los ambitos del contrato como norma juridical. – Mexico, 1957.*

<sup>3</sup> *Rafael de Pina. Op. cit. – P. 265.*

чѐнное в соответствии с определёнными юридическими нормами<sup>1</sup>.

Касаясь вопроса о содержании взглядов на гражданско-правовой договор, которых придерживаются латиноамериканские правоведы, следует отметить, что и эти взгляды не представляют собой феномена, выходящего за пределы собственных романо-германской системе правовых воззрений, хотя и отражают подчас те или иные нюансы или концепции, почвой возникновения которых выступает собственно латиноамериканская литература. Так, представления о договоре подвержены очевидной бифуркации в том смысле, что поддаются разделению трактовками «*latu sensu*» и «*stricti sensu*». В широком смысле представления о договоре выражают отождествление понятий «соглашение» (*convenio*) и «договор» (*contrato*). В узком смысле они выражают последовательное разграничение названных понятий. Такое разграничение находит своё отражение и в законодательных актах. Так, в Мексике Гражданский кодекс определяет соглашение (*convenio*) как «согласие (*acuerdo*) двух или более лиц, направленное на создание, преобразование, изменение или прекращение обязательств», добавляя при этом, что «соглашения» (*convenios*), посредством которых создаются или передаются обязанности и права, именуются договорами<sup>2</sup>. Это означает, что мексиканский законодатель не видит оснований для отождествления понятий «*convenio*» и «*contrato*», в отличие, например, от законодателя итальянского, который закрепил в Гражданском кодексе 1942 г. следующее определение договора: «Договор есть согласие (*acuerdo*) двух или более лиц, посредством которого они между собой устанавливают, регулируют, или прекращают имущественные отношения»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Rafael de Pina*. Op. cit. – P. 265.

<sup>2</sup> *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales*. Art. 1792-1793.

<sup>3</sup> *Codice Civile*. Art. 1321.

От внимания Рафаэля де Пина не ускользнул и подход французских цивилистов к этому же вопросу. Он ссылается на известный труд Колена и Капитана, в котором его авторы указывают, что, хотя Кодекс Наполеона и различает в ст. 1101 понятия «соглашения» (*convenio*) и «договора» (*contrato*), видя в их связи соотношение категорий рода и вида, само по себе такое различие имеет сугубо терминологический характер. Действительно, обоим различаемым понятиям ФГК адресует одни и те же общие правила. Не случайно и определение договора получается у названных авторов обобщённым, соединяющим оба квазиразличаемых понятия в одно: «Договор» (*contrato*), или «соглашение» (*convenio*) есть достигнутое между двумя или более лицами согласие, направленное на возникновение определённых юридических последствий»<sup>1</sup>. Впрочем, единства мнений на этот счёт не сложилось и во французской доктрине. Другой известный французский цивилист, Жоссеранд, противопоставляет свою точку зрения той, которую выразили Колен и Капитан. Он не признаёт тождества между понятиями договора и соглашения, подчёркивая, что договор представляет собой всего лишь одну из разновидностей соглашения. Прощение долга, например (*una remission de deuda*), указывает он, представляет собой соглашение, поскольку проявляется согласными друг с другом волеизъявлениями; однако договором, строго говоря, такое соглашение не является, поскольку имеет целью не создание обязательства, а его прекращение<sup>2</sup>.

Для мексиканского цивилиста Рафаэля де Пина этот вопрос подлежит рассмотрению в несколько ином ракурсе. Он считает, что логичное само по себе суждение, по которому различие между понятиями «договор» и «соглашение» носит терминологический характер ввиду хотя бы того обстоятельства, что каждое из них подвергается воздействию

---

<sup>1</sup> *Colin A., Capitán H. Curso Elemental de Derecho Civil. – Т. III. – P. 394.*

<sup>2</sup> *Josserand L. Derecho Civil. – Т. II. – Vol. I. – P. 13.*

одних и тех же правил, не отрицает, тем не менее, наличие практической потребности в их разграничении. Цитируя ст. 1254 Гражданского кодекса Испании, которая позволяет определить договор как юридический акт, посредством которого одно или более лиц достигают согласия связать себя обязательством с другим лицом или другими лицами в целях передачи вещи либо оказания услуги, Рафаэль де Пина обращается к мнению комментатора этой статьи, испанскому цивилисту Клементе де Диего. Последний также не считает понятие договора и соглашения тождественными, подчёркивая, что объём понятия «соглашения» шире объёма понятия «договор». Договором этот автор считает такое соглашение, которое способно быть юридически значимым для того, чтобы создавать гражданско-правовое обязательство<sup>1</sup>.

#### ***Об обязывающей силе договора***

Фундаментальные цивилистические труды латиноамериканских правоведов характеризует стремление к широкому охвату факторов и черт, определяющих природу договора. Одной из таких черт выступает обязывающая сила договора, связывающего его участников (*obligatoriedad del contrato*). Объяснение наличия у договора такой силы отыскивается не только с юридических, но и с общефилософских позиций. Когда законодатель наделяет договор силой закона для заключивших его сторон, он признаёт святость договорных уз для тех, кто по собственной воле наложил их на себя. Придание договору такой силы означает признание автономии воли контрагента, проявляемой им с учётом императивов социального бытия человека. Договор наделяется обязывающей силой для придания ему пригодности служению взаимодействию между членами общества, свободно в пределах личной автономии предоставляющих блага другим или получающим их от других. Предоставление или получение блага членом

---

<sup>1</sup> *Clemente de Diego*. Insituciones de Derecho Civil Espanol. – Т. II. – P. 79.

общества трактуется тем самым как проявление его общественного признания, требующего уважения не только к его собственным потребностям, но и к потребностям иных членов общества, выступающих его договорными контрагентами.

Другими словами, социальный договор признаётся основным объяснением признания и закрепления за договором обязывающей силы. Обязывающая сила договора – неотъемлемый и, безусловно, необходимый элемент социального быта. Одно из направлений философской мысли, известное под наименованием «феноменологической школы» (*escuela fenomenológica*), специально акцентирует внимание на обязывающей силе договора (*fuerza obligatoria del contrato*). Оно объясняет наличие такой силы у договора не следованием при его заключении какой-либо специальной процедуре, соблюдение которой обладает неким магическим значением, а действием юридических принципов, запрещающих причинение вреда другим лицам.

В числе аргументов, обосновывающих обязательность договора для заключивших его сторон, нельзя не упомянуть о тех, которые выдвинуты в испанской гражданско-правовой науке. Один из наиболее интересных основывается на значении обещания для понимания обязывающей силы договора и принадлежит испанцу *Recasens Siches*. Этот автор усматривает в завещании акт межличностного общения (*un acto interhumano*), создаваемый теми, кто заинтересован в таком общении. Общение призванного определить будущее поведение дающего обещание, причём определение такого поведения имеет характер не уведомления, а обязывания перед тем, кому даётся обещание. Обязывание же выражается в умалении некоторых собственных свобод в пользу того, кому адресуется обещание<sup>1</sup>. Общефилософским фундаментом концепции обещания как фактора обязывающей силы договора

---

<sup>1</sup> *Recasens Siches*. El contrato: su ubicacion en el Derecho y su fuerza de obligar // Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. – Т. III. – № 29. – P. 93-124.

служит этически императивная идея истинности как мотивация межличностного общения. Истинность (*veracidad*), или правдивость, обещания не только отвечает моральным предписаниям, которыми общество связывает своих членов. Она позволяет обосновывать связанность лица своим обещанием и в тех случаях, когда изъявление им воли, выраженной в обещании, оказывается расходящимся с его волеизъявлением, имеющим место на момент исполнения договора. Воля обещающего на момент обещания и воля на момент исполнения обещанного могут не совпадать в своём содержании, однако обязывающую силу договора это обстоятельство умалять не может, – ведь оба волеизъявления принцип истинности делает непротиворечивыми. Дело в том, что волеизъявление, выраженное обещанием, отражает волю, направленную в будущее, т.е. к моменту исполнения обещанного, – к моменту исполнения договора, а не к моменту соглашения обещания как такового. Поэтому нежелание исполнять обещанное, возникшее к моменту исполнения, представляет собой отступление от принципа истинности (*veracidad*), а отнюдь не отмену последующим волеизъявлением предыдущего. Другими словами, концепция «*veracidad*» означает, что однажды сделанное обещание что-либо дать или сделать продолжает существовать вплоть до момента его исполнения и, следовательно, поддерживает, а не разрушает обязывающую силу им выраженного договора.

Для Recasens Siches идея (принцип) «*Veracidad*» не исключает аксиологически иных суждений, способных в гармонии с этическими императивами обосновать возникновение создаваемой договором юридической обязанности (*deber jurídico*). Однако суть его рассуждений ценна и для современного правоведения тем, что они приводят к важному выводу: неисполнение договора представляет собой злоупотребление автором обещания добросовестными ожиданиями адресата обещания (*distrinatario de la promesa*). Такое злоупотребление означает пренебрежение достоинством другого

лица, безусловно порицаемое этическими нормами. Одновременно оно нарушает обязанность уважения интересов контрагента, положившегося на поддерживаемые позитивным правом пункты договора и обманувшегося в своих ожиданиях, связанных с исполнением.

Таким образом, выдающееся значение аргументов Recasens Siches заключается в том, что они атрибутируют обязывающую силу договора достоинству личности контрагента. Личное достоинство (*dignidad del individuo*) подлежит обязательному учёту как в понимании того, что составляет обязывающую силу договора, так и в конституировании статуса контрагента, каковой должен признаваться субъектом, обладающим достоинством, а не как отвлечённый носитель прав и (или) обязанностей. Интересно, что для иллюстрирования своих доводов этот испанский цивилист прибегает к суждениям римских юристов, которые понимали обещание как род отчуждения (*enajenación*) или уступки в действиях давшего обещание, которое с момента его совершения вводит отчуждённое или уступленное в сферу прав того, кому адресовано обещание.

Важно также отметить и то, что для концепции обязывающей силы договора, точнее, для обосновывающих её авторов, нормы права, поддерживающие и питающие такую силу, не являются единственными, обеспечивающими должное функционирование договора как гражданско-правового института. Они настаивают на согласованном действии названных норм с целым рядом иных, которые могут не только поддерживать, но в определённых случаях и аннулировать обязывающую силу договора. Такие нормы применительно, например, к случаю с противоправным предметом договора отменяют действие договора, лишая его обязывающей силы. Эти нормы содержатся в позитивном праве, и именно этому праву надлежит, по мнению сторонников феноменологической школы, указывать в каких случаях соглашение (*convenio*) порождает юридические последствия, когда эти

последствия должны заключаться в возложении обязанности по исполнению такого соглашения, и наконец, в каких случаях соглашение нельзя, с юридической точки зрения, признавать договором.

Подводя предварительный итог освещению вопроса об обязывающей силе договора, которой латиноамериканская цивилистика отводит не меньшее значение, чем латиноевропейская, следует коснуться ещё одной концепции, созданной усилиями последней и органичной воспринятой первой. Речь идёт о концепции «целостности договорного волеизъявления» (*unidad de la voluntad contractual*).

Эта концепция была выдвинута итальянским правоведом R. Ruggiero в ходе предпринятой им попытки составить перечень тех концептуально значимых положений, которые были призваны составлять фундамент аргументов об обязывающей силе договора. В составленный им перечень вошли: концепция индивидуального интереса Иеремии Бентама; концепция Самюэля Пуфендорфа о социальном (общественном) договоре, позволяющем каждому человеку связывать себя обязанностями перед иными членами общества, которое способно поддерживать его верность данному слову; выдвинутая Corgi идея истинности, следование которой связывает человека обязанностью совершить те действия, которые он указал своим заявлением воли, направленной на связывание себя обязательством; выдвинутое Rosmini учение о принципе «*nemine laedere*» и др.

Ruggiero, завершив составление этого перечня, заметил, что ни одно из этих положений в отдельности, как и все они, взятые вместе, не образуют подлинной и главной основы для идеи об обязывающей силе договора.

Все эти положения так или иначе касаются вопроса о воле, изъявлением которой стороны создают договор. Дело в том, пришел к выводу R. Ruggiero, что в момент, когда воли, выражаемые каждым участником заключаемого догово-

ра, совпадают друг с другом, каждая из них утрачивает собственную автономию, существовавшую до такого совпадения. Автономные воли каждого из будущих контрагентов, совпав в ходе своего изъяснения, исчезают как автономные категории и замещаются *новой волей* – договорной волей (*voluntad contractual*). Именно этой волей, а не волями участников процесса заключения договора, действовавших до своего совпадения, определяются правила, регулирующие отношения между сторонами договора.

Любопытно замечание уже упоминавшегося выше мексиканского цивилиста Рафаэля де Пина касательно усилий, предпринятых различными авторами для обоснования концепции обязывающей силы договора. Считая такие усилия заслуживающими восхищения, он, с одной стороны, объясняет их сохраняющимся недостатком норм общего характера в тех или иных гражданских кодексах, порождающим необходимость в оценке правовых последствий совершения сторонами действий, природа которых не получила однозначного определения со стороны законодателя и поэтому требует обращения к дополнительным критериям, содержащимся, например, в обычаях и обыкновениях или предоставляемым принципом добросовестности. С другой стороны, он указывает, усилия такого рода кажутся излишними или даже неуместными для «человека с улицы», т.е. обычного гражданина, для которого обязательность исполнения заключённого договора не нуждается в концептуальном обрамлении ввиду своей очевидности. Если бы гражданско-правовые договоры и соглашения имели своими участниками только таких благородных людей, неизменно следующих принципам доброй совести в своём поведении и в своих сделках, отмечает он, путь к достижению идеалов справедливости и правомерности оказался бы более прямым и коротким.

***Принцип учёта не поддающихся предвидению обстоятельств (el principio de la imprevision)***

Обязывающая сила договора, даже безоговорочно признаваемая, не может, тем не менее, трактоваться как некая абсолютная категория. Применение норм, закрепляющих эту категорию, не может осуществляться без исключения. Осознавая это обстоятельство, цивилистическая доктрина выдвинула концепцию, обосновывающую такие исключения. Речь идёт о концепции, известной как «el principio de la imprevision», т.е. «принцип учёта не поддающихся предвидению обстоятельств». Принцип этот обозначает пределы, за которыми обязывающая сила договора перестаёт действовать.

Наименование принципа на испанском языке звучит так, что его легко отождествить с иной конструкцией договорного права, известной под названием «theorie d'imprevision» («теория непредвиденных обстоятельств»). Эта теория сложилась во французской науке гражданского права в начале XX века, а основой ей послужило одно из решений Государственного совета Франции 1916 г.<sup>1</sup> Непредвиденностью для «principio de la imprevision» считается совокупность обстоятельств, наступление которых полностью или частично освобождает должника от обязанности исполнения договора. А «theorie d'imprevision» в завершённом выражении связана с известной юридической максимой: «clausula rebus sic stantibus», хотя максима как таковая сложилась в Европе ещё в Средние века благодаря тогдашней судебной практике, пришедшей к выводу, что для договоров с длящимся исполнением со временем могут возникнуть обстоятельства, существенно отличающиеся от тех, которые существовали на момент заключения договора. Если такие

---

<sup>1</sup> Авторство этой теории признаётся за французскими правоведом R. Demogue и J. Wippesac, обосновавшими тезис, согласно которому положения Кодекса Наполеона 1804 г., относящиеся к договорам, не учитывают характер изменения обстоятельств, вызванного военным временем, обессиливающим экономические возможности должника.

обстоятельства приводили к чрезмерному удорожанию предоставляемого должником блага (*excesiva onerosidad de prestacion*), договор дозволялось прекращать, признавая невозможность его исполнения.

Современное право, как и судебная практика, давно и прочно освоили правило «*clausula rebus sic stantibus*», или оговорку о неизменных обстоятельствах, и предусматривают её применение всякий раз, когда изменение обстоятельств, существовавших на момент заключения договора, оказывается настолько существенным, что продолжение либо завершение исполнения договора должником становится для него избыточно затратным.

Что же представляет собой, по мнению латиноамериканских цивилистов, проблема, выражаемая категорией «непредвиденность» (*la imprevision*)? К её освещению и разрешению известны различные подходы.

Мексиканский правовед *Borja Soriano*, например, выразил мнение, что эту проблему можно и нужно рассматривать в двух ракурсах, близких, но не всегда совпадающих: под углом зрения «идеального права» (*Derecho ideal*) и под углом зрения «позитивного права» (*Derecho positivo*).

Первый ракурс («идеальный») предполагает, по мнению *B. Soriano*, что обязывающая сила договора должна рассматриваться с позиций справедливости; автор полагает при этом, что следующие её требованиям суды должны быть наделены правом пересматривать договоры, правда, в исключительных случаях, предусмотренных законодателем. Это последнее обстоятельство приводит *Soriano* ко второму ракурсу при рассмотрении обязывающей силы договора, – ракурсу позитивному. Мексиканский законодатель, отмечает он, ещё в 1884 г., по принятии прежнего гражданского кодекса, закрепил в его ст. 1419 правило о безусловной обязательности исполнения всех правомерно заключённых договоров. Идея исполнения договора во что бы то ни стало была сохранена, подчёркивает он, и в действующем ГК 1928 г.

в ст. 1796. Следовательно, заключает этот автор, мексиканское законодательство не поддерживает в качестве общего правового принципа идею, позволяющую суду пересматривать условия договора ввиду непредвиденно изменившихся обстоятельств<sup>1</sup>.

Противоположное мнение высказывает другой мексиканский правовед, *Rojino Villegas*. Он находит, что мексиканское право располагает положениями, позволяющими обосновать наличие у суда правомочий на изменение условий договора, если справедливость требует такого изменения для того, чтобы неуклонное соблюдение этих условий не привело к разорению должника. Неустранимую проблему он видит в другом, – в том, что вопрос о «непредвиденности» стремятся разрешить в Мексике не путём наделения судов правомочием по изменению в необходимых случаях условий договора, а путём принятия специальных законов, предусматривающих те чрезвычайные обстоятельства, возникновение которых делает для должника разорительным пунктуальное исполнение договора. К числу таких законов он относит, в частности, законы о мораториях, приостанавливающих действие заключённых договоров на период экономического кризиса, законы о денежных обязательствах (*los leges monetarias*), позволяющие должникам уклоняться от исполнения таких обязательств в условиях политической либо экономической нестабильности в стране. Особенно важным, между прочим, *Villegas* признаёт в этих законах предписания, обесценивающие валютные оговорки, предусматривающие платежи должника в иностранной валюте для снятия с кредитора инфляционного риска<sup>2</sup>.

Следует обратить внимание на новые акценты, проявляемые новейшей кодификацией на Южноамериканском

---

<sup>1</sup> См.: *Manuel Borja Soriano*. Teoría General de las Obligaciones. – Т. I. – P. 329.

<sup>2</sup> *Rafael Rojino Villegas*. Derecho civil mexicano. – Mexico: Editorial Porrúa, 1987.

континенте, – Гражданским кодексом Бразилии 2002 г., акцентами на метаиндивидуальных интересах.

***Статья 421 нового ГК Бразилии  
и метаиндивидуальные интересы***

Концепция социальной функции договора (ст. 421 нового ГК Бразилии<sup>1</sup>) предусматривает, что имущественные правоотношения надлежит анализировать в социальном контексте. Такой контекст не позволяет признать договор отвечающим социальной функции, если он налагает на сторону чрезмерные обременения, или если непропорционально распределяет между сторонами обязанности и вообще является собой случай социальной несправедливости.

Один из наиболее ярких современных бразильских цивилистов, Нельсон Розенвальд, автор труда «Человеческое достоинство и добрая совесть», так обозначает новое понимание договора как источника обязательств по сравнению с традиционным:

«Сегодня [в содержании договорного обязательства] нельзя считать преобладающим формальный договорный статус сторон, – сегодня следует делать акцент на цели, достижение которой определяет динамика установленных договором отношений.

Наряду с традиционной перспективой – подчинения обязанностей должника правам кредитора – нынешним договорам следует отражать учёт необходимой связи между обязательственным отношением и *общим благом*, то есть связи, которая в наибольшей степени удовлетворяет кредитора, и в наименьшей степени обременяет должника.

Соответствие договорного обязательства общему благу позволяет достигать солидарности посредством кооперирования частных лиц в сфере удовлетворения взаимных иму-

---

<sup>1</sup> Статья 421 указывает: «Свобода договора должна осуществляться на основе и в пределах его социальной функции».

щественных интересов без ущерба для личности и достоинства кредитора и должника»<sup>1</sup>.

Концепция социальной функции договора касается не только интересов частных лиц. Она означает также, что договор не может нарушать *метаиндивидуальных* интересов, т.е. есть таких, которые в каждом конкретном случае обеспечиваются общими нормами о защите человеческого достоинства.

Следует учитывать, что ст. 421 нового ГК Бразилии не отменяет принцип автономии воли сторон договора – она лишь ограничивает пределы его действия таким образом, чтобы они не вторгались в сферу *метаиндивидуальных* интересов, чтобы не наносилось ущерба достоинству человеческой личности.

Таким образом, социальная функция договора проявляет себя как в отношениях между его сторонами (*intra partes*), так и вне этих отношений (*extra partes*).

Отношения *intra partes* затрагиваются предписаниями ст. 413 нового ГК Бразилии. В этой статье указывается, что суду надлежит подвергать справедливому уменьшению размер предусмотренной договором неустойки в случаях, когда основное обязательство частично исполнено, либо когда неустойка установлена в явно избыточном размере. Такое уменьшение предписывается производить с учётом природы обязательства и цели, к достижению которой направлено его исполнение<sup>2</sup>.

Примечательно, что Кодекс формулирует вопрос об уменьшении неустойки в указанных случаях как адресованное суду *предписание*: суд «должен» (суду «надлежит») производить такое уменьшение. Необходимости в выслушива-

---

<sup>1</sup> Nelson Rosenwald. Dignidade Humana e Boa-Fé. – São Paulo: Saraiva, 2005. – P. 204.

<sup>2</sup> Art. 413: A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante de penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade de negócio.

нии аргументов заинтересованной стороны Кодекс не предусматривает.

По существу, такое предписание проявляет юридическую природу социальной функции договора (ст. 2035: «Действительность договоров и иных сделок, совершенных до вступления в силу настоящего Кодекса, определяется законодательными положениями, действовавшими на момент их совершения, однако последствия таких сделок в период, наступивший после вступления Кодекса в силу, определяются вытекающими из него предписаниями, за исключением случаев, когда стороны предусмотрели в своём договоре форму его исполнения»<sup>1</sup>).

Так проявляется действие социальной функции договора в отношениях *intra partes*.

Не менее ярко проявляется оно и в отношениях *extra partes*.

Примером такого проявления служат, в частности, случаи, когда договор, полезный для обеих сторон, вредоносен для общества в целом.

Функции принципа *bona fide*. Наряду с социальной функцией новый ГК Бразилии придаёт особое значение принципу добросовестности во взаимоотношениях сторон. *Bona fide* выступает критерием оценки правомерности поведения контрагентов на всех стадиях заключения и исполнения договора.

Способность служить таким критерием обеспечивается возложением на принцип *bona fide* трёх взаимосвязанных функций.

Во-первых, *bona fide* выполняет, согласно ст. 422 ГКБ, функцию интегрированного условия всякого договора –

---

<sup>1</sup> Art. 2035: A validade dos negocios e demais actos jiridicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Codigo, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidos no Art. 2045, mas os seus efeitos, poduzidos apos a vigencia deste Codigo, – aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execucao.

*função de integração da boa-fé*. Контрагенты обязаны соблюдать принципы честности и добросовестности как при заключении договора, так и при его исполнении (ст. 422<sup>1</sup>).

Нарушение такой обязанности признаётся злоупотреблением правом.

Во-вторых, за *bona fide* закреплена функция толкования условий договора, *função de interpretação da boa-fé*: соглашения подлежат толкованию согласно принципам доброй совести, а также обычаев места их совершения (ст. 113)<sup>2</sup>.

Наконец, в-третьих, на принцип *bona fide* возложена контролирующая функция, *função de controle da boa-fé*. Выражается она в том, что действия правообладателя, явно осуществляющего своё право за пределами границ, определяемых экономическими либо социальными целями договора, добросовестностью или добрыми нравами, признаются недопустимыми (ст. 187<sup>3</sup>).

Таким образом, принципами социальной функции и добросовестности бразильский законодатель перевёл гражданско-правовые договорные отношения в новое измерение. Это измерение бразильская цивилистическая литература характеризует через совмещение в нём интересов отдельного лица и интересов коллектива. Вне это совмещение выражается тенденцией *personalização do Direito Privado*<sup>4</sup>.

В португальском языке для обозначения этой тенденции применяется термин «персонализация» частного права.

---

<sup>1</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>2</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>3</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>4</sup> См., напр.: *Luiz Edson Fachin*. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Термин «персонализация» имеется в русском юридическом лексиконе, но предназначен он здесь для обозначения иных явлений, и для передачи действительного значения указанной тенденции в развитии бразильского частного права, конечно, следует использовать иные обозначения.

Точнее всего суть тенденции передаётся несколько необычным в контексте характеристики новых подходов к гражданско-правовому регулированию словом «очеловечивание». Термины «лицо», «субъект права» представляются многим современным бразильским цивилистам недостаточными для обозначения курса законодателя на обеспечение защиты самому хрупкому атрибуту человеческой личности – её достоинству.

В аксиологическом плане акцент на коллективных началах, передаваемый принципом социальной функции договора, способен вызвать аллюзии социалистического содержания. Однако в многочисленных публикациях бразильских цивилистов эта аллюзия не поддерживается. Европейская историческая практика показала, подчёркивается в них, что государство социалистического типа стремление к равенству своих граждан оплачивало их свободой. Принцип же социальной функции договора, акцентируется в этих публикациях, отвечает духу совсем иного по своей природе государства – государства социального. Вместо всеобъемлющего контроля над экономическими и социальными процессами оно пользуется механизмами коррекции при максимальной защите свободы личности.

В то же время нельзя не видеть, что принцип социальной функции договора выступает формой преодоления сугубо индивидуалистических воззрений на роль государства. Он служит формой утверждения значения идей социального формата, для воплощения которых законодатель стремится предоставлять необходимые инструменты.

*Посохов С.П.*<sup>1</sup>

## **ДЕЛИКТНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В СИСТЕМЕ ЛАТИНОАМЕРИКАНСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА**

Растущая роль научного познания в современной правовой науке естественным образом обусловила превращение самой науки в предмет широких и многосторонних исследований, конечной целью которых является обнаружение общих закономерностей функционирования и развития явлений, относящихся к предметной области этой науки. В ряду этих исследований одно из центральных мест занимает изучение деликтной ответственности.

Деликтная ответственность – одно из наиболее сложных и значительных правовых явлений. Хотя вопросы гражданско-правовой ответственности за исследуются, пожалуй, столько же, сколько существует само гражданское право, единой концепции не удалось выработать и до настоящего времени.

В гражданском праве стран Латинской Америки уделяется много внимания проблемам гражданско-правовой ответственности. В ряде монографических исследований эти проблемы подверглись глубокой разработке. Но имеются еще и спорные вопросы, требующие дальнейшего изучения. В частности, нет еще полного единства во взглядах правоведов на определение самого понятия ответственности, соотношения различных ее видов в системе права, выбора практических путей совершенствования законодательства об ответственности в современных условиях.

Идея юридической ответственности, понимаемой как санкция за причинение вреда, является одной из первых концепций права и науки права, которую справедливо считают наиболее старой и наиболее развитой из общественных наук. Тем более достоин внимания факт, что не только понятие гра-

---

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права РУДН.

жданской ответственности, но и обозначающий ее термин – *la responsabilidad civil* появились относительно недавно. «Наряду с собственностью, гражданская ответственность является одним из столпов, на которых держится система гражданского права», которое справедливо почитается самой древней и наиболее развитой отраслью права.

В праве стран Латинской Америки исследовали и обсуждали понятие и отдельные виды гражданской ответственности, противопоставляя, как правило, договорную и внедоговорную ответственность. Общность принципов этих режимов ответственности сомнению не подвергалась и не подвергается. Однако еще до недавнего времени в литературе проявлялась тенденция рассматривать понятие недоговорной ответственности как собирательное, обнимающее ряд разных и будто бы равнозначных видов ответственности. Существовавший в свое время в юридическо-правовой науке спор по поводу того, основывается ли гражданская ответственность на самостоятельной системе организационно-правовых норм или на материально-правовых нормах, был разрешен в пользу последней точки зрения. Большим достижением правовой мысли стал отход от казуистики, а в дальнейшем от системы исчерпывающего перечня ограниченного числа типовых фактических составов, происшедший благодаря формированию в ходе исторического развития понятийных категорий общего характера (например, вины, риска, причинной связи, возмещения вреда как исполнения особого рода и т.д.). Однако процесс понятийной интеграции в области гражданской ответственности все еще далек от своего завершения. Нельзя сказать, что уже сформировалось единое понятие гражданской ответственности<sup>1</sup>, и в особенности о том, что сложился общепринятый взгляд на соотношение гражданской ответственности и правовой ответственности вообще. Трудно также

---

<sup>1</sup> Здесь следует напомнить, что Лоншан де Берье считал, будто существует по крайней мере четыре различных значения термина «гражданская ответственность». См.: *Варкалло В.* Ответственность по гражданскому праву. – М., 1978. – С. 58.

утверждать, что вообще признана необходимость принятия унитарной системы гражданской ответственности.

Разнообразие мнений, высказанных в юридическо-правовой литературе относительно содержания понятия ответственности, велико. Хотя достижения в разработке этой важной категории права значительны, но остаётся ещё много дискуссионных вопросов, в которых необходимо разобраться для того, чтобы, опираясь на достигнутое, сделать шаг вперед, как в теоретическом изучении проблемы, так и в практическом осуществлении тех положений, которые в соответствии с законом могут содействовать укреплению демократического общества.

Разногласия относятся ко многим сторонам проблемы. И поэтому автором предпринята попытка осветить некоторые различия в подходе к их решению и вместе с тем показать то общее, что объединяет различные мнения в трактовке категории ответственности.

Наиболее распространенной в литературе о юридической<sup>1</sup> ответственности является ее трактовка как определенного понуждения, как реакции на совершенное правонарушение. Ответственность как мера понуждения к исполнению выражается в установлении для правонарушителя определенных обременений, в установлении для правонарушителя определенных отрицательных (неблагоприятных) последствий в виде ограничений (лишений) личного или имущественного порядка. К этому добавляется, что ответственность служит делу воспитания и исправления правонарушителей, а также предупреждения совершения правонарушений.

В соответствии со ст. 902 гражданского кодекса Аргентины под деликтной ответственностью следует понимать полное и безоговорочное возмещение ущерба, обусловленного восстановлением прав, нарушенных незаконными деяния-

---

<sup>1</sup> *Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón. Sistema de derecho civil. – Vol. II. – Tecnos, 1989 (Obra completa). – P. 591.*

ми непосредственно причинителя вреда либо третьими лицами, за которых отвечает причинитель.

Кроме традиционной трактовки ответственности как реакции на совершенное правонарушение, в праве стран Латинской Америки наметилась тенденция рассматривать категорию ответственности как явление, не связанное обязательно с правонарушением. Некоторые авторы<sup>1</sup> считают, что суть ответственности – в сознательном и инициативном исполнении моральных, социальных, юридических и иных обязанностей, в осознании своего долга перед Богом, обществом, государством, а также перед другими членами общества. Такая ответственность именуется моральной, или проспективной, в отличие от пассивной, или ретроспективной, т.е. ответственности за прошлое поведение, противоречащее определенным социальным, в том числе и юридическим, нормам. Нередко также в различного рода обращениях, выступлениях и даже в нормативных актах термином «ответственность» обозначаются обязанность, долг, сознательное отношение к исполнению долга и т.д.<sup>2</sup>

Условия наступления деликтной ответственности:

*А. Противоправность.*

Гражданское правонарушение есть прежде всего недозволенное действие, т.е. действие, запрещенное объективным правом. Поэтому всякое действие, которое является только осуществлением права, которое не выходит из пределов, очерченных законом субъективному праву, не составляет правонарушения, как бы оно ни было вредно другим лицам<sup>3</sup>.

Противоправность поведения, т.е. нарушение соответствующими действиями или бездействием норм права, рассматривается как абсолютно необходимый признак всякого

---

<sup>1</sup> *Philippe Le Tourneau*. La responsabilidad civil. – P. 8-9.

<sup>2</sup> *Édgar Cortés*. Responsabilidad civil y daños a la persona. – 2009. – P. 127.

<sup>3</sup> *Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón*. Sistema de derecho civil. – Vol. II. – Tecnos, 1989 (Obra completa). – P. 451.

нарушения, влекущего деликтную ответственность. Критерием неправомерности совершенных действий служит закон в сочетании с принципами. Этот критерий обязателен при оценке любых неправомерных действий, где бы они ни совершались. В обязательственных же правоотношениях для признания совершенного действия противоправным привлекаются и некоторые другие, дополнительные критерии. Если обязательство возникло из договора, неправомерность совершенных действий выявляется на основе договорных условий, точно определяющих функции, выполнение которых возлагается на каждого из контрагентов. «...Если обязательство установлено посредством односторонней сделки, неправомерными признаются действия, противоречащие ее условиям».

Таким образом, если действие рассматривать в универсальном плане, то оно представляет собой диалектическое единство объективных и субъективных процессов. Будучи изолированными от объективных, субъективные (психологические) процессы безразличны для права: намерения и эмоции человека без проявления их вовне в форме действий юридически иррелевантны.

С другой стороны, действия и их конечный результат, взятые отвлеченно и независимо от субъективного (психологического) состояния деятеля, также, по общему правилу, безразличны для права. Право учитывает и изучает это состояние в тех случаях, когда для наступления ответственности недостаточно одного голого действия. В тех случаях, когда это действие (объективное причинение) достаточно для возложения ответственности на причинителя, не следует вникать в психику деятеля, а требуется выяснить лишь один момент: нарушают ли эти действия установленный правопорядок.

На данном этапе изучения условий деликтной ответственности это обстоятельство является главным для исследователя, так как одни и те же действия могут вызвать, а могут

и не вызывать правового вмешательства в зависимости от того, являются они, с точки зрения действующего права, противоправными или не являются. Это и понятно: действие становится противоправным только тогда, когда оно выступает против правопорядка, т.е. нарушает нормы права, а вместе с тем и соответствующие субъективные права граждан и организаций, охраняемые объективным правом<sup>1</sup>:

*В. Вредные последствия противоправного деяния.*

Вредные последствия противоправных действий – второй элемент состава гражданского правонарушения, который следует за действием правонарушителя.

Результаты противоправных действий прямо или косвенно отражаются на объекте правонарушений, т.е. на тех защищаемых законом общественных отношениях, которые оказались предметом посягательства. Результат гражданского противоправного действия наносит ущерб организациям и гражданам. По своему характеру этот ущерб может быть разнообразным: личным и имущественным. Имущественный ущерб (и его денежное выражение – убыток) может выражаться в утрате или повреждении наличного имущества либо в неполучении ожидаемых доходов<sup>2</sup>.

Отсюда можно заключить, что вредный результат противоправного действия – неперенный признак каждого гражданского правонарушения. В этом смысле гражданское правонарушение можно рассматривать как определенное сочетание противоправного действия и его вредного результата.

Ущерб, причиненный личности или организации, может явиться последствием таких противоправных действий, которые нарушают личные неимущественные права. Эти права могут принадлежать как гражданам (право на имя,

---

<sup>1</sup> *Verónica Delgado Schneider*. La responsabilidad civil extracontractual por el daco ambiental causado en la construcciy n u operaciyn de las carreteras. – 2012, revista de derecho. – Vol. 25. – № 1.

<sup>2</sup> *Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón*. Sistema de derecho civil. – Vol. II. – Tecnos, 1989 (Obra completa). – P. 432.

на честь и достоинство, на неприкосновенность и безопасность жилища, жизни и здоровья, авторские права, личные права, вытекающие из семейных и супружеских отношений, и т.д.), так и юридическим лицам – организациям. Последствия нарушения таких прав в зависимости от наличия либо отсутствия материального ущерба бывают двойными: в одних случаях нарушение личных прав не сопровождается материальным ущербом для потерпевшего, в других, напротив, нарушения личных прав сопряжено с серьезными материальными последствиями (например, лишением дохода при увечье). В зависимости от этого личный ущерб подразделяется на две категории: личный неимущественный и личный имущественный.

Защита личных неимущественных прав граждан обеспечивается различными средствами, в том числе мерами уголовного воздействия на нарушителей. Гражданско-правовые способы защиты личных неимущественных прав (в отличие от уголовных) направлены на восстановление нарушенных прав, что достигается путем удовлетворения исков о признании за потерпевшим тех или иных личных прав (если последние кем-либо нарушены или оспариваются), а также исков о прекращении определенных противоправных действий либо о совершении определенных положительных действий, обеспечивающих восстановление нарушенных личных прав<sup>1</sup>.

Что же касается личного имущественного ущерба, то он возникает в результате посягательства на такие личные права, нарушение которых сопровождается потерей заработка либо другими материальными утратами. Этот вид ущерба связан преимущественно с лишением жизни и повреждением здоровья человека.

Что касается собственно имущественного ущерба, то имущественный ущерб может явиться последствием нару-

---

<sup>1</sup> *Peguera M. (2012). Pablo A. Palazzi (ed.). La Responsabilidad Civil de los Intermediarios en Internet. jipitec. – Vol. 3.*

шения имущественных прав граждан и юридических лиц. Противоправный результат нарушения этих прав всегда выражается в причинении определенных убытков.

*С. Теории причинно-следственной связи.*

Следуя традициям романно-германской системы права латиноамериканские ученые придают большое значение учению о причинно-следственной связи.<sup>1</sup>

Гражданское правонарушение предполагает такое существование незаконного действия и вреда, которое обнаружил бы между ними причинную связь. При такой последовательности двух этих явлений возникают вопросы: насколько незаконное действие есть причина вреда и насколько вред есть следствие незаконного действия.

Понятие о причинности – это не специально юридическое понятие, оно относится к явлениям природы и является общим для всех наук, как естественных, так и гуманитарных. В этом смысле немецкий философ Миль определял причину следующим образом: говоря философски, причина есть полная сумма положительных и отрицательных условий явления, взятых вместе, вся совокупность всякого рода случайностей, наличность которых неизменно влечет за собой следствие.

Авторы теории «равноценных условий» (Бури, Лист) подчеркивали, что для юридической оценки все условия наступления последствия равноценны. Причиной следует признавать всякое условие, которое нельзя мысленно выпустить без того, чтобы не отпало наступившее последствие. Предположим, что одного из условий не существовало. Если данное последствие все равно наступило бы, это не причина; если же последствие не наступило бы – значит, это причина (*conditio sine qua pop*). Все последствие может быть сведено

---

<sup>1</sup> *Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón. Sistema de derecho civil. – Vol. II. – Tecnos, 1989 (Obra completa). – P. 597.*

к каждому из условий, а следовательно, и к интересующему юриста незаконному действию.

Напротив, теория «выделяемого (необходимого) условия» (Ортман, Биркмейстер, Биндинг) отрицает равноценность всех условий и считает возможным выделить из совокупности предшествующих последствию событий одно в качестве причины в тесном смысле слова. Причина есть одно из условий, к которому надо отнести наступившее последствие. На вопрос же о том, какое же из предшествующих условий имеет решающее значение, авторы этой теории давали различные ответы: ближайшее условие наступившего последствия; то из условий, которое более других содействовало наступлению последствия; положительные условия, взявшие перевес над отрицательными, и т.п.

Теории «адекватного причинения» (Криз, Рюмелин, Тон, Трэгер) основана на типическом ходе событий. Не то важно, что в данном случае событие вызвало ряд последующих, а важно то, способно ли событие приводить к последствиям такого рода, способно ли событие вызываться соответствующими условиями. Причинная связь есть, если подобные условия вообще влекут за собой подобные последствия, и ее нет, если получившаяся последовательность нетипична. При такой позиции принимаются во внимание лишь те условия, которые имеют общепризнанное значение. На вопрос о том, какую же точку зрения можно считать общепризнанной, авторы концепции не давали однозначного ответа. В частности, предполагалось исходить из совокупности условий, какие мог предвидеть сам действовавший перед совершением действия; либо принимать в соображение те условия, которые можно было с объективной точки зрения обнаружить по наступлении вредного последствия; либо учитывать не точку зрения действовавшего, а всякого благоразумного человека, поставленного в его положение перед действием; или точку зрения самого предусмотрительного человека.

*D. Вина как условие деликтной ответственности.*

Вопрос о том, должно ли гражданское право придавать значение субъективному состоянию причинителя или же не должно, решался в теории гражданского права по-разному. Разногласия издавна сводились к двум основным концепциям, в основе которых лежали различные принципы ответственности: принцип причинения и принцип вины.

Кратко говоря, сторонники первого принципа основанием гражданско-правовой ответственности признавали наличие только одного факта причинения ущерба<sup>1</sup>.

Сторонники принципа вины основаниями гражданско-правовой ответственности кроме объективных обстоятельств признают также виновность правонарушителя. Факт причинения ущерба они считают лишь первичным толчком для возникновения деликтной ответственности, но наличия этого объективного факта еще недостаточно для ее возложения. Ответственность может и не наступить, если будет доказано, что деликт произошел против воли и сознания причинителя. Поэтому причинитель обязан возместить не всякий ущерб, а лишь тот, который является следствием его вины. Только виновное противоправное действие или бездействие причинителя может быть признано достаточным основанием его ответственности.

Вина – это правовой термин, который, согласно *Франческо Каррара*, представляет собой добровольное умолчание предвидения возможных негативных последствий<sup>2</sup>.

Вместе с тем следует отметить, что гражданские кодексы стран Латинской Америки уделяют большое внимание понятию вины, которое выражается в следующей формуле – лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по ха-

---

<sup>1</sup> Статья 1109 Гражданского кодекса Аргентины.

<sup>2</sup> *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Analecta editorial. – Pamplona, 2006.

рактору обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения своих обязанностей (см. ст. 63 Гражданского кодекса Колумбии; ст. 1066 Гражданского кодекса Аргентины; ст. 2314 Гражданского кодекса Чили).

Доктрина гражданского права продолжает оставаться на традиционных для романо-германского права традициях, смысл которых заключается в поиске все новых объяснений необходимости применения в цивилистике взглядов на вину как на одно из условий ответственности, представляющих собой некое гипотетическое психическое отношение правонарушителя к своим действиям и их последствиям.

Если говорить о формах вины, вина может быть выражена как в умысле, так и в неосторожности: умысел включает элемент намеренности, а неосторожность – результат несоблюдения требований внимательности, заботливости и осмотрительности, соблюдения которых было необходимо для выполнения обязательства. При неосторожности отсутствует конкретное, но имеется абстрактное предвидение возможности вредных последствий.

Гражданский кодекс Аргентины оперирует понятиями, характеризующими различные формы вины: «умысел», «неосторожность», «грубая неосторожность», «простая неосторожность».

Умышленная вина заключается в намеренных действиях либо бездействии должника с целью неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей либо создания невозможности их исполнения.

Вина должника в форме неосторожности наличествует в тех случаях, когда должник при исполнении обязательства не проявляет ту степень заботливости и осмотрительности, какая требовалась от него по характеру обязательства и условиям оборота, и в результате с его стороны не приняты все надлежащие меры для надлежащего исполнения обязательства.

В качестве критерия выделения такой формы вины, как грубая неосторожность, можно признать не проявление должником той минимальной степени заботливости и осмотрительности, какую можно было бы ожидать от всякого участника имущественного оборота, оказавшись он на месте должника, и непринятие должником очевидных (хотя бы элементарных) мер в целях надлежащего исполнения обязательств.

## РАЗДЕЛ 4

### КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

*Ифраимов В.Ю.*<sup>1</sup>

#### **ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ И ВНУТРИКОРПОРАТИВНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ ЭКВАДОР**

Правовое регулирование деятельности юридических лиц (торговых товариществ), а также порядок и особенности построения внутрикорпоративных отношений в праве Республики Эквадор представляет собой определенный научно-практический интерес. Актуальность данного вопроса заключается в том, что подробное регулирование внутрикорпоративной деятельности на законодательном уровне началось не в момент принятия Гражданского кодекса, а значительно позже, спустя несколько десятилетий, а именно с момента принятия отдельного Закона о компаниях 1999 г. Гражданское законодательство Республики Эквадор включает в себя довольно развитую систему правовых норм. Так, основным нормативно-правовым актом в сфере гражданского права является Гражданский кодекс Республики Эквадор 1970 г.<sup>2</sup> (далее – Кодекс 1970 г.). Принятый кодекс, по сути, являлся результатом законодательной реформы частного права. Кодекс имеет четкую структуру, состоит из преамбулы и 40 разделов, включающих в себя в общей сложности

---

<sup>1</sup> Аспирант кафедры гражданского и трудового права РУДН; научный руководитель – д.ю.н., доцент К.М. Беликова.

<sup>2</sup> См.: Código Civil de la República de Ecuador en 1970. Publicado en el Registro Oficial No. 34.

2448 статей. Правовому регулированию деятельности юридических лиц посвящен 26-й раздел Кодекса – «Торговые товарищества» («De La Sociedad»). Значительная роль в регулировании вопросов коммерческого характера принадлежит также и Торговому кодексу Республики Эквадор 1960 г.<sup>1</sup> (далее – Кодекс 1960 г.). Данный Кодекс уделяет внимание как торговым сделкам, так и общегражданским. Кодекс 1960 г. содержит в общей сложности 1025 статей и состоит из четырех книг, каждая из которых делится на разделы, которые в свою очередь делятся на главы и части. Основным законодательным актом, непосредственно регулирующим деятельность юридических лиц, является Закон «О торговых товариществах» от 5 ноября 1999 г.<sup>2</sup> (далее – Закон 1999 г.). Закон состоит из 16 разделов, включающих в себя в общей сложности 457 статей. Последние изменения в данный Закон были внесены 26 января 2006 г. Указанные нормативно-правовые акты (Кодекс 1970 г., Кодекс 1960 г. и Закон 1999 г.) являются основными источниками права, регулирующими деятельность юридических лиц и устанавливающими их правовой статус в Республике Эквадор.

Итак, согласно ст. 2 Закона 1999 г. в Республике Эквадор устанавливаются 5 видов торговых товариществ, а именно: 1) полное товарищество (*la compañía en nombre colectivo*); 2) коммандитное товарищество (*la compañía en comandita simple*); 3) общество с ограниченной ответственностью (*la compañía de responsabilidad limitada*); 4) акционерное общество (*la compañía anónima*); 5) предприятия со смешанной экономикой (*la compañía de economía mixta*). Эти пять видов торговых товариществ являются юридическими лицами. При этом Закон признает малые предприятия и паевые участия.

---

<sup>1</sup> См.: Código de Comercio de la República de Ecuador en 1960 // Gaceta Judicial. – Año LXII. – Serie IX. – № 9. – P. 930. (Quito, 4 de Octubre de 1960.)

<sup>2</sup> См.: Ley de Compañías de Ecuador en 1999. Publicada en Registro Oficial. № 326 de 25 de noviembre de 1999.

Подобная классификация торговых товариществ (только в более широком виде) характерна также для другой латиноамериканской страны – Аргентины. Помимо вышеуказанных видов торговых товариществ, праву Аргентины также известны негласные товарищества (*sociedad de capital y industria*) и коммандитные товарищества на акциях (*sociedad en comandita por acciones*)<sup>1</sup>.

Юридическим адресом товарищества считается адрес, указанный в учредительном договоре (ст. 4 Закона 1999 г.). Кроме того, любое товарищество, созданное в качестве юридического лица, должно располагаться на территории Республики Эквадор. Считается, что наименование является собственностью товарищества и может принадлежать только ему (ст. 16). Началом деятельности каждого товарищества считается дата регистрации его учредительного договора в торговом реестре.

Назначенный директор товарищества в течение 30 дней с момента утверждения его устава должен подать заявку на его регистрацию в регистрирующий орган. Нарушение данного положения влечет собой наложение штрафа в пределах, установленных ст. 14 Закона 1999 г. и ст. 457 Кодекса 1970 г.

Закон 1999 г. возлагает на все товарищества, действующие на территории Республики Эквадор, ряд обязанностей. Так, все товарищества обязаны предоставлять отчеты о своей корпоративной и внутрихозяйственной деятельности в специально уполномоченный государственный орган, занимающийся контролем и надзором за деятельностью юридических лиц, – Управление по контролю за деятельностью юридических лиц (*Superintendencia de Compañías*). Управление по контролю за деятельностью юридических лиц в первом квартале каждого года получает от торговых товариществ подробный отчет об их деятельности, включающий

---

<sup>1</sup> Основные институты гражданского права зарубежных стран / Отв. ред. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2009. – С. 27-28.

в себя следующие документы: 1) заверенную копию годового бухгалтерского баланса, отчета о прибылях и убытках, а также отчеты и доклады директоров и иных органов юридического лица; 2) списки всех акционеров, а также иных членов юридического лица. Годовой бухгалтерский баланс и отчет о прибылях и убытках должны быть одобрены общим собранием акционеров. Для иностранных юридических лиц, действующих на территории Эквадора, Закон 1999 г. устанавливает обязанность предоставления иной дополнительной информации о своей деятельности, а именно: 1) копии ежегодных отчетов о прибылях; 2) список всех агентов и представителей юридического лица; 3) информацию о движении товаров и услуг на соответствующий финансовый год; 4) любую другую информацию, запрашиваемую Управлением по контролю за деятельностью юридических лиц. За неисполнение данных требований установлена санкция в виде наложения денежного штрафа. Причем штраф может быть наложен неоднократно, т.е. до того момента, как контролирующий орган не получит всю необходимую информацию.

*Полное товарищество (la compañía en nombre colectivo).* Данная форма торгового товарищества создается на основе договора между двумя или более лицами, занимающимися коммерческой деятельностью. Наименование данной формы юридического лица может содержать в себе имена всех партнеров либо только нескольких из них с добавлением слов «и компания». Устав полного товарищества должен содержать в себе следующую информацию: 1) имена, адреса и сведения о гражданстве каждого из партнеров; 2) наименование, цели и юридический адрес товарищества; 3) полномочия каждого из партнеров; 4) сумма внесенных в компанию денежных средств каждым из партнеров; 5) продолжительность деятельности товарищества.

Капитал товарищества состоит из взносов каждого из партнеров. Для создания товарищества необходимо внести не менее 50 процентов уставного капитала.

Вести дела товарищества могут все партнеры. В полномочия управляющего входит составление и оформление всех договоров товарищества, составление годового бухгалтерского баланса и право отчуждения имущества товарищества. Реализация последнего полномочия может быть осуществлена только с согласия всех членов данного партнерства. Управляющий назначается на должность либо путем прямых выборов, либо соглашением между партнерами. Решения в данном товариществе принимаются большинством голосов. Однако партнер, имеющий наибольший вклад, обладает дополнительным голосом (ст. 50 Закона 1999 г.).

Партнеры полного товарищества обязаны: 1) осуществлять взносы в порядке и в сроки, установленные в учредительном соглашении; 2) не принимать участие в качестве партнера в другом товариществе, осуществляющем такую же коммерческую деятельность, а также не совершать коммерческие сделки за свой счет или для третьих лиц без предварительного согласия партнеров.

Партнеры полного товарищества имеют следующие права: 1) получать прибыль от деятельности товарищества; 2) принимать участие в обсуждении всех вопросов, касающихся деятельности товарищества, и принятии решений по ним; 3) осуществлять контроль над управляющими товариществом.

*Коммандитное товарищество (la compagnia en comandita simple)*. Для данного юридического лица характерно наличие одного или нескольких партнеров, несущих солидарную ответственность по долгам товарищества, а также нескольких вкладчиков (называемых коммандитистами), ответственность которых ограничивается суммой их вкладов. Наименование компании должно состоять из имени одного из партнеров, несущих солидарную ответственность, с добавлением слов «коммандитное товарищество».

Порядок создания коммандитного товарищества аналогичен порядку создания полного товарищества. Коммандитисты не вправе передавать свои полномочия и обязанности по вкладам другим лицам без согласия всех членов товарищества. Если уставом не предусмотрено иное, директор коммандитного товарищества назначается простым большинством голосов партнеров, несущих солидарную ответственность.

Коммандитисты имеют право участвовать в делах товарищества, получать всю необходимую информацию о его деятельности, контролировать деятельность товарищества и получать прибыль от внесенных вкладов. Коммандитисты не могут осуществлять действия, за которые впоследствии ответственность будет нести товарищество.

*Общество с ограниченной ответственностью (la compañía de responsabilidad limitada).* Общество с ограниченной ответственностью (далее – ООО) – это юридическое лицо, имеющее фирменное наименование и обозначенную цель, созданное на основе договора между двумя или более лицами, несущими ответственность по долгам общества в пределах своих вкладов (ст. 92 Закона 1999 г.). Таким образом, договор между двумя или более лицами, устанавливающий их обязанности в пределах внесенных вкладов, образует данный вид компании. В наименование ООО помимо организационно-правовой формы можно включить и вид его деятельности (например, «строительное», «промышленное» и т.д.). ООО не может действовать в случае, когда имеет в своем составе более пятнадцати членов. В данном случае оно либо должно быть преобразовано в другую форму юридического лица, либо должно быть ликвидировано. Партнерами ООО могут быть все юридические лица, кроме банков, страховых компаний и иностранных государственных компаний.

Согласно ст. 7 Кодекса 1960 г. три категории лиц не могут быть участниками ООО: 1) церковные организации; 2) должностные лица органов государственной власти; 3) обанкротившиеся предприятия, не прошедшие процедуру реабилитации.

Уставной капитал ООО должен состоять из взносов его членов и не может быть менее суммы, установленной Управлением по контролю за деятельностью юридических лиц. Взносы могут быть осуществлены как в денежной, так и в натуральной форме и состоять как из движимого, так и недвижимого имущества. Все взносы зачисляются на специальный счет в банке от имени ООО для формирования общего капитала (ст. 103 Закона 1999 г.). Формирование или увеличение капитала не может быть осуществлено по открытой подписке. Акции ООО неделимы.

Право участия каждого партнера в ООО может быть передано по наследству. Доля партнера в ООО может быть передана другим участникам общества и третьим лицам, при единогласном согласии первых.

В основном права, обязанности и ответственность партнеров ООО устанавливаются учредительным договором. Однако в любом случае закон предоставляет им следующие права, вне зависимости от их установления в учредительном договоре: 1) участвовать во всех собраниях общества и голосовать при обсуждении вопросов и принятии решений. Для целей голосования каждая акция дает партнеру право на один голос; 2) получать прибыль пропорционально внесенным вкладам; 3) ограничивать свою ответственность размером своих акций; 4) не быть привлеченным к большему участию в деятельности общества; 5) быть субъектом преимущественного права покупки акций других участников общества; 6) оспаривать в суде решения и действия общества. К обязанностям партнеров ООО следует отнести: 1) своевременно и надлежащим образом выполнять все взятые на себя обязанности, предусмотренные в учредительном договоре;

2) воздерживаться от вмешательства в осуществление управленческих обязанностей по отношению к обществу; 3) нести солидарную ответственность за достоверность сведений, указанных в учредительном договоре, в частности за сведения, связанные с уплатой взносов и со стоимостью переданных активов; 4) своевременно вносить взносы, установленные в учредительном договоре; 5) нести солидарную ответственность перед третьими лицами за несвоевременную публикацию и регистрацию учредительного договора.

Согласно ст. 116 Закона 1999 г. высшим органом управления ООО является общее собрание его участников (партнеров). Решения на общем собрании принимаются абсолютным большинством присутствующих членов, если иное не предусмотрено законом или самим учредительным договором. Незаполненные бюллетени и голоса воздержавшихся присоединяются к большинству.

К полномочиям общего собрания ООО как высшего органа управления Закон 1999 г. относит следующее: 1) назначение и освобождение от занимаемой должности директора и иных лиц, осуществляющих управленческие функции; 2) учреждение наблюдательного совета, в случае когда это обусловлено учредительным договором; 3) утверждение бухгалтерских счетов и балансов, при их представлении директором или иными лицами, осуществляющими управленческие функции; 4) решение вопросов о выпуске акций, их продаже, а также увеличения либо уменьшения уставного капитала; 5) рассмотрение вопроса об исключении какого-либо участника общества из его состава либо принятие новых членов в состав общества; 6) принятие решения об отчуждении имущества общества; 7) принятие решения о досрочном роспуске общества.

Общее собрание может быть как очередным, так и внеочередным и созывается директором либо иным лицом, осуществляющим управленческие полномочия в обществе. Очередное собрание проводится раз в год в течение трех месяцев

после окончания финансового года общества, внеочередное – в любое время.

Закон 1999 г. устанавливает ряд требований и к порядку оформления и содержанию устава ООО. Так, устав должен быть составлен в письменном виде и каждый участник общества должен ознакомиться с ним. Устав ООО должен содержать следующие обязательные реквизиты: 1) наименование и статус каждого из участников общества, сведения об их гражданстве и местожительстве; 2) обозначение цели и наименование самого общества, срок его существования (деятельности), а также юридический адрес; 3) размер уставного капитала с выраженным количеством акций, на которые он делится, и их номинальной стоимостью; 4) порядок осуществления управления обществом и последующего контроля над его деятельностью; 5) указание на акции, которые приобретаются и оплачиваются в денежной или натуральной форме каждым участником; 6) иные положения и специальные условия, установленные участниками по взаимному согласию, при условии их соответствия законодательству.

*Акционерное общество (la compañía anónima).* Акционерное общество (далее – АО) – это юридическое лицо, капитал которого разделен на оборотные акции и сформирован вкладом акционеров, ответственность которых ограничена стоимостью самих акций (ст. 143 Закона 1999 г.).

Наименование данного вида юридического лица должно содержать в себе название «акционерное общество» или «акционерное товарищество». Также допускается указание на конкретный вид деятельности общества в его названии (например, «сельскохозяйственное акционерное общество»). АО может быть учреждено только после определения и оплаты не менее четверти размера его уставного капитала.

Договор о создании АО должен включать в себя следующие данные: 1) корпоративные цели общества; 2) сумма уставного капитала с обозначением количества акций, на которые он делится, и их номинальной стоимости; 3) юридиче-

ский адрес общества; 4) порядок управления обществом и полномочия руководящих органов, а также порядок и сроки назначения должностных лиц общества; 5) порядок и сроки созыва общего собрания; 6) порядок распределения прибыли.

Принятый в окончательной форме договор о создании АО, заверенный нотариусом в трех экземплярах, направляется в Управление по контролю за деятельностью юридических лиц, которое принимает окончательное решение об учреждении АО и включении его в торговый реестр.

Капитал АО может быть выражен в денежной либо в иной форме. В последнем случае он должен состоять из движимого или недвижимого имущества. Акционеры АО вносят денежные средства для формирования капитала на специальный банковский счет, именуемый «объединенный капитал общества». После надлежащей регистрации компании Управлением по контролю за деятельностью юридических лиц и избрания её руководящих должностных лиц банк передает капитал в пользование общества (ст. 163 Закона 1999 г.). АО не может выпускать акции по цене ниже их номинальной стоимости или за сумму, превышающую его уставной капитал. Договор о создании АО определяет форму выпуска акции и подписку на акции. В целом положения данного Закона в части регулирования порядка выпуска акций, а также их классификации полностью соответствуют положениям торгового законодательства ряда зарубежных стран континентальной правовой семьи<sup>1</sup>. Закон 1999 г. дает определение понятию «подписка на акции». *Подписка на акции* – это договор, согласно которому каждый из подписавшихся обязуется быть членом АО, соблюдать положения его устава и внутренние правила, а также выплачивать определенную

---

<sup>1</sup> См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. I / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – М.: Международные отношения, 2006. – С. 211-214.

сумму в уставной фонд данного общества в качестве своего вклада, для того чтобы в дальнейшем АО признало их в качестве своих акционеров. Подписка производится путем заполнения специальных бланков АО в двух экземплярах. Акции могут быть простыми или привилегированными, в порядке, определяемом уставом АО (ст. 170 Закона 1999 г.). Простые акции предоставляют акционеру все основные права, которые предусмотрены в законе. Привилегированные акции не предоставляют акционерам право голоса, однако могут предоставлять им особые права, такие как право преимущественного получения дивидендов при ликвидации компании. Устав АО может регламентировать порядок выпуска привилегированных акций и прав, которые они предоставляют своим держателям. Общее количество привилегированных акций не может превышать 50 процентов уставного капитала АО. Если устав АО не регулирует порядок выпуска акций, то данный вопрос выносится на обсуждение общего собрания либо разрешается компетентным органом. Акция присуждает её владельцу статус акционера и все производные от него права, предусмотренные законодательством Республики Эквадор. Акции неделимы. АО может принять решение об увеличении уставного капитала посредством выпуска новых акций или увеличения стоимости выданных ранее (ст. 182 Закона 1999 г.). Для увеличения уставного капитала путем увеличения стоимости акций необходимо единогласное согласие акционеров. При выпуске новых акций, предлагаемых по открытой подписке, должностные лица общества должны разместить объявление в газете, содержащее следующие сведения: 1) количество и вид акций; 2) преимущественное право подписки существующих акционеров; 3) утвержденный и надлежащим образом заверенный отчет по прибылям и убыткам по последнему балансу; 4) срок подписки и порядок оплаты акции.

Необходимо заметить, что вопрос об уменьшении утвержденного уставного капитала должен быть решен на об-

щем собрании акционеров и в последующем одобрен Управлением по контролю за деятельностью юридических лиц. Последнее может отказать АО в одобрении такого решения в случае, если уменьшение капитала может привести к невозможности осуществления корпоративной цели компании и тем самым причинить материальный ущерб третьим лицам (ст. 199 Закона 1999 г.).

*Предприятия смешанной экономики (la compañía de economía mixta).* Предприятие смешанной экономики (далее – предприятие) – это юридическое лицо, в уставном капитале и организационном управлении которого принимают участие как органы государственной власти в лице государства, муниципалитетов, областных советов и иных публично-правовых организаций, так и частные юридические лица (ст. 308 Закона 1999 г.).

Как правило, подобное совместное участие характерно для товариществ, занимающихся разработкой и продвижением сельского хозяйства и промышленности, а также в сфере предоставления новых коммунальных услуг или для улучшения уже существующих. Публично-правовые организации могут участвовать в капитале предприятия путем внесения в нее вклада в денежной форме либо предоставления оборудования сельскохозяйственного или промышленного характера, недвижимости, государственных ценных бумаг, а также государственных услуг на определенный период (ст. 310 Закона 1999 г.).

В целом к регулированию деятельности предприятия применяются те же положения, что установлены для регулирования деятельности акционерных обществ, за исключением тех особенностей, которые установлены специальным разделом, регулирующим порядок деятельности данной формы торгового товарищества.

В случае когда вклад публично-правовой организации превышает 50 процентов акций предприятия, председателем правления предприятия смешанной экономики становится руководитель данной публично-правовой организации.

Закон 1999 г. также устанавливает обязательное положение, согласно которому при формировании предприятия порядок распределения прибыли между публичным и частным капиталом должен быть ясно выражен (ст. 314). В ряде случаев предприятие может быть освобождено от уплаты налогов либо для него могут быть установлены налоговые льготы.

Подводя итог, следует отметить, что правовой статус юридических лиц, регулирование их деятельности, а также порядок осуществления их внутрикорпоративных отношений в праве Республики Эквадор имеет довольно широкое законодательное регулирование. Наиболее подробно данные вопросы раскрываются в Законе о торговых товариществах 1999 г. Однако и данный закон не является в полной мере совершенным с правоприменительной точки зрения. Так, в результате реформы корпоративного законодательства в Республике Эквадор в 2006 г. в Закон 1999 г. был внесен ряд новых положений. Одним из них является правило о минимальном количестве лиц, имеющих право создать ООО или АО (в обоих случаях это два или более лица). Таким образом, существующий порядок корпоративной и внутрикорпоративной деятельности юридических лиц в праве Республики Эквадор довольно подробно урегулирован на законодательном уровне и продолжает совершенствоваться по мере возникновения необходимых потребностей.

Рафалюк Е.Е.<sup>1</sup>

## РАЗВИТИЕ КОММУНИТАРНОГО ПРАВА В РЕШЕНИЯХ СУДА АНДСКОГО СООБЩЕСТВА

*Понятие коммунитарного права.* Термин «коммунитарное право» не имеет устойчивого употребления в отечественной юридической доктрине в отличие от зарубежной теории права. Появление концепции коммунитарного права связано прежде всего с правом Европейского союза (ЕС) (до 1992 г. – права европейских сообществ), развивающегося в связи с интеграцией экономики и политики Европейского континента в конце XX века<sup>2</sup>. Исторически родиной коммунитарного права (от фр. *communaute* – сообщество) является Франция. Дело в том, что в 1950 г. французский министр иностранных дел Робер Шуман представил проект, направленный на строительство Европы по общинному (коммунитарному) пути. Реализация его плана привела к подписанию в апреле 1951 г. в Париже Договора об учреждении Европейского объединения угля и стали (ЕОУС). Шесть лет спустя в марте 1957 г. в Риме были подписаны еще два договора: один из них учреждал Европейское объединение атомной энергетики (Евратом), другой – Европейское экономическое сообщество (ЕЭС)<sup>3</sup>. Позднее, 7 февраля 1992 г. в г. Маастрихте (Нидерланды) был заключен Договор о Европейском союзе,

---

<sup>1</sup> Старший научный сотрудник ИЗиСП при Правительстве РФ, кандидат юридических наук.

<sup>2</sup> О понятии «коммунитарное право» см., например: Энциклопедия юриста // <http://eyu.sci-lib.com/article0000664.html>

<sup>3</sup> Брюссельский договор от 8 апреля 1965 г. («Договор слияния») объединил органы ЕОУС, Евратом и ЕЭС в единую организационную структуру; отныне были созданы единый Совет ЕЭС и единая Комиссия ЕЭС. Кроме того, еще до Брюссельского договора появились общая Парламентская ассамблея и Суд. Единый европейский акт, подписанный 17 февраля 1986 г., закрепил принципы Европейского политического сотрудничества и нацелил государства на создание общего рынка.

согласно которому отдельные сферы внутригосударственной жизни (социальная политика, безопасность, внешняя политика, юстиция) были перемещены в общую компетенцию. Амстердамский договор от 2 октября 1997 г. существенно изменил Договор о ЕС, допуская существенные ограничения суверенитета государств-членов. Таким образом, формирование европейского коммунитарного права происходило одновременно с развитием европейских сообществ и Европейского союза. Построение общеевропейского права стало возможным на основе конвергенции различных национальных правовых систем, единым фундаментом его оказалось римское право.

Модель европейской интеграции была заимствована на другом континенте, в Южной Америке, при образовании Андского сообщества. Стоит заметить, что идея объединения государств с целью совместного развития появилась в Латинской Америке задолго до распространения интеграционных процессов в Европе – в начале XIX века Симон Боливар мечтал о создании конфедерации латиноамериканских государств. Восприятие европейского опыта в XX веке при строительстве Андского сообщества в определенной мере обусловило появление концепции коммунитарного права в недрах латиноамериканской юридической науки.

В монографии Л. Лопеса «Правовая система зоны свободной торговли в Южной Америке»<sup>1</sup> рассматривается вопрос об автономности «интеграционного» или «коммунитарного» права как самостоятельной системы права и правовой науки. Это один из примеров научных трудов по данной тематике. Итак, автор приходит к выводу, что интеграция создала новый тип общественных отношений и для их юридиче-

---

<sup>1</sup> *Luis Fernando Arnau Lopez. Ordernamiento jurídico básico para la constitución de la zona libre de comercio de Sudamérica // Universidad Andina Simón Bolívar de Bolivia. Facultad de Integración. Maestría de Integración y Comercio Internacional // <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/BO-INT-0007.pdf>*

ского опосредования необходима соответствующая нормативность, отвечающая целям новой ментальности. «Коммунитарное право, – пишет ученый, – созрело на идее создания общего права, регулирующего отношения внутри интеграционного объединения. Это некая новая философия регулирования данного типа отношений»<sup>1</sup>.

Наибольший интерес вызывает тезис Л. Лопеса о том, что процесс экономической интеграции – это институционализированная система создания правовых норм, и организация, которая их создает, приобретает статус *субъекта международного права*<sup>2</sup>.

Вопрос о международной правосубъектности интеграционного (межгосударственного) объединения сложен и требует самостоятельного изучения вне рамок концепции правосубъектности международных организаций<sup>3</sup>. Предположим, что интеграционное объединение «высокого уровня интеграции»<sup>4</sup> отлично от классической международной организации. Такой отличительной чертой является *специфика* общественных отношений, складывающихся внутри сообщества. Дело в том, что связи и отношения в интеграционном объединении формируются не только между публичными правовыми образованиями (государствами), но и между физическими и юридическими лицами, которые идентифицируют себя гражданами единого социально-политического образования (например, Европейского или Андского союза).

---

<sup>1</sup> *Luis Fernando Arnau Lopez*. Op. cit. – P. 22-23.

<sup>2</sup> *Luis Fernando Arnau Lopez*. Op. cit. – P. 23.

<sup>3</sup> Если интеграционное (межгосударственное) объединение рассматривать как *международную организацию* наднационального типа, то вопроса о его международной правосубъектности не возникает, так как международная организация является субъектом международного права.

<sup>4</sup> Имеются в виду такие формы межгосударственной интеграции, в которых на наднациональный уровень регулирования переданы вопросы таможенно-тарифного регулирования, торговли, политики, культуры, социальной сферы, безопасности.

Такой тип отношений более сопоставим с системой отношений, возникающих в государстве, нежели в международной организации, в связи с чем развитие современных интеграционных объединений можно считать эволюцией как международных организаций, так и национальных государств.

При исследовании международной правосубъектности по мнению Е.А. Шибяевой, следует опираться на определение субъекта права, разработанное общей теорией права. Независимо от отрасли основу понятия субъекта права составляет обладание правами и обязанностями, какими именно – зависит от конкретной отрасли права. Специфика международного права проявляется прежде всего в том, что нормы этого права создаются самими субъектами. В связи с этим в литературе выделяют следующие признаки субъекта международного права: обладание международными правами и обязанностями, способность к выработке норм международного права и способность участвовать в осуществлении мер, необходимых для обеспечения и гарантии норм международного права<sup>1</sup>.

Интеграционные (межгосударственные) объединения обладают правами и обязанностями, не только возложенными на них государствами при их создании, но и непосредственно приобретенными ими через заключение международных соглашений с другими субъектами международного права. Например, Европейский союз является полноправным членом Всемирной торговой организации, так же как и любое из государств – членов Союза. ЕС не раз выступал стороной в спорах, рассмотренных в Органе по разрешению споров ГАТТ/ВТО<sup>2</sup>. Например, «Налог на бензин и некоторые импортные продукты нефтепереработки» (ЕС, Ка-

---

<sup>1</sup> Шибяева Е.А. Правовой статус межправительственных организаций. – М., 1972. – С. 41-42.

<sup>2</sup> Сибатян А.С. Международные торговые споры в ГАТТ/ВТО: избранные решения (1952-2005 гг.). – М.: Волтерс Клувер, 2006.

нада, Мексика v. США)<sup>1</sup>; «Торговля полупроводниками» (ЕС v. Японии)<sup>2</sup>; «Ограничения импорта тунца» (ЕС v. США)<sup>3</sup>; «Налог на алкогольные напитки» (ЕС, Канада, США v. Японии)<sup>4</sup>; «Режим в отношении импорта, продажи и распространения бананов» (Эквадор, Гватемала, Гондурас, Мексика, США v. ЕС)<sup>5</sup>.

Кроме того, ЕС является участником международных договоров с государствами, например «Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны» (заключено на о. Корфу 24 июня 1994 г.).

Нормотворчество интеграционных объединений осуществляется и через деятельность коммунитарных органов, наделенных соответствующей компетенцией. При этом суды сообществ наделены полномочиями по контролю за исполнением и непротиворечивостью правовых актов.

Изложенное выше позволяет сделать вывод о перспективности исследования вопроса *международной правосубъектности интеграционных объединений*.

*Источники коммунитарного права.* В систему источников коммунитарного права, во-первых, входит междуна-

---

<sup>1</sup> Доклад Третьей группы ГАТТ принят Советом ГАТТ 17 июня 1987 г. United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances (Superfund). 34th Supp. BISD 136 (1988).

<sup>2</sup> Доклад Третьей группы ГАТТ принят Договаривающимися Сторонами 4 мая 1988 г. Japan – Trade in Semiconductors, Supp. 35. BISD 116 (1989).

<sup>3</sup> Доклад Третьей группы от 16 июня 1994 г. Restrictions on Imports of Tuna. GATT Doc. DS29/R (1994).

<sup>4</sup> Доклад Апелляционного органа принят Органом по разрешению споров ВТО 4 октября 1996 г. Japan – Taxes on Alcoholic Beverages. 1996. AB-1996-2. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

<sup>5</sup> Доклад Апелляционного органа принят Органом по разрешению споров ВТО 25 сентября 1997 г. EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. AB-1997-3. WT/DS27/AB/R.

родный договор, под которым имеется в виду учредительный договор того или интеграционного объединения<sup>1</sup>. Такой договор является главным и основополагающим источником права сообщества, своего рода конституцией интегрирующихся государств. Вместе с договорами о дополнениях и поправках к нему учредительный договор образует «первичное» право, которому должны соответствовать все другие правовые акты сообщества, представляющие «вторичное» или «производное» право.

Во-вторых, систему источников образуют регламенты, содержащие нормы общего характера. Наднациональный законодательный орган уполномочен издавать регламенты напрямую, без предварительной консультации или согласования с соответствующими национальными инстанциями государств – участников сообщества. Они обязательны для исполнения и применяются напрямую на территории каждого государства-члена.

В-третьих, директивы, которые, так же как и регламенты, обязательны для исполнения. Однако их особенность состоит в том, что каждое государство может самостоятельно выбрать форму и метод достижения целей, поставленных в документе. Кроме того, своеобразен порядок вступления в силу директив на территории государств-членов.

Есть и другие виды правовых актов, входящих в систему источников коммунитарного права. Например, Генеральным секретариатом Андского сообщества принимаются решения (резолюции), которые вступают в силу после официального опубликования в Официальной газете сообщества. Известны и рекомендательные акты, не имеющие обязательной силы для субъектов интеграции.

---

<sup>1</sup> О видах договоров об экономической интеграции государств см.: *Ефремова Н.А.* Виды договоров об экономической интеграции государств // *Юридический мир.* – 2008. – № 9.

Решения судебных органов интеграционных объединений занимают особое место в системе источников коммуни-тарного права. Интеграционные суды не только толкуют правовые акты сообщества в единообразной манере, но и восполняют «правовые лакуны», что позволяет правовой системе интеграционного объединения постоянно эволюционировать, совершенствоваться и гармонично интегрироваться с внутренними правовыми порядками государств-членов. В Европейском союзе и Андском сообществе суды обладают максимальной судебной властью в том смысле, что стороны не могут обжаловать вынесенное наднациональным судом решение; оно имеет силу закона и обязательно для исполнения теми субъектами, в отношении которых оно вынесено<sup>1</sup>.

*Решения Суда Андского сообщества в системе источников коммуни-тарного права.* Согласно Договору об учреждении Андского суда правовой порядок Андского сообщества образуют Картахенское соглашение, протоколы и дополнительные соглашения к нему; Договор об учреждении Суда Андского сообщества и протоколы к нему; решения Андского совета министров внешних связей и Андской комиссии; резолюции Генерального секретариата Андского сообщества; конвенции, принимаемые государствами-участниками между собой и в рамках андской субрегиональной интеграции<sup>2</sup>.

Таким образом, судебные решения юридически не входят в систему источников и не образуют прецедентного права. Решения Андского суда являются обязательными лишь для сторон по конкретному делу. При этом для их исполнения не требуется экзекватуры или какой-либо иной процедуры признания на территории государств-членов<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Luis Fernando Arnau Lopez.* Op. cit. – P. 28-30.

<sup>2</sup> Договор об учреждении Суда Андского сообщества от 10 марта 1996 г. – <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>

<sup>3</sup> Статьи 41-45 Договора об учреждении Суда Андского сообщества от 10 марта 1996 г. – <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>

Однако нельзя не учитывать того, что Андский суд влияет на формирование единого, непротиворечивого права интеграционного объединения, в том числе посредством института преюдициального толкования права.

Его порядок и правила сформулированы в ст. 32-36 Договора о создании Суда Андского сообщества. Так, согласно ст. 32 Договора преюдициальное толкование норм права Андского объединения осуществляется с целью обеспечить их единообразное применение на территории государств-членов. При толковании Суд ограничен содержанием и целью нормы права Андского сообщества, относящейся к конкретному делу. Суд не может толковать нормы национального права и исследовать вопросы факта.

Согласно Договору существуют два типа толкования права: факультативное и обязательное.

Абзац первый ст. 33 Договора гласит: «Национальные судьи, которые рассматривают дело, в котором применяются или отрицаются какие-либо нормы, которые составляют правовой порядок Андского сообщества, могут ходатайствовать напрямую о толковании вышеназванных норм перед Судом, всегда, когда решение находится в рамках положений внутреннего права. Если есть возможность вынести решение без получения толкования Судом, судья должен решить дело». В данном случае речь идет о факультативном толковании права.

Абзац второй той же статьи закрепляет следующее правило относительно обязательного досудебного толкования: «В тех случаях, когда решение не находится в рамках внутреннего права, судья приостанавливает дело и ходатайствует прямо в официальном порядке или по требованию стороны о толковании права Судом»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Статья 33 Договора об учреждении Суда Андского сообщества от 10 марта 1996 г. – <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>

Таким образом, факультативный порядок действует всегда, когда в соответствии с внутренним правом возможно обжалование вынесенного судьей решения в обычном порядке. Наоборот, когда решение национального судьи не может быть обжаловано, или может быть обжаловано в чрезвычайном порядке (например, в порядке кассации), для национального судьи является обязательным обратиться за толкованием в Андский суд.

Судья, рассматривающий дело в национальном процессе, должен применить толкование нормы права, произведенное Андским судом по этому делу. Государства-члены контролируют исполнение положений Договора, в частности, касающиеся соблюдения национальными судьями обязанности по применению решений Андского суда о толковании права в национальном судебном процессе.

Посредством преюдициального толкования Андский суд обеспечивает не только единообразное толкование норм коммунитарного права, но и взаимодействие между наднациональным судом и национальными судами государств-членов. При этом, согласно мнению латиноамериканских ученых, уместно говорить не о надгосударственной субординации, а о диалоге сотрудничества между судами, в котором каждая из сторон действует для достижения общей цели.

В процессе толкования норм коммунитарного права Андский суд не только конкретизирует содержание норм коммунитарного права, но и в определенной мере развивает их, что имеет непосредственное отношение и к принципам действия коммунитарного права.

*Принципы применения норм коммунитарного права.* Принцип *непосредственного применения* норм коммунитарного права состоит в том, что такие нормы автоматически инкорпорируются во внутренний правопорядок каждого государства-члена без необходимости экзекватуры, трансформации или какой-либо другой обязательной формализации и применяются в непосредственном, прямом и приоритетном

порядке. В мотивировочной части решения Андского суда по иску о неисполнении, предъявленному Советом Картахенского соглашения против Республики Венесуэла от 24 марта 1997 г. отмечено следующее (со ссылкой на мнение профессора Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer): «Непосредственное применение означает, что коммунитарная норма автоматически приобретает статус позитивного права во внутреннем правопорядке государств. То есть такая норма интегрируется во внутренний правопорядок без необходимости какой-либо специальной процедуры ее введения и, как следствие, это налагает обязанность на национального судью применять ее»<sup>1</sup>. Принцип непосредственного применения, далее говорится в решении, был воспринят учредителями Андского сообщества, которые установили непосредственное применение решений Картахенского соглашения, закрепив это правило в ст. 3 Договора о создании Андского суда. При этом принцип непосредственного применения применим как к норме позитивного права, так и к судебным решениям<sup>2</sup>.

*Принцип прямого действия* подразумевает, что нормы коммунитарного права создают права и обязанности непосредственно для граждан государств – участников сообщества. Эта черта также отличает коммунитарное право от международного, наделяющего правами и обязанностями публично-правовые образования. Толкование принципа прямого действия дано в ранее рассмотренном нами решении Андского суда: «нормы коммунитарного права создают права и обязанности для частных лиц подобно тому, как это происходит во внутреннем правопорядке согласно нормам национального права; это позволяет им защищать свои права в соответствующих судах»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Решение Суда Андского сообщества (дело 3-AI-96) // G.O.A.C. № 261 de 29 de abril de 1997 // <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace261.pdf>

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же.

*Верховенство коммунитарного права* – принцип, согласно которому нормы коммунитарного права, получающие непосредственное и прямое применение, имеют приоритет над нормами внутреннего права государств-членов. Андский суд не раз обращался к вопросу о верховенстве коммунитарного права в своих решениях. Например, в решении от 3 декабря 1987 г. постановил: «...правопорядок Андского сообщества имеет приоритет в своем применении над нормами внутреннего права, что является неотъемлемой характеристикой коммунитарного права как основы для строительства интеграции»<sup>1</sup>. Данный принцип был применен Андским судом и в последующих решениях (2-IP-90, IP-6-10-93 и IP-94) о толковании ст. 27 Договора о Суде в контексте того, что верховенство коммунитарного права по отношению к национальному праву государств-членов является основным принципом интеграционного развития государств.

Нельзя не отметить решения Андского суда (дело 07-AI-99) по иску о неисполнении, предъявленному Генеральным секретариатом против Республики Перу за неисполнение обязательств в соответствии со ст. 5 Договора о создании Суда Андского сообщества, ст. 38 Решения 344 Комиссии и решений 079 и 106 Генерального секретариата<sup>2</sup>. В мотивировочной части этого решения самостоятельный раздел посвящен правопорядку Андского сообщества, его природе и характеристике (в том числе вопросам первичного и производного

---

<sup>1</sup> Решение Андского суда 1-IP-87 по делу «Aktiebolaget VOLVO» // Tomo I de la Jurisprudencia del Tribunal. – P. 103.

<sup>2</sup> Решение Андского суда по иску о неисполнении, предъявленному к Республике Перу (дело 07-AI-99) // [http://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=tribunal%20de%20justicia%20andino%3A%20%20secretaria%20general%20c%2Frepública%20del%20peru%2C%20%2020%20de%20diciembre%20%20de%201999&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CC8QFjAC&url=http%3A%2F%2Fintranet.comunidadandina.org%2FDocumentos%2FProcesos%2F7-ai-99.doc&ei=ZGxxUNvVJYr74QSJkID4Bg&usg=AFQjCNErxZdOTX0MgzL4drQeKyYf\\_F\\_eI](http://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=tribunal%20de%20justicia%20andino%3A%20%20secretaria%20general%20c%2Frepública%20del%20peru%2C%20%2020%20de%20diciembre%20%20de%201999&source=web&cd=3&sqi=2&ved=0CC8QFjAC&url=http%3A%2F%2Fintranet.comunidadandina.org%2FDocumentos%2FProcesos%2F7-ai-99.doc&ei=ZGxxUNvVJYr74QSJkID4Bg&usg=AFQjCNErxZdOTX0MgzL4drQeKyYf_F_eI)

права; иерархии норм, прямому применению и верховенству норм коммунитарного права). В решении подчеркивается роль двух фундаментальных принципов коммунитарного права, закрепленных в ст. 5 Договора о создании Андского суда, – прямого применения и верховенства. Данные принципы налагают на государства – члены сообщества ряд обязательств: принимать необходимые меры для обеспечения исполнения норм коммунитарного права; не применять какие-либо меры, противоречащие указанным нормам или затрудняющие их применение. Принципы действия норм коммунитарного права распространяются как на первичное право интеграционного объединения, так и на производное право. В Андском сообществе, заключает Суд, вышеназванные принципы имеют силу позитивных норм конститутивного характера.

*Особенности действия норм коммунитарного права.* Вопросы действия норм коммунитарного права во времени также нашли свое отражение в решениях Андского суда. Например, в Решении по делу о преюдициальном толковании статей 1, 2, 4 и 5 Решения 344 Комиссии Картахенского соглашения и статей 34, 44, 45 Решения 486 Комиссии Андского сообщества Андский суд постановил<sup>1</sup>: «... коммунитарная норма общего характера не имеет обратной силы; поэтому каждая ситуация, которая должна быть урегулирована нормой коммунитарного права, регулируется действующей на данный момент нормой права. Однако если норма коммунитарного права была отменена или заменена другой нормой, то применение ранее действующей нормы возможно до тех пор, пока не будет реализовано корреспондирующее ему правоотношение... Так, заявка на выдачу патента “Фармацевтиче-

---

<sup>1</sup> Решение Андского суда по делу от 17 марта 2010 г. (процесс 13-IP-2010) о толковании статей 1, 2, 4 и 5 Решения 344 Комиссии Андского сообщества и статей 34, 44, 45 Решения 486 Комиссии // [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

ские препараты ритонавир...” была подана 31 мая 2000 г. во время действия Решения 344 Комиссии Картахенского соглашения, таким образом, этот правовой акт применяется для регулирования порядка выдачи патента на данный препарат, хотя производство по делу в суде было начато, когда вступило в силу Решение 486 Комиссии Андского сообщества...»

*Коллизии норм коммунитарного, национального и международного права.* Одновременное действие различных правопорядков (международного, коммунитарного, национального) в пространстве межгосударственного объединения повлекло за собой появление различных юридических коллизий, в частности столкновение норм национального и коммунитарного права. *Коллизия норм национального права и норм коммунитарного права* решается в основном на основе примата последнего.

Стоит заметить, что принцип верховенства коммунитарного права, как и статус правовых актов интеграционного объединения, редко закрепляется в национальных конституциях государств – членов сообщества. Показателен в этом отношении пример Республики Венесуэла, которая в своей Конституции закрепила не только порядок принятия и действия международных договоров об интеграции, но и правовой статус норм, принятых в рамках таких договоров: они имеют прямое действие и верховенство по отношению к внутреннему законодательству. Так, в Преамбуле *Конституции Венесуэлы* 1999 г. закреплено, что «народ Венесуэлы, во исполнение своей власти... с целью основания Республики как демократического общества... способствует мирному сотрудничеству между государствами и инициирует и консолидирует латиноамериканскую интеграцию в соответствии с принципом невмешательства и самоопределения народов...». Статья 153 Конституции устанавливает, что «Республика стимулирует и способствует взаимной интеграции со странами Латинской Америки и Карибского бассейна в целях создания содружества народов и защиты его эконо-

мических, социальных, культурных, политических интересов и окружающей среды. Республика может заключать международные договоры в целях обеспечения общего развития наций и гарантии их безопасности. В политике интеграции со странами Латинской Америки и Карибского бассейна Республика отдает приоритет отношениям с Иберо-Америкой. Нормы, принятые в рамках договоров об интеграции, являются неотъемлемой частью действующей правовой системы, имеют *прямое действие и верховенство по отношению к внутреннему законодательству*». Согласно ст. 154 Конституции «договоры, заключенные Республикой, должны быть утверждены Национальной ассамблеей до их ратификации Президентом Республики, за исключением тех договоров, которые направлены на выполнение или усовершенствование уже существующих обязательств Республики, на применение принципов, однозначно признанных ею, на выполнение обычных действий в области международных отношений или на осуществление полномочий, однозначно возложенных законом на исполнительную власть»<sup>1</sup>.

В других же конституциях латиноамериканских государств порядок действия правовых актов интеграционных объединений не отражен, прописан лишь порядок заключения и статус международных договоров об интеграции во внутренней правовой системе. Представляется, что, допуская саму возможность заключения международных договоров об интеграции, государства подразумевают согласие с теми обязательствами, которые они будут нести в соответствии с данными договорами, например в части верховенства, прямого действия и непосредственного применения норм коммуни-тарного права.

Итак, согласно *Конституции Боливии 2009 г.*, «государство содействует на принципах справедливости, равно-

---

<sup>1</sup> См.: Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. – М., 2006. – С. 303-411.

правия отношениям социальной, политической, культурной и экономической интеграции с другими государствами, народами и нациями, и в особенности содействует латиноамериканской интеграции» (ст. 265). *Международные договоры, касающиеся перераспределения полномочий в пользу наднациональных или международных органов*, подлежат ратификации. Конституция является высшей нормой боливийского правопорядка, она пользуется верховенством по отношению к любой другой правовой норме. «Конституционную базу» образуют договоры и международные конвенции по правам человека и нормы права сообщества (коммунитарного права), ратифицированные государством (ст. 410)<sup>1</sup>. Таким образом, акты межгосударственных объединений находятся на одном уровне с Конституцией и, следовательно, обладают верховенством над нормами национального права.

*Конституция Колумбии* 1991 г. в ст. 227 обозначает интеграцию как одно из приоритетных направлений развития государства: «Государство содействует экономической, социальной и политической интеграции Колумбии с другими странами, особенно с государствами Латинской Америки и Карибского бассейна, посредством заключения соответствующих договоров, основывающихся на принципах справедливости, равенства и взаимности, а также участвует в учреждении наднациональных организаций, в том числе для поддержания общности, образованной на базе латиноамериканского сообщества наций...». Согласно ст. 224 Конституции Колумбии, для вступления в силу международные договоры по общему правилу подлежат одобрению конгрессом. В п. 16 ст. 150 Конституции Колумбии уточняется, что конгресс «одобряет или отклоняет договоры, которые Правительство заключает с другими государствами или субъектами международного права. Посредством этих договоров госу-

---

<sup>1</sup> Конституция Боливии // <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>

дарство может на основе равенства, взаимности и национальной выгоды частично передавать определенные компетенции международным организациям, которые своей целью имеют продвигать или консолидировать экономическую интеграцию с другими государствами». Таким образом, вступление Колумбии в международную организацию происходит на основе международного договора, который заключается правительством и одобряется конгрессом<sup>1</sup>.

*Конституция Эквадора* 1998 г. в ст. 161 установила, что «Национальный конгресс ратифицирует международные договоры и соглашения: ...3. Обязывающие страну к определенным интеграционным соглашениям; 4. Предписывающие международному или наднациональному учреждению осуществление компетенции, проистекающей из Конституции или закона». Согласно ст. 162 Конституции «ратификация договоров и соглашений осуществляется при одном обсуждении и одобрении большинством членов Конгресса. Предварительно запрашивается заключение Конституционного трибунала по поводу соответствия Конституции договора или соглашения. Договор или соглашение, требующие проведения конституционной реформы, не могут быть ратифицированы без предшествующего проведения указанной реформы». В соответствии со ст. 163 Конституции «нормы, содержащиеся в международных договорах и соглашениях, обнародованные в Официальном регистре, составляют часть правовой системы Республики и превалируют над законами и другими нормами меньшей юридической силы»<sup>2</sup>.

*Конституция Перу* 1993 г. в ст. 44 определяет среди первостепенных обязанностей государства «устанавливать и реализовывать пограничную политику и способствовать интеграции, особенно латиноамериканской». Однако соглас-

---

<sup>1</sup> См.: Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. – М., 2006. – С. 537-688.

<sup>2</sup> См.: Там же. – С. 1071-1165.

но ст. 55 Конституции, «действующие международные договоры, заключенные государством, являются составной частью национальной правовой системы». А в соответствии со ст. 51 Конституция имеет приоритет над любыми другими законами. Международные договоры согласно ст. 56 до ратификации Президентом Республики подлежат одобрению конгрессом, если их предметом являются: 1) права человека; 2) суверенитет, собственность или целостность государства; 3) национальная оборона; 4) финансовые обязательства государства. Подлежат, кроме того, одобрению конгрессом международные договоры, вводящие, изменяющие или отменяющие налоги; требующие изменения или отмены действующих законов и принятия законодательных мер для их выполнения. Президент Республики может без предварительного одобрения конгрессом заключать международные договоры, вносить в них изменения или присоединяться к ним, если они не касаются вопросов, указанных в ст. 56. Отчет о таких действиях президент должен предоставлять конгрессу. Международный договор, затрагивающий конституционные положения, до ратификации Президентом Республики подлежит одобрению в порядке, предусмотренном для пересмотра положений Конституции<sup>1</sup>.

Вопрос о *коллизиях норм международного права и норм коммунитарного права* не решен на законодательном уровне, отдельные позиции по этому поводу высказываются в доктрине и в решениях наднациональных судов. Так, в одном из дел, рассмотренных Судом ЕС в 2008 г., возник вопрос о взаимодействии между коммунитарным и международным правом<sup>2</sup>. В решении Суда было установлено, что «взаимоотношения между международным правом и комму-

---

<sup>1</sup> См.: Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. – М., 2006. – С. 777-847.

<sup>2</sup> Bruno S. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner // The European Journal of International Law. – Vol. 20. – No 2. 2009. – P. 292-294.

нитарным правовым порядком «управляются» коммунитарным правовым порядком, и международное право может «проникать» в правовой порядок сообщества только на основе условий, установленных конституционными принципами сообщества».

Аналогичную позицию занял Андский суд справедливости в 1996 г., рассматривающий дело «о толковании Решения 344 и Решения 345 Комиссии Андского Сообщества и статьи 1 Парижской Конвенции по охране промышленной собственности»<sup>1</sup>. По сути, перед Андским судом был поставлен вопрос о соотношении норм коммунитарного права (решений Комиссии) и норм международного права (Парижской Конвенции по охране промышленной собственности). В своем решении Суд дал разъяснение, что «коммунитарное право связывает международный договор таким образом, что последний (международный договор) может служить источником для развития его регулирующей силы, но несмотря на это мы не можем сказать, что коммунитарное право подчиняется ему».

Таким образом, в настоящее время судебная практика формируется в направлении признания примата норм коммунитарного права над нормами международного права. Обоснованием тому является следующее: 1) решение сообщества выступает как специальная норма по отношению к норме международного права как общей; 2) норма коммунитарного права создана в целях реализации интеграции (а развитие интеграции является одним из конститутивных принципов сообщества); 3) государства, подписывая учредительный договор сообщества, выразили тем самым свое согласие на ограничение своих международных обязательств в целях интеграции.

---

<sup>1</sup> Решение Суда Андского сообщества (дело о досудебном толковании Решений 344 и 345 Комиссии в связи со ст. 1 Парижской Конвенции по охране промышленной собственности) от 9 декабря 1996 г. // GOAC 257 от 14.04.1997.

Преодоление конфликта норм международного и коммуитарного права возможно на основе принципа «согласованного толкования», когда суд приходит к выводу, что конфликта между нормами нет. Подтверждением такого подхода является уже упоминаемое нами решение Андского суда, по которому Суд постановил, что между нормами Парижской конвенции и решениями Комиссии, устанавливающими режим промышленной собственности, противоречий нет.

*Коллизии норм различных коммуитарных правопорядков* (когда государство одновременно участвует более чем в одном интеграционном объединении) решаются на основе принципа, согласно которому нормы, образующие правопорядок одного интеграционного объединения, не должны противоречить правопорядку другого интеграционного сообщества и не должны создавать препятствий для достижения целей, сформулированных в учредительных документах интеграционного сообщества<sup>1</sup>. Если же конфликт возникает, то суд будет его рассматривать, применяя принцип «согласованного толкования», а также исходя из целей интеграции.

*Выводы.* Под интеграционным объединением понимается группа государств, объединенных на основе международного договора для достижения целей интеграции. Межгосударственное (интеграционное) объединение представляет собой особый вид социально-политического образования, участвующего в международном общении, в связи с чем перспективна научная разработка проблемы его международной правосубъектности.

В правовом пространстве интеграционного объединения действуют нормы первичного и вторичного коммуитарного права, которые применяются на основе принципов прямого действия, непосредственного применения и верховенства над нормами внутреннего законодательства.

---

<sup>1</sup> Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organizacion de Estados Centroamericanos // [http://www.sica.int/busqueda/busqueda\\_basica.aspx?IdCat=&IdMod=3](http://www.sica.int/busqueda/busqueda_basica.aspx?IdCat=&IdMod=3)

Система правового регулирования в интеграционном объединении сложна и многослойна, так как помимо норм коммунитарного права в интеграционном пространстве действуют нормы международного и национального права. Такая ситуация приводит к возникновению юридических коллизий различных видов, например между нормами национального права и коммунитарного права, или нормами различных коммунитарных правопорядков. Принципы преодоления данных противоречий нередко вырабатываются в решениях наднациональных судов интеграционных сообществ.

Суды интеграционных объединений хотя и не создают норм права, но оказывают значимое влияние на формирование единообразного и непротиворечивого коммунитарного права посредством преюдициального толкования, а также отмены решений, противоречащих конститутивным нормам сообщества.

## РАЗДЕЛ 5 СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

*Протопопова О.В.*<sup>1</sup>

### ПОЛОЖЕНИЯ ЛАТИНОАМЕРИКАНСКИХ КОДЕКСОВ О БРАЧНО-СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЯХ<sup>2</sup>

Древнее право доколумбовой Америки развивалось в непосредственной связи с религией, обычаями и традициями. Важнейшим источником регулирования брачно-семейных отношений в этот период у майя, ацтеков и инков являются обычаи<sup>3</sup>. К концу XV века у древних племен сформировалось самобытное право, представляющее собой слияние религии, обычаев и традиций.

Нормами обычного права запрещался брак между близкими родственниками, который считался преступлением, влекущим уголовное наказание. Однако в некоторых провинциях такие браки в определенных пределах допускались. Широко распространена была практика заключения брака одного из родственников умершего (обычно родного брата) с его вдовой. Безусловным при этом оставался запрет на брак матерей со своими сыновьями. Подробно были урегулированы последствия прелюбодеяния, наказание различалось в за-

---

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права юридического факультета РУДН.

<sup>2</sup> В статье представлены выводы исследовательского проекта № 11-03-00127а «Гражданское право стран Латинской Америки (теоретические проблемы кодификации)» по конкурсу РГНФ 2011 г.

<sup>3</sup> *Жидков О.А.* История государства и права стран Латинской Америки. – М., 1967. – С. 67.

висимости от пола преступника и его принадлежности к определенному сословию.

Допускались полигамные браки, которые были распространены в основном среди представителей знати. При этом для целей наследования одна из женщин определялась как законная жена, с тем чтобы впоследствии именно ее сын унаследовал имущество отца.

Заключая брак, каждый из супругов приносил имущество, которое возвращалось ему при разводе. Однако если причиной развода было виновное поведение супруга, то такой супруг получал только половину принесенного имущества. Хотя женщина и признавалась собственником имущества, но управление им осуществлялось мужем или старшим из мужчин в семье. Они являлись ее опекунами. Самостоятельно женщина могла распорядиться имуществом лишь на случай смерти.

Расторжение брака по обоюдному согласию отсутствовало. Основанием для развода могло служить лишь виновное поведение супруга. При разводе сыновья оставались с отцом, а дочери – с матерью. Устанавливался период, в течение которого вдовы и разведенные женщины были не вправе вступить в новый брак.

Завоевание и освоение территории Латинской Америки испанскими и португальскими колонизаторами, принесшими континентальную правовую культуру, основанную на римской правовой традиции, приостановили формирование собственного права у индейцев. Испанский ученый М.Х. Гарсия-Гарридо отмечал, что «конкиста и колонизация Америки Кастильским королевством знаменовали собой начало того влияния, которое римское право оказывало на действующее право Нового Света».<sup>1</sup> В основу колониального права Латин-

---

<sup>1</sup> *Гарсия-Гарридо М.Х.* Римско-правовое наследие в кодексах Латинской Америки // Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права: Материалы заседаний IV Международной конференции. – Москва – Иваново – Суздаль, 25-30 июня 2006 г. – С. 5.

ской Америки было положено феодальное право Испании и Португалии. В частности: Постановления кортесов в Алькале де Энарес 1348 г., изданные при короле Альфонсо XI; Законы Торо 1505 г., принятые в период правления королевы Хуаны; Королевское фуэро и Семь Партид короля Альфонсо X Мудрого; Новое собрание 1567 г., опубликованное при правлении королей Карлоса I и Филиппа II<sup>1</sup>.

Совет по делам Индий<sup>2</sup> разработал по поручению короля Кастилии Филиппа II свод законов, основанный на Партидах и получивший название Свода Овандо. К источникам права того периода относятся Судебник Энцинаса и Собрание законов королевства Индий. Сохраняют силу и нормы обычного права, некоторые из которых были включены в колониальное право. Таким образом, колониальное право Латинской Америки сочетало в себе обычное индейское право и континентальное право. При этом обычное право применялось субсидиарно по отношению к правовым нормам континентального права.

Латинская Америка того времени представляла собой социально стратифицированное общество. Социальные различия устанавливались в зависимости от места рождения, семейного и имущественного положения, пола, расы и т.п., что нашло свое отражение в законе.

В Семи Партидах подчеркивался нуклеарный характер семьи, на членов которой распространялась власть мужчины (мужа, отца). Совершеннолетие для представителей обоих полов наступало в 25 лет. Женщина до наступления совершеннолетия находилась под опекой отца, мужа или другого старшего члена семьи мужского пола. В период брака муж осуществлял управление имуществом жены (в интересах

---

<sup>1</sup> Гарсия-Гарридо М.Х. Указ. соч. – С. 6.

<sup>2</sup> Совет по делам Индий – высшее законодательное, исполнительное учреждение, осуществляющее колониальную политику Испании в Латинской Америке в XVI-XIX вв.

женщины и ее детей), в том числе и ее приданым, которое давалось женщине при вступлении в брак. В качестве приданого, которое поступало в собственность женщины, как правило, передавалось движимое имущество и денежные средства, реже недвижимость и рабы. Муж мог сделать жене свадебный подарок, который становился ее собственностью. В состав собственного имущества женщины поступало также имущество, полученное в дар или по наследству в период брака, управление которым также осуществлял муж. Однако данные виды имущества были застрахованы от финансовых неудач мужа, взыскание кредиторов на эти виды имущества не обращалось.

Королевское законодательство колонизаторов вынуждено было адаптироваться к новым условиям. Так, был сокращен перечень препятствий для вступления в брак, отменено требование о необходимости получения родительского разрешения на брак чернокожих и мулатов и т.п. В то же время закон, направленный на недопущение создания межрасовых супружеских пар, устанавливал для испанцев штраф за отказ от своих жен, оставшихся в Испании. Книга 7, титул 3 Собрания законов королевства Индий была специально посвящена правовому статусу испанцев, состоявших в браке и находящихся в колониях без своих супругов.

Получившая широкое распространение в начале колониального периода практика сожительства с женщинами коренного населения привела к введению правительством определенных имущественных санкций для испанцев, в частности утрату права наследования.

Христианские браки испанских мужчин с индейскими женщинами были разрешены только в XVI веке королевским указом 1514 г. Данные положения были включены в книгу 6 Собрания законов королевства Индий.

Церковное право было одним из важнейших источников регулирования брака и семьи, которое нашло свое закрепление в Семи Партидах. Доктрина моногамного брака, про-

водимая церковью, натолкнулась на противодействие местной знати, среди которой практиковалось многоженство. Однако уже к концу XVI века большинство местных общин восприняло испанский подход в данном вопросе.

Пытаясь ограничить браки между лицами разных социальных слоев, королевским указом от 23 марта 1776 г. устанавливается требование для лиц, не достигших 25 лет, получить согласие родителей на такой брак. Нарушение данного требования влекло серьезные правовые последствия для нарушителей: потеря приданого, запрет наследования, ограничение в иных правах. Эти положения не распространялись на браки между чернокожими и мулатами.

Указом от 17 июля 1803 г. был изменен возраст для вступающих в брак, до наступления которого требовалось получение родительского разрешения. Для мужчин этот возраст составлял 25 лет, для женщин – 23 года. В случае же заключения межрасовых браков возраст значения не имел, такой брак в любом случае требовал королевского одобрения. Замужняя женщина вправе была заключать сделки и принимать на себя обязательства только с разрешения мужа.

Колониальное законодательство закрепляет способы узаконения детей, рожденных вне брака. Это последующий брак родителей, церковная петиция, королевский указ, указание в завещании.

Революции XIX века, приведшие к независимости и созданию новых государств, сопровождались появлением новой политической, социальной и, как следствие, юридической концепции личности. Данные положения нашли свое отражение в конституциях и гражданских кодификациях латиноамериканских государств. Многие реформы, затрагивающие правовой статус членов семьи, были тесно связаны с широко развернувшейся политической дискуссией о месте католической церкви в обществе. И хотя новыми законами власть церкви была ограничена, тем не менее она продолжала

ет сохранять значительное влияние в области регулирования брака и семьи.

В новых государствах Латинской Америки была осуществлена секуляризация брака. Гражданский брак вводится в Мексике (1850), Аргентине, Чили, Уругвае в конце XIX столетия. Устанавливается запрет на жестокое обращение с внебрачными детьми. В Колумбии и Эквадоре специальными законами снимались всякие социальные и юридические ограничения для внебрачных детей.

Возможность расторжения брака не была включена в гражданские кодексы латиноамериканских стран. Если некоторые гражданские кодексы и устанавливали право на развод, то в смысле признанного законом разлучения супругов без возможности вступить в последующий брак. Такой развод лишь приостанавливал совместную жизнь супругов. Для разлучения супругов необходимо было указать причину (типичную для развода). Взаимное согласие не признавалось достаточным основанием для разлучения. По-прежнему в XIX веке имущество замужней женщины находится под контролем мужа

В XX веке конституциями стран Латинской Америки значительно расширяются гарантии прав и свобод, принадлежащих личности, закрепляются различного рода гарантии против дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, происхождения, политических убеждений, экономического и социального положения и др. В большинстве стран осуществлена секуляризация брака. Светская власть берет под свой контроль вопросы регистрации брака, рождения и смерти, вводится полноценный институт развода, значительным образом улучшается статус женщин коренных народов, положено начало формированию социальных программ в отношении детей, в том числе оставшихся без попечения родителей.

Законодательство большинства стран Латинской Америки вопросы заключения брака изымает из сферы деятель-

ности церкви и передает в ведение гражданских чиновников, которые уполномочены заключать брак и вести официальные записи в публичном реестре. Законным признается только гражданский брак. Некоторые страны, такие как Аргентина, Никарагуа, позволяют совершить религиозную церемонию заключения брака, но только при условии, что брак предварительно был оформлен в соответствии с гражданским законодательством. В Гватемале и Венесуэле священникам разрешается проводить церемонию заключения брака, которая имеет эффект гражданского акта. В таких странах, как Колумбия, Доминиканская Республика, Перу и некоторых других, где позиции католической церкви остаются весьма значительными, законной признается религиозная форма брака.

Вторая половина XX века ознаменовалась изменениями в брачно-семейном законодательстве достаточно значительного числа европейских стран, большинства штатов США. Его действие было распространено на однополые союзы, так как эти союзы стали признаваться браком. Однако латиноамериканский законодатель не признал такие союзы законными.

В отношении режима супружеского имущества существуют значительные различия в подходах. Ряд стран признает любое имущество супругов их общей собственностью – имущество, нажитое в браке, индивидуальное имущество каждого из супругов, имущество, приобретенное до вступления в брак. В других странах некоторые виды имущества относятся к раздельной собственности, собственности каждого из супругов. Это имущество, полученное каждым из супругов в браке в качестве дара, по завещанию или в порядке наследования по закону. Законодательством некоторых стран предусматривается обязательность заключения соглашения до заключения брака, в котором супруги должны определить режим собственности, который будет применяться к имуществу супругов, – режим раздельной или общей собственности. Законодатель отдельных стран выступает категорически про-

тив закрепления правом возможности в договорном порядке определять режим имущества супругов, существенно ограничивая такую возможность или вовсе устанавливая запрет на заключение подобных договоров, считая, что такой подход противоречит самой сущности семейной собственности.

В законах некоторых стран Центральной Америки устанавливается определенный режим супружеского имущества без возможности для супругов сделать выбор либо изменить законный режим имущества.

В латиноамериканских странах возникла достаточная серьезная ситуация, связанная с существованием весьма значительного числа супружеских пар, не состоящих в законном браке. Причины существования фактических брачных отношений самые различные. Это и юридическая безграмотность, устойчивое непризнание и неприятие секуляризации брака и некоторые другие. Однако необходимость решения вопросов, связанных с собственностью, защита прав женщин, состоящих в фактическом браке, а также детей, рожденных вне законного брака, потребовала от законодателей разработать и принять меры, направленные на разрешение существующих проблем.

Так, например, мексиканское законодательство признает требования к партнеру, основанные на фактическом сожительстве. В других странах законодатель пошел по пути признания фактических брачных отношений и распространения на них законодательства о браке и семье. Конституция Гватемалы прямо закрепляет, что постоянные фактические отношения между мужчиной и женщиной признаются браком, на них распространяются соответствующие правовые нормы.

К 1950 году большинство стран Латинской Америки приняли законы, направленные на улучшение правового положения внебрачных детей. Так, в 1954 г. аргентинский законодатель весьма существенно расширил права внебрачных детей. Допускается возможность усыновления детей. Однако в ряде стран законом предъявляется жесткое требование

к возрасту усыновителя – он должен быть старше усыновленного ребенка на 10-20 лет.

Перемены в семейном законодательстве коснулись и возможности расторжения брака. В тех странах, в которых католическая церковь продолжает сохранять свое влияние, развод допускается, однако вводятся ограничения на повторный брак. Мексиканская революция повлекла весьма существенные изменения в семейном законодательстве – специальным законом в 1914 г. был разрешен развод супругов, было закреплено равенство мужа и жены при решении внутрисемейных вопросов. Данные положения позже нашли свое отражение в Гражданском кодексе Мексики 1928 г. Наиболее консервативным был подход колумбийского законодателя, который допускал развод, если брак заключался в светской форме. Вопрос о расторжении брака, совершенного по религиозным обрядам, мог быть решен только церковными властями. В 1954 г. в Аргентине было законодательно закреплено положение о допустимости развода по прошествии годичного срока со дня принятия решения судом о разлучении супругов.

Законодательство большинства стран Латинской Америки признает возможность развода и разлучения супругов только при наличии определенных в законе причин. Если допускается развод по взаимному согласию, то он становится возможным только после периода ожидания в несколько лет. В некоторых странах установлен запрет на вступление в повторный брак беременным женщинам в период беременности. Нередко при судебном рассмотрении дела о расторжении брака законом возлагается на судью обязанность предпринять меры к примирению супругов, особенно если отсутствуют причины расторжения брака. И тем не менее следует констатировать, что в XX веке все еще оставались на Южноамериканском континенте страны не допускающие расторжение брака, например Чили.

В основе семейного права стран Латинской Америки лежат идеи и принципы романской системы континентального европейского права. Нормы семейного законодательства были сформированы под значительным воздействием французского, испанского (кастильского) и португальского гражданского законодательства. В то же время сильное влияние на формирование принципов и норм семейного права оказало каноническое право. Догмы его, воспринятые рядом латиноамериканских кодексов, обусловили признание юридической силы не только за гражданским, но и за церковным (католическим) браком, привели к закреплению принципа нерасторжимости брачного союза путем развода.

Современное семейное право латиноамериканских государств представляет собой стройную, тщательно разработанную на законодательном уровне систему правовых норм, регулирующих отношения, вытекающие из факта заключения брака и создания семьи. Реформы 60-70-х годов XX столетия внесли существенные изменения в правовое регулирование брачно-семейных отношений. Были изменены нормы, регулирующие имущественные отношения между супругами, улучшилось положение замужней женщины и внебрачных детей, введены нормы о разводе и т.п.

Правовое реформирование брачно-семейных отношений прежде всего нашло свое отражение в основных законах стран Латинской Америки. Конституции большинства стран этой части Американского континента содержат нередко весьма развернутые положения о защите семьи и прав ее членов. Более того, многие из основных законов закрепили положения, отражающие отношение государства к тем тенденциям, которые в последние десятилетия в значительной степени повлияли на модернизацию семейного законодательства во всем мире. Прежде всего это касается признанной законодательством весьма значительного числа стран возможности заключения брака лицами одного пола либо признания законности такого союза и т.п.

В одних латиноамериканских странах конституции достаточно лаконично закрепляют основные права и обязанности, вытекающие из факта заключения брака и создания семьи. В других вопросам защиты семьи и брака, прав несовершеннолетних детей посвящены самостоятельные разделы основных законов.

Конституцией Белиза право на защиту жизни членов своей семьи отнесено к числу основных прав и свобод человека (гл. 2, ст. 3, 14)<sup>1</sup>. В Конституции Мексиканских Соединенных Штатов закреплена обязанность государства защищать формирование и развитие семьи<sup>2</sup>.

Конституцией Сальвадора устанавливается положение о том, что семья является «фундаментальной основой общества и находится под защитой государства» (ст. 32)<sup>3</sup>. В Аргентинской Республике государство обязуется предоставить всестороннюю поддержку семье, осуществлять защиту собственности семьи, выплачивать экономические компенсации семье (ст. 14 bis)<sup>4</sup>.

В Конституции Гватемалы отдельный раздел посвящен защите семьи. Ею закрепляются социальные, экономические и юридические гарантии государства, направленные на поддержку и защиту законного брака, равноправия супругов в семье, ответственность родителей за воспитание своих детей, равенство прав детей, рожденных в браке и вне брака и др. (гл. 2, разд. 1, ст. 47-56).<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Конституция Белиза / Конституции государств Америки. Т. 1. Северная и Центральная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>2</sup> Конституция Мексиканских Соединенных Штатов / Конституции государств Америки. Т. 1. Северная и Центральная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>3</sup> Конституция Республики Эль-Сальвадор / Конституции государств Америки. Т. 1. Северная и Центральная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>4</sup> Конституция Аргентинской Республики / Конституции государств Америки. Т. 3. Южная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>5</sup> Конституция Гватемалы / Конституции государств Америки. Т. 1. Северная и Центральная Америка. – М.: Норма, 2006.

В Республике Гондурас семья, брак, материнство и детство находятся под покровительством государства (гл. 3, ст. 111). Признается право мужчины и женщины, пол которых не приобретен искусственным путем, на брак. Брак и фактические брачные отношения между лицами одного и того же пола запрещаются (ст. 112). Не допускается усыновление ребенка гражданами, состоящими в однополном браке (ст. 116). Отдельная глава (гл. 4) посвящена правам ребенка. Государство признает себя обязанным защищать детство (ст. 119).<sup>1</sup>

«Брак, материнство и семья охраняются государством», – провозглашает Конституция Республики Панама (ст. 52)<sup>2</sup>. Государство обязывается защищать физическое, умственное и моральное здоровье несовершеннолетних и гарантирует их права на алименты, здоровье, образование, безопасность и социальное обеспечение (ст. 52).

В Республике Боливия раздел 5 Конституции посвящен защите семьи, где закрепляются: обязанность государства защищать брак, семью и материнство, признание так называемых «свободных союзов» и фактических браков, право на расторжение брака, принцип неприкосновенности и неотчуждаемости семейной собственности, положения, направленные на защиту прав ребенка, и др.<sup>3</sup> Аналогичные разделы содержатся в конституциях Федеративной Республики Брази-

---

<sup>1</sup> Конституция Республики Гондурас / Конституции государств Америки. Т. 1. Северная и Центральная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>2</sup> Конституция Республики Панама / Конституции государств Америки. Т. 1. Северная и Центральная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>3</sup> Конституция Республики Боливия / Конституции государств Америки. Т. 3. Южная Америка. – М.: Норма, 2006.

лия (гл. 7)<sup>1</sup>, Боливарианской Республики Венесуэла (гл. 5)<sup>2</sup>, Республики Колумбия (гл. 2)<sup>3</sup>, Республики Парагвай (гл. 4)<sup>4</sup>.

Основными источниками семейного права в странах Латинской Америки являются соответствующие разделы гражданских кодексов: в Бразилии – книга IV, разделы I и II Особенной части ГК 2002 г.; в Колумбии – титулы IV-XXI книги I ГК 1873 г.; в Эквадоре – главы III-XV книги I ГК 1857 г., а также отдельная глава книги II, посвященная правовому режиму имущества супругов; в Перу – книга III ГК 1984 г., книга IV ГК Венесуэлы 1982 г., книга VII ГК Мексики 1928 г., книга V ГК Панама 1916 г., титулы с IV по VII ГК Чили и т.д. Лишь в Коста-Рике и в Боливии действуют специальные законы о браке и семье: в Коста-Рике – Семейный кодекс 1975 г., в Боливии – Семейный кодекс 1972 г.

В ряде латиноамериканских стран положения гражданских кодексов дополняются законами, регулирующими отдельные аспекты брачно-семейных отношений. Так, в Аргентине в 1995 г. был принят закон, направленный на защиту против насилия в семье<sup>5</sup>, в Чили в конце XX – начале XXI в. принимается ряд специальных законов и нормативно-правовых актов – Закон о детях, правила усыновления детей, утвержденные постановлением правительства, Закон о гражданском браке и об актах гражданского состояния<sup>6</sup> и др.

---

<sup>1</sup> Конституция Федеративной Республики Бразилия / Конституции государств Америки. Т. 3. Южная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>2</sup> Конституция Боливарианской Республики Венесуэла / Конституции государств Америки. Т. 3. Южная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>3</sup> Конституция Республики Колумбия / Конституции государств Америки. Т. 3. Южная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>4</sup> Конституция Республики Парагвай / Конституции государств Америки. Т. 3. Южная Америка. – М.: Норма, 2006.

<sup>5</sup> LEY 24417 DE PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR // <http://www.latinlaws.com/country/Argentina/civil%20law>

<sup>6</sup> LA LEY DE MENORES // <http://www.diarioficial.cl/actualidad/relacion/alegisla/ccmodifi/16618.htm>; DICTA NORMAS SOBRE ADOPCION DE MENORES // <http://www.diarioficial.cl/actualidad/relacion/alegisla/ccmodifi/19620.htm>; LEY DE MATRIMONIO CIVIL // <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>;

*Пономарева О.С.<sup>1</sup>, Горохов А.В.<sup>2</sup>*

## **БРАКОРАЗВОДНЫЙ ПРОЦЕСС В МЕКСИКАНСКИХ СОЕДИНЕННЫХ ШТАТАХ**

Все большее число лиц, заключивших брак, сталкивается с необходимостью его расторжения, но «вопрос о прекращении брака при жизни супругов принадлежит к числу самых неясных и запутанных»<sup>3</sup>.

На международном уровне считается, что Мексика является страной с высокой стабильностью семьи, потому что число разводов является низким не только по сравнению со странами с высоким уровнем развития, но и с равными по развитию странами. И все же в Мексике, по статистическим данным, число браков постепенно уменьшается, а количество разводов растет. По состоянию на 2005 год количество разводов составляло 11,8, а по состоянию на 2008 год – уже 13,9 на 100 браков<sup>4</sup>.

Регулирование бракосочетания и развода находится в компетенции штатов. Во всех штатах Мексики законодательство, посвященное браку и семье, в основном схоже, за исключением некоторых незначительных отличий в каждом штате.

Чтобы добиться развода на территории Мексики, необходимо быть гражданином Мексики или резидентом, для иностранных граждан. Для того чтобы стать резидентом, необходимо жить на территории Мексики 6 месяцев. Сама же

---

LEY SOBRE REGISTRO CIVIL // <http://www.diarioficial.cl/actualidad/relacion/alegislacion/modifi/4808.htm>

<sup>1</sup> Студентка юридического факультета РУДН.

<sup>2</sup> Студент юридического факультета РУДН.

<sup>3</sup> *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. – Т. 2. – М., 2003. – С. 79.

<sup>4</sup> Matrimonios y divorcios. – URL: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/myd.aspx?tema=P>

процедура развода также может занимать несколько месяцев<sup>1</sup>.

Все случаи развода, при условии что брак был заключен в Мексике, должны быть указаны в свидетельстве о браке, которое хранится в мексиканском аналоге ЗАГСа, в котором стороны заключили брак. Если же развод был произведён за пределами Мексики, то данные об этом также должны быть занесены в свидетельство о браке, а документ, согласно которому был осуществлён развод, должен быть переведён и иметь апостиль<sup>2</sup>.

Если проводить классификацию разводов по критерию согласия супругов на развод, то в Мексике выделяется два типа разводов.

Первый называется *Nicesario* – недобровольный (необходимый) развод. Данный тип развода представляет собой развод в суде, применяющийся только в том случае, когда:

- 1) одна сторона подала иск о разводе, а вторая с ним не согласна;
- 2) доказана измена супруга;

Законы Мексики устанавливают, что поводом к разводу является не только всякое прелюбодеяние жены. Закон о семейных отношениях от 12 апреля 1917 г. признал поводом к разводу прелюбодеяние мужа, если оно совершено в супружеском доме, если муж имеет постоянную сожительницу, если прелюбодеяние сопровождалось публичным скандалом или публичными оскорблениями в адрес жены или если любовница мужа унизила честь и достоинство жены словом или действием<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Marriage and Divorce in Mexico. – URL: <http://www.canadainternational.gc.ca/mexico-mexique/consul/mardiv.aspx?view=d>

<sup>2</sup> DIVORCE PROCEEDINGS IN MEXICO. – URL: [http://portal.sre.gob.mx/was\\_eng/index.php?option=displaypage&Itemid=71&op=page&SubMenu=](http://portal.sre.gob.mx/was_eng/index.php?option=displaypage&Itemid=71&op=page&SubMenu=)

<sup>3</sup> Развод по зарубежному законодательству. – URL: <http://19ye.ru/razvod-po-zarubezhnomu-zakonodatelstvu/>

Правила развода, касающиеся подачи заявления на развод при условии супружеской измены одной из сторон, урегулированы отдельно. В данном случае необходимо представить доказательства, подтверждающие наличие факта внебрачного сожительства. Если сторона представит такие доказательства, то она будет считаться потерпевшей при процессе развода. В данном случае потерпевшая сторона может по запросу получить право опеки над детьми, кроме того, в случае наличия внебрачного сожительства обе стороны не имеют права вновь заключать брак друг с другом в течение ещё двух лет.

Поводами к разводу, согласно мексиканскому законодательству, являются следующие:

- 1) муж заставляет жену заниматься проституцией;
- 2) один из супругов заставил другого совершить преступление;
- 3) один из супругов развращает детей;
- 4) один из супругов имеет инфекционное, наследственное или неизлечимое заболевание;
- 5) если один из супругов выгнал без основания другого из дома;
- 6) один из супругов осуществляет насильственные действия над другим супругом и (или) детьми;
- 7) супруг отказывается выделять деньги на покрытие расходов на детей;
- 8) один из супругов приговорен к тюремному заключению более двух лет за совершение преступления;
- 9) один из супругов является алкоголиком, наркоманом или пристрастился к азартным играм;
- 10) супруги проживают раздельно в течение более двух лет по каким-либо другим причинам<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ana Marcela Vázquez Lizárraga*. Los 3 tipos de divorcio. – URL: <http://mexico.thebeehive.org/civic-rights/actas-y-documentos/divorcio/los-3-tipos-de-divorcio>

Этот процесс, как отмечают мексиканские юристы, является очень дорогим и может затянуться на годы. Минимальный срок подобного бракоразводного процесса составляет один год<sup>1</sup>.

Второй тип развода – *Voluntario*. Это тип развода, при котором спора между разводящимися нет, при этом они сами согласны со всеми условиями развода и, как правило, имеют соглашение о разделе имущества.

В соглашении должно быть прописано следующее:

- Кто будет заботиться о детях супругов во время бракоразводного процесса и после него.
- Где будет находиться каждый из супругов во время бракоразводного процесса.
- Сумма алиментов, подлежащая выплате одним из супругов к другому, для содержания своих детей (как во время бракоразводного процесса, так и после него).
- То, как они будут делить имущество<sup>2</sup>.

В данном случае суд рассматривает это соглашение и выносит решение, проведя несколько заседаний со сторонами, чтобы определить, на самом ли деле они со всем прописанным в соглашении согласны. Судья, как правило, назначает две подобные встречи. Органы опеки и попечительства также принимают участие в этом виде развода, чтобы защитить интересы несовершеннолетних детей. Срок от подачи иска до вынесения решения о разводе при этом составляет 3-6 месяцев. Обязательным условием осуществления данного вида развода также является длительность брачных отношений (не менее одного года).

---

<sup>1</sup> *Adriana Perez Flores*. Know The Law In Mexico – Marriage And Divorce In Mexico. – URL: <http://www.mexconnect.com/articles/1818-know-the-law-in-mexico-marriage-and-divorce-in-mexico>

<sup>2</sup> *Ana Marcela Vázquez Lizárraga*. Los 3 tipos de divorcio. – URL: <http://mexico.thebeehive.org/civic-rights/actas-y-documentos/divorcio/los-3-tipos-de-divorcio>

Первым делом после подачи иска уполномоченный социальный работник должен провести опрос и составить социально-экономический отчет. Это необходимо, чтобы определить состояние обоих супругов, их уровень жизни и предоставить судье необходимую финансовую информацию о супругах, чтобы он мог определить размер алиментов, а также сторону, которая эти алименты будет получать<sup>1</sup>. В Мексике обе стороны в браке имеют право на алименты. Чтобы присудить алименты той или иной стороне, судья должен принимать во внимание все доказательства, которые будут ему предоставлены. Среди наиболее важных: социально-экономический отчет, о котором говорилось выше, размер дохода стороны, которая будет выплачивать алименты, возраст сторон и продолжительность их брака. Вынесенное судом решение не является окончательным, и его впоследствии можно обжаловать либо позже подать ещё один иск, с просьбой уменьшить или увеличить размер алиментов.

Что касается раздела имущества, то здесь в первую очередь судья должен обратить внимание на брачный контракт, если таковой был заключен между сторонами. Данный контракт должен заключаться у государственного нотариуса<sup>2</sup>. В данном случае судья при разделе имущества должен руководствоваться непосредственно волей сторон, прописанной в данном контракте.

Также в праве Мексики существует и общность владения имуществом. Данная конструкция применяется, если между сторонами не было заключено брачного контракта. В таком случае ценность всех вещей, находящихся в собственности, определяется в соответствии с законом, и каждая

---

<sup>1</sup> *Adriana Perez Flores*. Know The Law In Mexico – Marriage And Divorce In Mexico. – URL: <http://www.mexconnect.com/articles/1818-know-the-law-in-mexico-marriage-and-divorce-in-mexico>

<sup>2</sup> El Notario Público. Función y desarrollo histórico. – URL: <http://www.monografias.com/trabajos20/notario-publico/notario-publico.shtml>

из сторон получает половину от того, что было приобретено супругами в течение того срока, как они состояли в браке.

В каждой стране есть законы, которые привязывают суд к тому или иному законодательству, если стороны разведутся в другой стране, в отличие от страны заключения брака. И Мексика – не исключение. В частности, в Мексике действует правило международного частного права, которое гласит, что судья должен руководствоваться теми нормами права, которые существуют в стране заключения брака, а также должен вынести решение в соответствии с правилами страны заключения брака<sup>1</sup>.

Кроме того, в Мексике также существует определенное правило для иностранцев. Во-первых, чтобы заключить брак или развестись с уроженцем Мексики на её территории, необходимо получить разрешение от службы иммиграционного контроля<sup>2</sup>. Также подобное разрешение необходимо и для развода с другим иностранным гражданином.

Что касается законодательств отдельных штатов, то в Мехико был принят закон, защищающий домработниц от неблагоприятных последствий развода<sup>3</sup>. Закон устанавливает, что в случае если один из супругов работает, а второй выполняет работу по дому, то он может рассчитывать на долю собственности работающего супруга, которая варьируется от 1 до 50 процентов<sup>4</sup>. Таким образом закон уравнивает при разводе имущественные права работающих лиц и тех, кто

---

<sup>1</sup> *Beaulne J.* Divorce Laws for Mexican Marriages. Consequences of Marriage or “Living in Sin” at Time of Separation. – URL: <http://www.bajainsider.com/baja-life/general-information/divorce-laws-mexico.htm>

<sup>2</sup> DIVORCE PROCEEDINGS IN MEXICO. – URL: [http://portal.sre.gob.mx/was\\_eng/index.php?option=displaypage&Itemid=71&op=page&SubMenu=](http://portal.sre.gob.mx/was_eng/index.php?option=displaypage&Itemid=71&op=page&SubMenu=)

<sup>3</sup> New Divorce Law Takes Effect in Mexico City. – URL: <http://www.laht.com/article.asp?ArticleId=402895&CategoryId=14091>

<sup>4</sup> New Divorce Law Takes Effect in Mexico City. – URL: <http://www.laht.com/article.asp?ArticleId=402895&CategoryId=14091>

осуществлял работу по дому, т.е. формально не приносил дохода в общее имущество семьи.

Одним из самых недавних и интересных изменений в законодательстве о браке явилась реформа Гражданского кодекса. В ее результате были введены так называемые возобновляемые браки<sup>1</sup>. Смысл этих браков состоит в том, что стороны заключают возобновляемый брак на два года, и по истечении этого срока они могут продлить брак или отказаться от его продления. Это было принято, чтобы уменьшить количество разводов и, самое главное, убрать саму процедуру развода, которая занимает много времени. То есть таким образом фактически заключившие брак лица имеют возможность в течение двух лет проверить свои чувства и расстаться, минуя процедуру развода. Однако два года – это минимальный срок, и стороны вольны заключить подобный договор и на более длительное время<sup>2</sup>.

Также не так давно, в апреле 2012 года, в Мехико были приняты поправки к ст. 2364 и 2366 ГК, в результате чего появился и третий вид разводов – Divorcio Administrativo (административный развод), или Express, развод, созданный для того, чтобы пара могла избежать эмоционального и сопутствующего ущерба, порождаемого затяжными бракоразводными процессами<sup>3</sup>.

Этот развод проводится в судебном порядке при условии, что:

- оба супруга должны согласиться на развод;
- оба должны быть совершеннолетними и не иметь общих детей;

---

<sup>1</sup> [http://adventisty.ru/test/index.php?ELEMENT\\_ID=36858](http://adventisty.ru/test/index.php?ELEMENT_ID=36858)

<sup>2</sup> Marriage and Divorce in Mexico. – URL: <http://www.canadainternational.gc.ca/mexico-mexique/consul/mardiv.aspx?view=d>

<sup>3</sup> Aprueban divorcio exprés en Edomex. – URL: <http://edomex.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/d2475c80489c8c36fa2e76d7142e05ee>

- супруги имеют договоренность о том, как будет разделено общее имущество;
- оба супруга должны лично подать заявление о разводе судье;
- они должны состоять в браке не менее одного года;
- супруги должны отправить заверенные копии своего свидетельства о браке и свидетельств о рождении, чтобы подтвердить, что они достигли установленного законом возраста во время заключения брака, а также представить документы, удостоверяющие их личность.

Если поданные документы соответствуют всем судебным требованиям, судья делает запись об открытии бракоразводного дела, после чего через 15 дней супруги подтверждают свое намерение развестись и судья выносит решение о прекращении брака<sup>1</sup>.

В семейном законодательстве Мексики нет определения «расторжение брака», вся суть нормативного установления сводится к определению его процедуры. Из этого следует то, что как раз путем установления условий и процедуры развода проявляется действие механизма правового воздействия на институт развода. При этом создание сложных юридических процедур для расторжения брака не имеет прямой связи с достижением государством цели сохранения семьи, поскольку вне зависимости от существования брачных правоотношений семья может существовать. Мы считаем, что именно исходя из интересов и государства, и частных лиц в Мексике с течением времени был создан судебный порядок развода, имеющий настолько простую процедуру проведения.

---

<sup>1</sup> *Ana Marcela Vázquez Lizárraga*. Los 3 tipos de divorcio. – URL: <http://mexico.thebeehive.org/civic-rights/actas-y-documentos/divorcio/los-3-tipos-de-divorcio>

## РАЗДЕЛ 6

### МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

*Ситкарева Е.В.*<sup>1</sup>

#### **МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО В СТРАНАХ ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ КОДИФИКАЦИИ<sup>2</sup>**

Неоспоримым фактом является внесение латиноамериканскими юристами огромного вклада в развитие международного частного права. Свидетельством этого является продолжающийся процесс кодификации международного частного права в странах Латинской Америки.

В мире нет единого подхода к определению международного частного права, поскольку круг правовых норм, направленных на определение применимого правопорядка к отношениям трансграничного характера, зависит именно от предмета регулирования. Подход к пониманию международного частного права в странах Латинской Америки отличается от того, который является традиционным для российской доктрины. Международное частное право понимается как система принципов, определяющих закон, применимый к правоотношению, один из элементов которого (субъект, объект, основание) является иностранным, поэтому связано более чем с одной юрисдикцией. Однако в каждом госу-

---

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права РУДН.

<sup>2</sup> В статье представлен анализ материала и ряд выводов, подготовленных в рамках разработки исследовательского проекта № 11-03-00127а «Гражданское право стран Латинской Америки (теоретические проблемы кодификации)» по конкурсу РГНФ 2011 г.

дарстве существуют собственные нормы, регулирующие данное правоотношение, и только верховенство норм международного частного права может придать экстерриториальный характер действию иностранного закона.

МЧП связано не с публичной или политической сферой, а с проблемами и вопросами частного характера, встречающимися в жизни каждого человека. Относится к интересам индивидуального, частного характера, применяется к отношениям между отдельными физическими лицами и (или) корпорациями, включая государство, когда оно выступает в качестве юридического лица, субъекта права, не обладающего властью или суверенитетом.

Наибольшее признание в правовой доктрине этих стран получила концепция известного политика и правоведа Антонио Санчес де Бустаманте-и-Сирвен<sup>1</sup> (Sanchez de Bustamante y Sirven), что предопределило и развитие правового регулирования в рассматриваемой сфере. Так, следуя концепции Бустаманте, МЧП объединяет принципы, которые определяют границы сферы компетенции законодательства государства, когда регулирование может быть подчинено более чем одной юрисдикции. Для Бустаманте целью международного частного права является установление пределов в пространстве законодательной компетенции государства. Поэтому в Кодекс МЧП, получивший его имя, вошли положения, посвященные определению применимого права не только в сфере гражданского (Книга I) и торгового права (Книга II), но и уголовного права (Книга III), а также судопроизводства (Книга IV). Подготовленный в 20-е годы прошлого века Кодекс Бустаманте, отражая подходы того времени, был направлен на установление пространственных экстерриториальных пределов действия внутреннего законодательства, регулирующего отношения, участником которых является

---

<sup>1</sup> <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/86359/Antonio-Sanchez-de-Bustamante-y-Sirven>

лицо с частными интересами, посредством принятия единых правил, закрепленных в международном соглашении, т.е. имеющем большую силу по сравнению с внутренним законом.

Другая, получившая распространение в более позднее время концепция Хосе Мигель Ихемендия Гарсия (José Miguel Echemendía García), в понимании МЧП исходит из объекта регулирования, когда один из элементов правоотношения находится за рубежом. Для Ихемендия основная роль в достижении единства и гармонизации законодательства должна принадлежать международным организациям. Международному частному праву присуще стремление к универсализации, которая может быть достигнута разработкой типовых правовых документов, включающих как правовые нормы прямого применения, так и единообразные коллизионные нормы. В правовой науке стран Латинской Америки МЧП – это совокупность конкретных приёмов, способов и средств юридического воздействия, направленного на преодоление коллизий права разных государств.

Латиноамериканские страны традиционно всегда стремились к региональной интеграции; унификация международного частного права рассматривалась латиноамериканскими юристами как средство укрепления связей между государствами Латинской Америки, преодоления экономической нестабильности, организации эффективного хозяйственного оборота.

Закон – это основной и наиболее важный источник международного частного права. Принимая во внимание, что каждое государство имеет собственное законодательство, через систему коллизионных норм, определяется регулирование частнопровых отношений транграничного характера. И только верховенство закона обеспечивает ограничения в применении иностранного права.

С учетом различий в институтах международного частного права в разных странах Латинской Америки, возникает необходимость международной кодификации, т.е. разработ-

ки стандартов и правил, общих для двух и более стран в разрешении конфликта законов. Договоры зависят от степени развития законодательства в каждой отдельной стране и особенностей ее внутреннего права. Имеются определенные пределы для возможности осуществления указанных процессов. В противном случае, если различий нет, то и нет необходимости в международном регулировании, но если различия слишком велики, то сторонам не удастся договориться.

Еще в 40-е гг. XX века Квинтин Альфонсин (Уругвай) высказывался о необходимости освобождения международных контрактов от особенностей национальных законов. По его мнению, ни один из имеющихся коллизионных критериев: ни *lex personalis*, ни *lex loci contractus*, ни *lex solutionis* – не может удовлетворительно разрешить проблему. Он полагал, что правом, регламентирующим международные сделки, должно быть (по его терминологии) подлинно «международное частное право» вненационального характера, а основным препятствием применения данного принципа он считал отсутствие надлежащего органа, который формулировал бы соответствующие правила<sup>1</sup>.

Во второй половине XX века региональная унификация в Латинской Америке продолжает ограничиваться в основном сферой коллизионного права, однако она приобретает более целенаправленный характер. Латиноамериканскими странами обсуждалась возможность гармонизации положений Кодекса Бустаманте с положениями договоров Монтевидео 1940 г. и с первым американским Сводом коллизионных норм. Ведущая роль в этом процессе принадлежала созданной в 1948 г. Организации американских государств<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Alfoncin Q.* Teoría del Derecho Privado Internacional. – Montevideo, 1955. – P. 19.

<sup>2</sup> См.: *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. – М.: Статут, 2002.

Не следует ставить знак равенства между гармонизацией, унификаций и кодификаций международного частного права. Принятие международных соглашений по отдельным сферам отношений в рамках МЧП позволяет говорить лишь об унификации нормативного регулирования на международном уровне. При имплементации определенных положений в национальное законодательство наблюдается скорее процесс гармонизации, позволяющий избежать «коллизий коллизий».

В настоящее время позиция американских стран в международных соглашениях в сфере международного частного права характеризуется следующими чертами.

- Страны, связанные Кодексом Бустаманте: Боливия, Бразилия, Коста-Рика, Куба, Чили, Эквадор, Сальвадор, Гватемала, Гаити, Гондурас, Никарагуа, Панама, Перу, Доминиканская Республика и Венесуэла.

- Страны, связанные договором Монтевидео: Аргентина, Уругвай, Перу, Парагвай, Боливия и Колумбия.

- Страны с двойной основой международного права: Перу и Боливия (договоры Монтевидео и Кодекс Бустаманте).

- Страны, не связанные международными соглашениями: Мексика и Соединенные Штаты Америки.

Наиболее значительный вклад в процесс кодификации МЧП внесли панамериканские конференции. На 6-м панамериканском конгрессе в Гаване был принят важный кодифицированный акт – Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте), являющийся приложением к Конвенции о международном частном праве (Гавана, 20 февраля 1928 г.). Кодекс Бустаманте предусматривает комплексное регулирование вопросов гражданского, коммерческого, уголовного права.

Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте), изданный как Приложение к Гаванской конвенции 20 февраля 1928 г. официально издан на четырех языках: англ-

лийском, испанском, французском, португальском, был назван в честь автора и редактора проекта, известного кубинского правоведа. Санчес де Бустаманте-и-Сирвен (Sanchez de Bustamante y Sirven) Антонио (1865-1951) – кубинский юрист и дипломат, профессор международного права. Представитель Кубы на 2-й Гаагской конференции мира (1907), на Парижской мирной конференции (1919) и на 6-м Панамериканском конгрессе (1928). Получили известность его труды в области международного публичного и международного частного права, в том числе «О публичном порядке в международном частном праве» (1893), «О Панамском канале и международном праве» (1895), «О начале автономии в международном частном праве» (1914), «О постоянной палате международного правосудия» (1923 и 1925), «О международном воздушном праве» (1945) и др.<sup>1</sup>

Кодекс Бустаманте начинается Вступительным разделом, содержащим Общие правила, и состоит из 4 книг: Книга I «Международное гражданское право», Книга II «Международное торговое право», Книга III «Международное уголовное право», Книга IV «Международный процесс».

Ввиду не повсеместного применения Кодекса Бустаманте на 7-й международной американской конференции (Монтевидео, 1933 г.) наблюдается появление новой тенденции в унификации международного частного права: начинают преобладать инициативы по постепенной и отраслевой кодификации.

Унифицированные международно-правовые нормы Кодекса Бустаманте, направленные на регулирование трансграничных частноправовых отношений, послужили основой для последующей национальной кодификации МЧП.

---

<sup>1</sup> Энциклопедия юриста. – М., 2005.

Современное понимание кодификации, да и сами процессы, которые она отражает, не позволяют сводить ее понимание лишь к систематизации нормативного материала. В результате осуществления процесса кодификации кроме формирования структуры кодифицированного акта следует отметить наличие более глубоких процессов, затрагивающих само содержание правовых норм, регулирующих те или иные правоотношения. Нормативный материал не только систематизируется, он перерабатывается, согласовывается, становясь единым целым. Именно содержательная часть позволяет утверждать, что результатом проведенной кодификации можно признать не только случаи принятия единого нормативного акта, регулирующего определенную сферу отношений, такого как кодекс. Но и планомерное реформирование отдельных частей отраслевых нормативных актов, подведенных под один знаменатель, обладающее логикой, структурированностью, единым понятийным аппаратом. Такого рода процессы можно характеризовать как кодификацию.

Эти подходы можно выявить прежде всего при анализе кодификации международного частного права, поскольку в различных правовых порядках можно наблюдать различные подходы к систематизации норм, регулирующих частные отношения трансграничного характера. Так, в отдельных странах приветствуется принятие отдельного документа, объединяющего правовые нормы, относящиеся к сфере международного частного права, в отдельных случаях включая и так называемый международный гражданский процесс, а в ряде случаев и уголовный процесс при наличии в таком правоотношении иностранного элемента. Указанный акт может как называться кодексом, так и именоваться законом о МЧП. Определяющим процесса кодификации является внутреннее единство указанного акта, его структура, взаимо-

связь и взаимозависимость (взаимодействие) его отдельных положений. В то же время нельзя не согласиться, что иная юридическая техника, в результате которой нормы МЧП разбросаны в различных национальных отраслевых актах, также заслуживает поддержки и признания. О кодификации МЧП в указанном случае позволяют говорить все те же признаки: единство подходов к регулированию, внутренняя связь (Савиньи), взаимосвязь и взаимодействие указанных норм, единство системы, формы, терминологии. Основной и отличительной чертой кодификации будет такая переработка нормативного материала, которая влечет за собой изменение регулирования или подходов к регулированию

Таким образом, к обязательным атрибутам кодифицированного акта о МЧП следует отнести: 1) полноту правового регулирования, охватывающего широкую сферу наиболее важных трансграничных частноправовых отношений; 2) общность руководящих принципов; 3) целостность формы, достигаемой с помощью особого порядка изложения правового материала, 4) общность понятийно-категориального аппарата<sup>1</sup>.

Анализируя правовую доктрину в сфере международного частного права в странах Латинской Америки, можно сделать вывод, что авторы в указанных странах оперируют термином «кодификация» применительно к процессам, проходящим в целях гармонизации и унификации правовых норм, применимых к отношениям частноправового характера или участниками которых являются частные лица, трансграничного характера. Можно сказать, что кодификация международного частного права в современном понимании является не только формой, но и содержанием гармонизации и унификации норм, относимых к международному частному праву.

---

<sup>1</sup> Крутий Е.А. Современные кодификации международного частного права: Дис. ... к.ю.н. – 2012.

*Пономарева О.С.*<sup>1</sup>

## **КОДЕКС БУСТАМАНТЕ: ПУТЬ К СОЗДАНИЮ И ЗНАЧЕНИЕ**

Унификация международного частного права в Латинской Америке имеет глубокие исторические корни и на протяжении времен рассматривалась латиноамериканскими юристами в качестве средства укрепления связей между государствами Латинской Америки<sup>2</sup>.

Эта статья описывает изменения в истории унификации международного частного права, содержание Кодекса Бустаманте и его значение для стран Латинской Америки на данный момент.

Латиноамериканская правовая унификация берет свое начало в древнем обычном и колониальном королевском праве, а сама унификационная модель Латинской Америки характеризуется эклектичностью, т.е. соединением и взаимодействием между собой различных правовых систем и культур при создании единообразных правил поведения. Древнее право народов Латинской Америки было направлено прежде всего на регулирование уголовных правоотношений, но во времена колонизаций из Испании и Португалии была перенята Латиноамериканским континентом континентальная правовая культура, основанная на римской правовой традиции<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Студентка юридического факультета РУДН; научный руководитель – к.ю.н., доцент Е.В. Ситкарева.

<sup>2</sup> *Жидков О.А.* История государства и права стран Латинской Америки. – М., 1967. – С. 67.

<sup>3</sup> *Гарсия-Гарридо М.Х.* Римско-правовое наследие в кодексах Латинской Америки // Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права: Материалы заседаний IV Международной конференции. – Москва – Иваново – Суздаль, 25-30 июня 2006 г. – С. 5.

Первой формой унификации международного частного права в истории Латинской Америки стали международные торговые обычаи и обыкновения, сыгравшие большую роль и в формировании международного торгового права.

Главной формой унификации, или способа существования единообразных правовых норм, международного частного права в Латинской Америке является договорная (конвенционная) форма, но так было не всегда. После первой попытки создания единой системы законодательства на территории южноамериканских государств, предпринятой еще в первой половине XIX века Симоном Боливаром, руководителем борьбы за независимость испанских колоний, в 1890-1940 гг. велись работы над проектами кодексов международного публичного и частного права. Но такая задача оказалась невыполнимой для государств Латинской Америки из-за различий в национальных законодательствах, которые не могли быть устранены, и от идеи создания кодексов отказались<sup>1</sup>.

Знаменитый Кодекс Бустаманте<sup>2</sup>, или Конвенция о международном частном праве был создан в 1928 г., в период между проведением первой Конференции американских государств (1890) и созданием Организации американских государств (ОАГ) в 1948 г. Он является одной из наиболее значительных региональных кодификаций международного частного права. Кодекс был назван в честь кубинского юриста Антонио Санчеса де Бустаманте<sup>3</sup> и состоит из 437 статей, разделенных на предварительную часть и четыре книги (международное гражданское право, международное торговое

---

<sup>1</sup> Унификация права стран Латинской Америки. Ч. I, II. Обзорная информация. Вып. 9 / Отв. ред. А.Л. Маковский. – М., 1991. – С. 7.

<sup>2</sup> Конвенция о международном частном праве 1928 г. – URL: <http://russia.bestpravo.ru/fed1991/data04/tex17993.htm>

<sup>3</sup> Рафалюк Е.Е. Унификация международного частного права в странах Латинской Америки: история и современность // Журнал российского права. – 2010. – № 5.

право, международное уголовное право и международное процессуальное право).

Однако при более пристальном взгляде на его положения оказывается, что он создает только видимость единообразного регулирования. В Кодексе решение некоторых вопросов процессуального права, учитывая различные подходы латиноамериканских государств, возлагается на внутренние законодательства государств-членов. Но, несмотря на компромиссную позицию в некоторых вопросах, не все страны были готовы подписать его на всех условиях.

Эквадор, Куба, Гватемала и Панама ратифицировали его в полном объеме. Бразилия отказалась ратифицировать ст. 52-53, касающиеся разлучения и развода.

Венесуэла отказалась от принятия статей, касающихся пожизненного заключения, по причине того что во внутреннем законодательстве нет пожизненного лишения свободы. Также оставила за собой право применения ст. 16-18, 24, 35, 39, 43, 44, 49, 50, 57, 58, 62, 64, 65, 67, 70, 74, 87, 88, 139, 144, 157, 174, 247, 248, 301, 324, 348, 360, 378 и от 423 до 435 по своему усмотрению.

Республика Гаити согласилась ратифицировать кодекс с оговорками к ст. 383, 385-387, касающимся международного гражданского процесса.

Доминиканская Республика сделала оговорку о верховенстве своего национального законодательства во всех вопросах, связанных со статусом и дееспособностью своих граждан, где бы они ни проживали, а также касающихся принадлежности юридического лица к определенному государству.

Сальвадор сделал оговорки относительно:

1) ст. 44, 146, 176, 232 и 233, касающихся личного закона физического лица;

2) относительно последнего абзаца ст. 187, касающейся брачного договора (в отношении имущества, находящегося в Сальвадоре, прав и обязанностей супругов, предоставлен-

ных законодательством иностранного государства (они будут признаны в Сальвадоре, только если будут подтверждены договором с соблюдением всех требований законов Сальвадора));

3) ст. 327-329 (рассмотрения в иностранных судах дел, касающихся недвижимости, расположенной в Сальвадоре, является неприемлемым);

4) Кодекс не ограничивает законодательную власть (т.е., последующим могут издаваться законы, противоречащие Кодексу).

Аргентинская делегация в оговорках указывала, что понимает, что кодификация международного частного права должна быть «постепенной и прогрессивной», особенно в отношении учреждений, которые имеют аналогичные формы и особенности в странах Латинской Америки.

Аргентина согласилась принять все принципы, стремящиеся признать за женщинами те же гражданские права, что предоставлены мужчинам. Но отказалась ратифицировать «все то, что противоречит тексту и духу аргентинского гражданского законодательства», в первую очередь принципы, которые изменяли личный закон физического лица. Таким образом, личным законом физического лица остался принцип *lex nationalis*, как это и предусматривалось ранее законодательством Аргентины.

Также не было дано согласие ратифицировать статьи, которые:

1) допускали или склонны были одобрять развод или расторжение брачной связи (*vinculum*);

2) разрешали вмешательство дипломатических или консульских работников в дела о наследовании (в случаях, если наследником или наследодателем является иностранный гражданин или юридический факт произошел на территории иностранного государства), за исключением таких принципов, которые уже существовали в законодательстве Аргентины;

3) касались правового регулирования вексельного и чекового обращения и те, которые могли изменить критерии, принятые на предыдущих всемирных конференциях, таких как Гаагские конференции 1910 и 1912 годов;

4) регулирующие международные вопросы труда и юридический статус трудящихся.

Аргентина сделала специальную оговорку о вопросах, касающиеся применения *lex flagi*, так как считала, что данные отношения должны быть подчинены закону и юрисдикции страны и порта назначения. Этот принцип был успешно поддержан аргентинским отделением Ассоциации международного права, на 31-й сессии, и сейчас является одним из «*Buenos Aires rules*». Аргентина после подписания так и не ратифицировала Кодекс Бустаманте.

Кодекс был ратифицирован: Боливией, Бразилией, Венесуэлой, Гаити, Гватемалой, Гондурасом, Доминиканской Республикой, Коста-Рикой, Кубой, Никарагуа, Панамой, Перу, Чили, Сальвадором и Эквадором<sup>1</sup>.

Колумбия, Мексика, Парагвай, США и Уругвай отказались от подписания. Из пятнадцати стран, которые ратифицировали Кодекс Бустаманте, девять стран сделали различные оговорки к нему, а пять из этих девяти стран сделали беспрецедентную оговорку о том, что они не обязаны применять Кодекс в тех вопросах, в которых он входит в противоречие с местным законодательством<sup>2</sup> (Коста-Рика, Колумбия, Чили, Боливия, Никарагуа, Сальвадор)<sup>3</sup>. В настоящее время

---

<sup>1</sup> A-31: CONVENTION ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (BUSTAMANTE CODE). – URL: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-31.html>

<sup>2</sup> *Alejandro M. Garro* Unification and Harmonization of Private Law in Latin America // *The American Journal of Comparative Law*. – Vol. 40. – No. 3. (Summer, 1992). – P. 587-616. – Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-919X%28199222%2940%3A3%3C587%3AUANOPL%3E2.0.CO%3B2-3>

<sup>3</sup> A-31: CONVENTION ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (BUSTAMANTE CODE). – URL: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-31.html>

Кодекс Бустаманте сохранил значение действующего источника внутригосударственного права на Кубе<sup>1</sup>.

Кодекс Бустаманте был создан на одной из еще довоенных межамериканских конференций и отражает регулирование отношений по состоянию на середину первой половины XX века. Применительно к своему времени он представлял определенный итог развития международного частного права, но время идет, общество развивается, и появляются новые общественные отношения. После Второй мировой войны произошло устаревание норм, содержащихся в этом кодексе, в связи с чем страны, ратифицировавшие в свое время этот кодекс, вынуждены были приводить действующие нормативно-правовые акты в соответствие с изменениями в общественных отношениях (только за период с 1975 по 2002 г., в соответствии с новыми подходами к унификации международного частного права, на специализированных межамериканских конференциях принято 26 межамериканских конвенций).

В современных условиях межамериканские конвенции выполняют ряд задач: служат модельным законодательством для национальных систем международного частного права Латинской Америки и для права интеграционных объединений; не вступившие в силу договоры применяются как обычай<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Юридический словарь. – URL: [http://jur-slovarik.info/Юридический\\_словарь/7524/Кодекс\\_Бустаманте](http://jur-slovarik.info/Юридический_словарь/7524/Кодекс_Бустаманте)

Словарь терминов и определений по юриспруденции. – URL: [http://jur-slovarik.info/%D0%AE%D1%80%D0%B8%D0%B4%D0%B8%D1%87%D0%B5%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9\\_%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%80%D1%8C/7524/%D0%9A%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D1%81\\_%D0%91%D1%83%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D1%82%D0%B5](http://jur-slovarik.info/%D0%AE%D1%80%D0%B8%D0%B4%D0%B8%D1%87%D0%B5%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9_%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%80%D1%8C/7524/%D0%9A%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D1%81_%D0%91%D1%83%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D1%82%D0%B5)

<sup>2</sup> *Garro A.M.* Armonizacion y unificacion del Derecho internacional privado en America Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. – Rome, 1993. – URL: <http://www.law.columbia.edu>

Как говорилось раньше, договорная форма является главной формой унификации МЧП, модельная же форма унификации МЧП, в силу ее специфики (страны принимают лишь сходные по содержанию нормативные акты в системе внутреннего законодательства), в Латинской Америке не так распространена. Это объясняется тем, что латиноамериканские государства хотят достичь наибольшей степени единообразия при регулировании отношений с иностранным элементом, а также стабильности этих отношений<sup>1</sup>. Однако в последние годы, в условиях поиска более гибких подходов, все чаще используется модельная форма унификации, о чем свидетельствует принятие Межамериканского модельного закона на VI Межамериканской конференции по МЧП в 2002 г.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Rodriguez M.A.* Las Conferencias Interamericanas especializadas en Derecho Internacional Privado (CIDIP). – URL: [www.w3.uniroma1.it](http://www.w3.uniroma1.it)

<sup>2</sup> Ley Modelo Interamericana sobregarantias mobiliarias. – URL: <http://www.oas.org>

**РАЗДЕЛ 7**  
**ГРАЖДАНСКОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО**  
**В ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКЕ**  
**И ПРОБЛЕМЫ КОДИФИКАЦИИ**

*Ермакова Е.П.*<sup>1</sup>

**ИСТОРИЯ КОДИФИКАЦИИ**  
**ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА**  
**В СТРАНАХ ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ:**  
**ОБЩИЙ ОБЗОР**<sup>2</sup>

Историю становления и развития национального права стран Латинской Америки принято подразделять на четыре основных периода: 1) доколониальный период; 2) колониальный период; 3) период становления национальных государств; 4) современный период.

Указанные выше периоды называют многие латиноамериканские процессуалисты<sup>3</sup>. В частности, такая периодизация содержится в докладе «Реформы гражданского судопроизводства в Латинской Америке», сделанном профессором Эдуардо Отейза (Аргентина) в 2009 г. на конференции Международной ассоциации процессуального права в То-

---

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права РУДН.

<sup>2</sup> В статье представлены выводы исследовательского проекта № 11-03-00127а «Гражданское право стран Латинской Америки (теоретические проблемы кодификации)» по конкурсу РГНФ 2011 г.

<sup>3</sup> *Favela J.O.* La introducción del material fáctico en el proceso civil [Pdf] // <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/131/art/art6.pdf>

ронто<sup>1</sup>. Такую же периодизацию предлагает известный уругвайский ученый – автор Иберо-американского модельного ГПК Энрике Вескови в своем труде «Теория гражданского процессуального права стран Латинской Америки» (1978)<sup>2</sup>.

Латиноамериканские исследователи называют доколониальное право правом «до Кортеса» (*derecho precortesiano*). Сохранились сведения о рассмотрении споров у ацтеков и инков. Наиболее полное исследование права ацтеков содержится в трудах мексиканского ученого Карлоса Альба.

**Колониальный период.** Страны Латинской Америки были завоеваны испанскими конкистадорами в XVI веке. Например, Колумбия – в 1530 г., после чего страна получила название Новая Гранада. В колониальный период с 1537 г. на испанскую Америку было распространено законодательство Кастильи – крупнейшей исторической области Испании. Наиболее известными нормативными актами того времени являются сборники: «Фуэро Хузго» (*Fuero Juzgo* – VII в.); «Фуэро реаль» (*Fuero Real* – 1225 г.), «Семь Партид» (*Libro de las Leyes – Las Siete Partidas* – 1263 г.), Законы Торо (*Leyes de Toro* – 1505 г.).

**Сборник «Фуэро Хузго»** имел другое название – «Книга судей» (*Libro De Jueces*). Сборник состоял из 12 книг, регулирующих отдельные процессуальные институты<sup>3</sup>.

**Сборник «Фуэро реаль»** (*Fuero Real* – 1225 г.) представлял собой собрание (компиляцию) законодательства испанской провинции Кастилья. Сборник состоял из законов

---

<sup>1</sup> *Oteiza E.* Civil procedure reforms in Latin America // <http://www.iapl2009.org/documents/3bEduardoOteiza.pdf> Argentina. [www.jursoc.unlp.edu.ar](http://www.jursoc.unlp.edu.ar)

<sup>2</sup> *Vescovi E.* Elementos para una teoria general del proceso civil latinoamericano. – Mexico, 1978. – P. 1-23.

<sup>3</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba. – Buenos Aires, Argentina: Driskiel S.A., 1982. – T. XII. – P. 751.

*Decker Morales José.* Veinticuatro Temas De Derecho Procesal Civil. – Cochabamba, Bolivia: s.p.e., 1995. – P. 65, 66.

и других актов короля Альфонсо X, короля Санчо IV и короля Фернандо IV<sup>1</sup>.

**Законы Торо** (Leyes de Toro – 1505 г.) – получили свое наименование по месту их принятия, город Торо (Испания, провинция Замора). Законы Торо состояли из Ордонансов Медины 1489 г., Ордонансов Мадрида 1602 г. и Ордонансов Алькала 1507 г.<sup>2</sup>

Основу перечисленных актов составляет римское и каноническое право. Большинство национальных гражданских процессуальных кодексов было построено по образцу Третьей Партиды из Семи Партид 1263 г. Указанный сборник был подготовлен по приказу короля Испании Альфонса X и состоял из:

Партида I. «Закон и право». Сборник канонического права, включающий в себя религиозные нормы.

Партида II. Политическая и военная конституция Королевства, созданная под влиянием древних законов и обычаев, а также права провинции Кастилья.

Партида III. Нормы, регулирующие гражданское судопроизводство и судопроизводство, собственность и владение. Основу этих норм составляло римское и каноническое право.

Партида IV. Нормы, регулирующие брачно-семейные отношения. Были созданы под влиянием канонического права.

Партида V. Коммерсанты, контракты и торговое право. Нормы этой партии были созданы на основе римского права.

Партида VI. Наследственное право, опека над несовершеннолетними. Образцом для создания норм этой партии также послужило римское право.

---

<sup>1</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba. – P. 751.

<sup>2</sup> Там же.

Партида VII. Уголовное право. Основу норм уголовного права составляло римское право, каноническое право и право провинции Кастилья<sup>1</sup>.

Испанский король Альфонс X с помощью сборника «Семь Партид» 1263 г. пытался достичь законодательного единства королевства Испания, покончить с юридической анархией, которая имела место в каждой из испанских провинций.

В 1567 г. в Испании было закончено составление девятитомного собрания законов – «Новый свод» (Nueva Recopilación). С изданием «Нового свода» все не вошедшее в него законодательство отменялось.

В 1680 г. специально для испанских колоний в Америке была осуществлена официальная систематизация действующего законодательства «Свод законов королевств Индий» (Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias)<sup>2</sup>.

Слом феодальных правовых систем латиноамериканских государств начался в XIX веке в период освободительной войны против испанцев. Как отмечал О.А. Жидков, влияние испанского и португальского правового наследия, не потерявшего своего значения и после завоевания независимости, предопределило сами рамки развития национальных правовых систем в странах Латинской Америки, которые практически полностью сформировались в русле континентальной системы буржуазного права. Общая романская основа, единство понятийного аппарата и терминологии сделали возможным сравнительно легкое усвоение латиноамериканскими государствами в XIX, а затем и в XX веке правового

---

<sup>1</sup> См. об этом: *Bellido J.E., Frutos P.V.* (2004). Доступно по адресу: <http://consulex.com.ar/Documentos/Ano2/Apunte%20Historia%20del%20Der echo%20Argentino.pdf>

<sup>2</sup> *Decker Morales José.* Op. cit. – P. 67.

опыта и законодательства Франции, а также других стран Европейского континента (Италии, Германии, Бельгии и т.д.)<sup>1</sup>.

Аргентинский автор Эдуардо Отейза утверждает, что страны Латинской Америки в целом всегда следовали традиции континентального права, в меньшей степени – традиции общего права. Но территориальная, историческая, политическая, экономическая, культурная, социальная и языковая общность стран континента наложили своей отпечаток на формирование национальных правовых систем, которые нельзя отнести ни к континентальной правовой семье, ни к семье общего права<sup>2</sup>.

***Период становления национальных государств.***

В 1810 году стала независимой Республика Чили, в 1811 году – Парагвай, в 1821-м – Мексика, Перу и Гватемала, в 1822-м – Бразилия, в 1825-м – Боливия (колониальное название Верхнее Перу), в 1828 году – Уругвай.

В результате войны за независимость 1810-1819 гг. было образовано независимое государство Великая Колумбия. В 1811 году от Великой Колумбии отделилась Венесуэла. В 1830 году Великая Колумбия распалась на два государства – Эквадор и Новая Гранада (с 1886 г. – Республика Колумбия). Одной из последних в 1903 г. получила независимость Республика Панама, ранее также входившая в состав Великой Колумбии.

Как правило, после получения независимости все латиноамериканские государства принимали среди первых нормативных актов национальные конституции. Гражданские кодексы и гражданские процессуальные кодексы разрабатывались десятилетиями, и в период их подготовки на территории всех стран действовало старое колониальное право. На-

---

<sup>1</sup> Жидков О.А. Предисловие / Гражданское и семейное право развивающихся стран. Сборник нормативных актов. Гражданские кодексы стран Латинской Америки / Отв. ред. В.В. Безбах – М.: Изд-во УДН, 1988. – С. 3.

<sup>2</sup> Oteiza E. Op. cit. – P. 5.

пример, в Уругвае первый действительно национальный Гражданский процессуальный кодекс был принят в 1989 г. – через 161 год после получения независимости. До этого действовал ГПК 1877 г., который полностью копировал Закон о гражданском судопроизводстве Испании 1855 г.<sup>1</sup> В Сальвадоре первый национальный ГПК был принят в 2008 г. До этого действовал ГПК Сальвадора 1881 г., основанный на Законе Испании 1855 г.<sup>2</sup>

Наиболее известными национальными нормативными актами того времени являются:

1) *Закон о способах производства по торговым делам Великой Колумбии 1825 г.* Ley sobre el Modo de conocer y Proceder en los Negocios Conteciosos (современные государства Республика Колумбия, Республика Панама, Республика Венесуэла до 1811 г. и Республика Эквадор). Закон 1825 г. был основан на Части третьей «Семи Партид» (Libro de las Leyes – Las Siete Partidas – 1263 г.).

2) *Процессуальный кодекс Санта-Круз 1836 г.* (Codigo de procederes de Santa Cruz) (современные государства Республика Перу и Республика Боливия); Кодекс получил свое наименование по имени генерала Марисаль Андрес Де Санта-Круз, который принимал активное участие в его создании. Кодекс также был разработан на основе Части третьей «Семи Партид»<sup>3</sup>.

3) *Гражданский процессуальный кодекс Венесуэлы 1836 г. – Кодекс Арандо* (Codigo de procidimiento civil de Venezuela – Codigo de Arando) (современное государство Республика Венесуэла). Проект кодекса был подготовлен ве-

---

<sup>1</sup> *Vescovi E.* Elementos para una teoria general del proceso civil latinoamericano. – Mexico, 1978. – P. 1-23.; *Vescovi E.* La administracion de justicia en Uruguay // <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/474/10.pdf>

<sup>2</sup> См.: ст. 1 Преамбулы ГПК Сальвадора 2008 г. // <http://elsalvador.law.pro/Leyes/CDIGO%20PROCESAL%20CIVIL%20Y%20MERCANTIL.pdf>

<sup>3</sup> *Decker Morales José.* Veinticuatro Temas De Derecho Procesal Civil. – Cochabamba, Bolivia: s.p.e., 1995. – P. 66.

несуэльским ученым Франсиско Арандо. ГПК 1936 г. был создан на основе одного из проектов Гражданского процессуального кодекса Валенсии (провинции Испании)<sup>1</sup>.

4) *Гражданский процессуальный кодекс Чили 1837 г.* (современное государство Республика Чили). ГПК Чили 1837 г. также был создан по модели Части третьей «Семи Партид» (*Libro de las Leyes – Las Siete Partidas – 1263 г.*

Латиноамериканские исследователи отмечают, что все эти акты повторяли испанское право, а именно Часть третью «Семи партид» (*Libro de las Leyes – Las Siete Partidas – 1263 г.*)<sup>2</sup>.

Более того, *некоторые законы Испании имели прямое действие и после достижения латиноамериканскими странами независимости.* Так, в 1838 г. Конгресс Республики Венесуэла издал Закон, по которому наравне с Гражданским процессуальным кодексом Венесуэлы 1836 г. продолжали применяться:

- 1) законы Великой Колумбии до 1827 г.;
- 2) законы и декреты Испании до 1808 г.;
- 3) «Свод законов королевств Индий» 1680 г.;
- 4) «Новый свод» 1567 г.;
- 5) «Семь Партид» 1263 г.

Кроме права Испании на становление и развитие национального права стран континента оказало влияние французское право, главным образом Гражданский кодекс Наполеона 1804 г. Но не только идеи Великой французской революции, но и процессы конституционного становления США были восприняты в некоторых латиноамериканских государ-

---

<sup>1</sup> *Mario Liendo Seminario.* El Arbitraje en el Perú Republicano del siglo XIX. En: Revista del Magister en Derecho Civil, Escuela de Graduados, Pontificia Universidad Católica del Perú. – № 1. – Lima. – P. 147-148.

<sup>2</sup> *Monroy Galvez J.* Teoria general del proceso. – Lima, 2007. – P. 118-124.; *Troya Cevallos A.* Elementos de derecho procesal civil. – Т. 1. – Quito, 1978. – P. 89; *Penaherrera V.M.* Lecciones de derecho practico civil y penal. – Т. 1. – Quito, 1958. – P. 50-51.; *Vescovi E.* Elementos para una teoria general del proceso civil latinoamericano. – Mexico, 1978. – P. 1-23.

ствах. Как подчеркивает Эдуардо Отейза, «ст. 24 Конституции Аргентины 1853 года была полностью заимствована из Конституции США 1787 г. Верховный Суд Аргентины был точной копией Верховного суда США»<sup>1</sup>. Конституция Бразилии 1891 г. восприняла идею федеральной системы под непосредственным влиянием Конституции США.

Таким образом, в течение XIX и XX веков все страны Латинской Америки следовали французским традициям письменного кодифицированного права. Основной моделью для создания гражданских процессуальных кодексов на Латиноамериканском континенте были два испанских закона – Закон о гражданском судопроизводстве 1855 г. и Закон о гражданском судопроизводстве 1881 г.<sup>2</sup>

Что же представляло собой гражданское процессуальное право Испании середины XIX века? Это было феодальное право, основанное на *принципах письменности, формализма, оценки доказательств судом на основе системы тарификации доказательств*. И именно эти принципы были закреплены в национальных гражданских процессуальных кодексах латиноамериканских стран и продолжают свое действие до настоящего времени. Принцип письменности действует во всех национальных ГПК, за исключением Общего процессуального кодекса Уругвая 1989 г. В действующем Судебном кодексе Панамы 1985 г. до сих пор сохранена средневековая система тарификации доказательств.

***Современный период развития гражданского процессуального права стран Латинской Америки.*** Во второй половине XX века в Латинской Америки начинают происходить изменения, связанные с негативным отношением населения к законодательству бывшей метрополии – Испании. Правительства, научное и судейское сообщество стараются

---

<sup>1</sup> Oteiza E. Op.cit. – P. 7.

<sup>2</sup> Vescovi E. Elementos para una teoria general del proceso civil latinoamericano. – Mexico, 1978. – P. 1-23.

найти свой собственный путь в области нормативного регулирования гражданского судопроизводства.

В 1957 г. в Монтевидео (Уругвай) создается *Иbero-американский институт процессуального права*. В деятельности этой международной организации принимают участие не только латиноамериканские государства, но и европейские страны – Испания, Италия и Португалия. Одна из основных целей Института – унификация гражданского процессуального права в испано- и португалоговорящих странах.

Через 10 лет после создания Института в 1967 г. на конгрессах, проходивших в Каракасе (Венесуэла) и Валенсии (Испания), создаются рабочие группы по разработке *Иbero-американского модельного гражданского процессуального кодекса* (Codigo procesal civil modelo para Iberoamerica).

Проект кодекса был представлен профессорами Энрике Вескови, Луисом Торельо и Адольфо Бидартом на конгрессе в Риме в 1988 г. и полностью одобрен участниками конгресса<sup>1</sup>. Модельный гражданский процессуальный кодекс должен был стать вторым Кодексом Бустаманте (Модельный кодекс международного частного права), но только в области гражданского процесса.

В качестве основных образцов для создания Модельного кодекса были взяты ГПК Австрии 1895 г. и процессуальное право США.

Каковы же основные принципы, на которых построено Модельный ГПК? Их пять: 1) устность; 2) непосредственность; 3) концентрация процесса; 4) краткость; 5) гласность.

В изложении мотивов принятия Модельного ГПК указывалось, что судебное заседание – это центральный элемент гражданского процесса. Процесс, проходящий в судебном

---

<sup>1</sup> На конгрессе в Риме проекты модельного ГПК были представлены и другими латиноамериканскими учеными, но они не получили одобрения участников конгресса.

заседании, требует устности. Устный процесс – это единственный процесс, который позволяет добиться торжества справедливости, которого требует исполнение социальной функции процесса<sup>1</sup>.

Модельный ГПК состоит из двух книг.

Первая книга «Общие положения» включает в себя шесть разделов: 1) Общие принципы; 2) Действие процессуальных норм; 3) Суд; 4) Прокуратура; 5) Стороны и 6) Процессуальные действия.

Вторая книга «Развитие процессов» состоит из 10 разделов: 1) Предварительные процедуры; 2) Обеспечительные процедуры; 3) Дополнительные процедуры; 4) Исковое производство; 5) Исполнительный процесс (процесс о признании); 6) Особое производство (по установлению фактов, имеющих юридическое значение); 7) Конкурсное производство; 8) Арбитражный процесс; 9) Международные процессуальные нормы и 10) Отсрочки и вступление решения в законную силу.

В той или иной форме идеи Модельного кодекса были восприняты в следующих странах: Уругвай (1989), Коста-Рика и Колумбия (1990), Перу (1993), Мексика (1993), Аргентина и Португалия (1995), Бразилия (1996), Боливия (1997), Венесуэла (2003).

В 1989 году был принят **Общий процессуальный кодекс Уругвая** (Codigo General del proceso), в котором были воспроизведены практически все нормы Модельного кодекса. Проект нового кодекса Уругвая был подготовлен разработчиками модельного ГПК – Энрике Вескови, Луисом Торельо и Адольфо Бидартом.

Идеи Модельного ГПК, за исключением принципа устности гражданского судопроизводства, были восприняты в Бразилии и включены в действующий ГПК Бразилии 1973 г.

---

<sup>1</sup> Oralidad y proceso por audiencia // Insytuto Iberoamericano de derecho procesal. – 1999. – P. 13.

на протяжении 10 лет (юристы назвали этот процесс «90 частичных реформ ГПК Бразилии»).

В 1993 г. был принят новый Гражданский процессуальный кодекс Перу. ГПК Перу воспринял многие принципы Модельного ГПКБ, в частности контакта судьи со сторонами, примирения, судебной экономии<sup>1</sup>.

В 1994 г. модельный ГПК принят полностью в одной из провинций Аргентины – провинции Огненная земля – Процессуальный кодекс гражданский, коммерческий, трудовой, горный и недропользования. В 2000 г. другая провинция Аргентины – провинция Пампа – приняла новый ГПК, частично используя опыт модельного ГПК<sup>2</sup>.

В Венесуэле принципы Модельного ГПК были положены в основу следующих процессуальных законов: Уголовно-процессуального кодекса, Органического закона о защите прав детей и подростков, Органического процессуального трудового закона 2003 г.<sup>3</sup>

*Иbero-американский модельный ГПК 1988 г.* был также использован при подготовке проектов ГПК – проект ГПК Аргентины – 2011 г.; проект ОПК Бразилии – 2010 г.; проект модельного ГПК Мексики 2002 г., проект ГПК Чили 2012 г., проект ОПК Колумбии 2012 г., проект ОПК Эквадора – 2012 г.

В последние годы Иbero-американский институт процессуального права разработал Иbero-американский модельный кодекс по рассмотрению коллективных (групповых исков).

Изложенное выше позволяет сделать несколько общих выводов.

---

<sup>1</sup> *Rodriguez Dominguez E.A.* Manual de derecho procesal civil. – Lima, 2005. – P. 213-218.

<sup>2</sup> Entrevista a Roberto Berizonce // Oralidad y formalizacion de la justicia // Revista «Sistemas Judiciales». – № 7. – 2004. – CEJA.

<sup>3</sup> *Boscan F.J.M.* El proceso oral laboral en Venezuela y la influencia del codigo procesal civil modelo para Iberoamerica // Revista internauta de practica juridica. – № 17. – 2006 // Dialnet.com- p. 2.

1) Первые национальные ГПК стран Латинской Америки были приняты в XIX веке по образцу и подобию законодательства Испании в области гражданского судопроизводства: а) Части третьей «Семи партий» (Libro de las Leyes – Las Siete Partidas – 1263 г.); б) Закона о гражданском судопроизводстве Испании 1855 г.; 3) Закона о гражданском судопроизводстве Испании 1881 г.

2) Можно выделить следующие характерные черты гражданского судопроизводства, закрепленные в первых национальных ГПК континента: а) письменность процесса; б) судья – зритель, сторонний наблюдатель, разрешающий спор в качестве третьего лица; в) судебное решение имело силу только для сторон; г) судопроизводство основано на системе тарификации доказательств; д) гражданское судопроизводство – частное дело сторон; е) длительность гражданского судопроизводства, в некоторых странах процесс мог длиться до 12 лет; ж) большое количество видов производств, в некоторых случаях 30 и более видов.

3) Большое влияние на становление национального гражданского процессуального законодательства оказал Модельный ГПК для Иberoамериканских стран 1988 г., послуживший моделью для разработки практически всех проектов ГПК конца XX – начала XXI века (проекты ГПК Аргентины, Бразилии, Колумбии, Мексики, Чили, Эквадора; действующие ГПК Панамы, Перу, Уругвая). Модельный ГПК был подготовлен в рамках деятельности Иbero-американского института по унификации гражданского процессуального права, в котором принимают участие не только страны Латинской Америки, но также Испании и Португалия.

4) В XXI веке государства Латинской Америки пытаются внедрить в гражданские процессуальные кодексы общемировые новейшие разработки в области гражданского судопроизводства, арбитража, медиации и посредничества. Идет широкое обсуждение принципа устности гражданского

судопроизводства и предпринимаются попытки нормативного закрепления этого принципа.

*Русакова Е.П.*<sup>1</sup>

### **ПОЛОЖЕНИЯ УСТАВА БРАЗИЛЬСКОГО АРБИТРАЖНОГО КОМИТЕТА**

23 сентября 1996 г. был принят Закон № 9.307 в соответствии с которым арбитраж получил необходимую правовую поддержку для своего существования в Бразилии. С 1996 г. арбитраж стал одним из наиболее популярных способов разрешения споров.

Бразильский Арбитражный Комитет (the Brazilian Arbitration Committee, далее – ВАС) – это некоммерческая организация с неопределенным сроком действия, главный офис которой находится в Сан-Паулу, деятельность которой регулируется положениями устава организации<sup>2</sup>.

Была создана в 2001 году решением нескольких специалистов в области арбитража. Бразильский арбитражный комитет – это некоммерческая ассоциация, основной целью которой является распространение арбитража и других альтернативных способов, поддерживает все исследования в этой области, проводит семинары, конференции, как в Бразилии, так и за границей, издает специальный Бразильский журнал об арбитраже.

Бразильский арбитражный комитет имеет право на создание представительств и региональных подразделений во всех штатах Бразилии, если возникнет такая необходимость.

---

<sup>1</sup> Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского и трудового права РУДН.

<sup>2</sup> Данные официального сайта Бразильского арбитражного комитета. – [Электронный ресурс]. Код доступа: <http://cbar.org.br/site/eng/bylaws/>

Такие отделения учреждаются решением исполнительного совета с одобрения общего собрания.

Целью ВАС является поощрение и законодательное изучение арбитража и других способов альтернативного разрешения споров, а также их распространение и повышение эффективности. Кроме того, целью ВАС является защита и сохранение демократического строя, развитие научной и технологической сфер деятельности.

Для достижения своих целей ВАС стремится к: стимулированию и поддержке правовых исследований в области арбитража на основе исследований, дискуссий, образования и других форм обмена знаниями; поощрению правовых исследований арбитража в контексте социологии и философии; распространению арбитража с целью достижения социальных целей участвующих в нем лиц; сотрудничеству и обмену опытом между зарубежными учеными и учеными Бразилии; оказанию содействия в разработке национальной, местной и международной арбитражной политики согласно поставленным целям; участию в защите прав и интересов, связанных с проведением арбитража; поддержке прецедентного права в арбитраже.

Достигаются поставленные ВАС цели путем: проведения ежегодной конференции с участием ученых-правоведов, занимающихся исследованием арбитража, общей теории права и гуманитарных наук в целом; организации семинаров, кружков и конференций; издания журналов и книг, создания специализированных библиотек в сети Интернет; содействия научным исследованиям через назначение стипендий государственными органами или частными лицами, научными учреждениями; участия в конференциях, семинарах и учебных комиссиях, созданных государственными или частными лицами на академическом уровне; поощрения обмена знаниями и опытом с университетами, объединениями, занимающимися исследованиями в других областях права; сотрудничества и обмена опытом с бразильскими и зарубеж-

ными объединениями, с похожими целями; сотрудничества и обмена опытом с торговыми ассоциациями, арбитражными учреждениями, профсоюзами, общественными организациями и судами.

Что касается членства, то любое физическое или юридическое лицо, независимо от того, является данное лицо гражданином Бразилии или нет, деятельность которого связана с арбитражем или альтернативными способами разрешения споров, имеют возможность стать членом ВАС. Для того чтобы получить членство, любая сторона должна подать заявку, которая должна быть одобрена решением Совета в соответствии с внутренними правилами. Членство разделено на следующие категории: 1 – учредители, 2 – почетные члены, 3 – действующие члены, 4 – спонсоры.

Члены-учредители это лица, подписавшие акт ВАС о создании, почетными членами являются лица, обладающие специальными знаниями в области арбитража, которые назначаются  $2/3$  членами совета директоров, присутствующих на заседании при кворуме не менее 50 процентов членов совета директоров. Действующими членами являются те лица, чьи заявки на членство утверждены советом. Членами-спонсорами являются лица, которые предоставляют ВАС значительные услуги или внесшие соответствующие пожертвования как юридическое лицо, назначенные в соответствии с резолюцией, принятой  $2/3$  членов совета директоров, присутствующих на заседании с кворумом по крайней мере 50 процентов членов совета директоров.

Члены ВАС имеют право: получать публикации и уведомления от ВАС, использовать услуги, предоставляемые ВАС, избирать и быть избранными в соответствии с положениями устава организации и правил внутреннего распорядка. Члены-спонсоры не имеют права избирать или быть избранными за исключением случаев, когда они одновременно являются почетными членами, действующими членами.

Члены ВАС обязаны: соблюдать и обеспечить соблюдение резолюций, принятых на совещаниях совета, исполнительного совета и внутренних правил; защищать активы ВАС; оплачивать все задолженности перед ВАС своевременно.

Любое нарушение целей ВАС или любой другой крупный проступок может привести к прекращению членства, в соответствии с резолюцией, принятой  $2/3$  членов совета директоров, присутствующих на заседании при кворуме не менее 50 процентов членов исполнительного совета, которое может быть обжаловано на общем собрании.

В случае если есть подозрения в совершении проступка членом ВАС, за которое членство может быть прекращено, совет из пяти членов проведет заседание, на котором будет решен вопрос о прекращении членства или его приостановлении. По истечении срока приостановления совет принимает решение о восстановлении члена или о прекращении членства навсегда.

Задолженность перед ВАС в течение двух месяцев подряд является основанием для прекращения членства.

Члены-основатели и действующие члены оплачивают взносы в таких размерах и порядке, который установлен исполнительным советом. Члены не несут совместную или солидарную ответственность по обязательствам, касающимся членства.

ВАС состоит из: общего собрания, исполнительного совета, совета, наблюдательного совета, научного совета.

Главным исполнительным органом ВАС является Общее собрание, решения которого обладают наивысшей юридической силой.

На общем собрании могут присутствовать только те члены, которые не имеют задолженности перед ВАС. Общее собрание созывается по первому требованию, если за его проведение высказалось не менее половины его членов, повторно общее собрание созывается независимо от количества членов, если это касается компетенции общего собрания.

Обращение о проведении общего собрания должно быть сделано не менее чем за 15 дней до указанной даты, по почте или факсом, электронной почте или уведомлением, отправленным на веб-сайт ВАС. Это обращение должно быть направлено в совет или исполнительный совет.

Как правило, общее собрание проводится ежегодно во время проведения конференции, на которой обсуждают отчет о проведенной работе и финансовые документы, а также другие вопросы, включенные в повестку.

В исключительных случаях общее собрание может быть проведено по письменному запросу по крайней мере 20 процентов членов, которые в день такого обращения не имеют задолженности перед ВАС и имеют членство более 6 месяцев.

Общее собрание обязано: рассматривать жалобы на решения, принятые советом и исполнительным советом; выбирать и исключать членов исполнительного совета, совета, наблюдательного совета и научного совета; утверждать отчет о проделанной работе за год; вносить изменения и дополнения в устав ВАС; принимать решение о прекращении деятельности ВАС; принимать решения, связанные с интересами ВАС.

Исполнительный совет состоит из 6 членов: президент, вице-президент, первый секретарь, второй секретарь, первый казначей и второй казначей – избираются на общем собрании на два года. Переизбрание одного и того же лица на двухлетний срок не допускается.

Исполнительный совет обязан: обеспечить соблюдение внутренних правил; обеспечить исполнение решений, принятых на общем собрании, заседаниях совета, наблюдательного совета и научного совета, при условии соблюдения соответствующих полномочий каждого совета; организовывать и проводить рекламные акции ВАС, в первую очередь ежегодную конференцию; представлять отчеты о деятельности ВАС и счета общему собранию на ежегодной основе; сообщать

даты заседаний советов и общих собраний; создавать и распускать комиссии и рабочие группы.

Президент исполнительного совета обязан: представлять ВАС в судах и вне судов, в качестве истца или ответчика; председательствовать на заседаниях исполнительного совета, совета и общего собрания; выписывать чеки и подписывать соглашения и иные обязательные документы в связи с осуществлением деятельности ВАС совместно с казначеем; в соответствии с положениями устава организации и внутренними правилами, назначать других членов исполнительного совета; осуществлять полномочия адвоката в любое время совместно с другими членами исполнительного совета, чьи полномочия в качестве адвоката истекают менее чем через 12 месяцев.

Резолюции исполнительного совета принимаются большинством голосов. В случае равенства голосов председатель имеет право решающего голоса.

Вице-президент обязан: содействовать президенту в выполнении им своих обязанностей по первому требованию президента; заменять президента в случае необходимости, отсутствия или свободной должности президента, в этом случае вице-президент действует в качестве действующего президента; выполнять обязанности, возложенные на него исполнительным советом и внутренними правилами; выступать в качестве председателя научного совета.

Первый секретарь обязан: проводить управление секретариатом ВАС; выступать в качестве секретаря при подготовке заседаний, вести протоколы заседаний совета и общего собрания.

Второй секретарь выступает в качестве замены первого секретаря в случае его отсутствия или вакантной должности первого секретаря; второй секретарь должен сотрудничать с первым секретарем по мере необходимости, чтобы помочь первому секретарю в выполнении своих обязанностей.

Первый казначей несет ответственность за контроль и управление собственностью и средствами ВАС, для этого он обязан: проводить управление активами и финансами ВАС; осуществлять контроль бухгалтерских документов, подготавливать ежегодный прогрессирующий бюджет; готовить бухгалтерский баланс ВАС; выписывать чеки, подписывать соглашения и иные обязательные документы в связи с осуществлением деятельности ВАС совместно с президентом.

Второй казначей должен: заменить первого казначея в случае необходимости, его отсутствия или вакантной вакансии; сотрудничать с первым казначеем, когда это необходимо, для того чтобы помочь первому казначею в выполнении своих обязанностей.

Еще одним органом ВАС является Совет, в который входят по крайней мере 15 членов, президент ВАС и 14 членов, выбранных общим собранием, семь из которых должны быть членами-основателями, и семь других – действующими членами. Выбранные члены назначаются на два года. Бывшие президенты выполняют функции членов совета.

Члены совета обязаны: принимать решения о допуске и прекращении членства в соответствии с положениями устава и внутренними правилами; определять ежегодные взносы; утверждать ежегодный бюджет; созывать общее собрание; отвечать на вопросы, поставленные исполнительным советом; анализировать и оценивать поданные жалобы на решения, принятые исполнительным советом; назначать заместителей членов совета в качестве членов исполнительного совета в случае свободной должности; голосовать за принятие внутренних правил и за внесение дополнений и изменений во внутренние правила и устав.

Совет проводит свои заседания не реже одного раза в год, чаще всего, когда проходит ежегодная конференция и когда называют президента и назначают  $\frac{1}{3}$  членов. ВАС должен иметь наблюдательный совет, состоящий из

трех членов. Наблюдательный совет создан и действует в соответствии с резолюциями, принятыми членами общего собрания. В обязанности наблюдательного совета входят: надзор за действиями членов советов и контроль над соблюдением уставных и договорных обязанностей; дача заключений о ежегодном докладе, представленном исполнительному совету, и должен представить такой отчет и высказать свое мнение на очередном общем собрании; анализ финансовой отчетности за финансовый год и дача заключений по ним; обращение в исполнительный совет за дачей объяснений или предоставлением информации для подготовки финансовой и бухгалтерской отчетности; а также обязан присутствовать на заседаниях совета или исполнительного совета, когда вопрос рассматривается под его руководством.

В состав ВАС входит научный совет, председательство в научном совете осуществляется вице-президентом ВАС, этот совет состоит из пяти членов, которые избираются общим собранием на два года, где переизбрание не допускается. Научный совет обязан: принимать решения о редакционной политике ВАС; издавать статьи, касающиеся ВАС, в частности журнал ВАС; создать библиотеку ВАС; создать сайт ВАС.

Члены наблюдательного совета и исполнительного совета не имеют права на вознаграждение и имеют те же права и обязанности, как у членов-основателей и действующих членов.

Срок полномочий членов наблюдательного совета и исполнительного совета прекращается только после отставки или по решению большинства всех членов советов. Члены ВАС могут голосовать по доверенности на заседаниях советов ВАС.

Члены исполнительного совета, совета, наблюдательного совета, научного совета избираются на общем собрании. Выборы проходят согласно принципам гласности, морали и беспристрастности.

## РАЗДЕЛ 8

### ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ ЛАТИНОАМЕРИКАНСКИХ СТРАН

*Панкова О.А.*<sup>1</sup>

#### ПРАВОВАЯ СИСТЕМА ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ: ДИСКУССИИ В ИТАЛИИ И ЗА ЕЕ ПРЕДЕЛАМИ

Латиноамериканское право – это кодифицированное право, осуществленное по европейским образцам. Кодификация в странах Латинской Америки началась не сразу после завоевания государственной независимости и проходила на протяжении всего XIX и части XX века. Эта кодификация, с одной стороны, отразила компромисс элементов доколониального и колониального права, а с другой стороны, являлась рычагом, способствовавшим в итоге закреплению и развитию новых отношений на Латиноамериканском континенте. В частности, кодификация заложила основу для формирования национальных правовых систем.

Вопрос о латиноамериканской правовой системе до сих пор остается дискуссионным в иностранной юридической литературе.

#### *Изучение правовой системы Латинской Америки в зарубежной литературе*

Среди итальянских научных исследований в области сравнительного правоведения особого внимания заслуживает монография Марио Лозано (*M.G. Losano*) «*I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*» (Ос-

---

<sup>1</sup> Приглашенный профессор, Университет Павии, Италия.

новые правовые системы. Введение в европейское и экстра-европейское право, 2000), в которой автор выделил новое направление сравнительно-правовых исследований.

Основная масса как европейских, так и итальянских ученых при сравнительном рассмотрении национальных правовых систем подразделяет их на «правовые семьи» или «юридические системы», которые основываются на индивидуальных схожести и различиях.<sup>1</sup>

Марио Лозано рассматривал использование «исторической эволюции правовых систем» в качестве объекта сравнительно-правового исследования<sup>2</sup>, предлагая «подготовить руководство по сравнительному праву, являющееся изучением того, что привело правовые системы к их существующим состояниям»<sup>3</sup>. Данное направление исследования берет свое начало в 1978 году, со времени первого издания монографии М. Лозано. После 1978 года подобные исследования были продолжены как самим профессором, так и его коллегами и учениками<sup>4</sup>, в том числе применительно к Латинской Амери-

---

<sup>1</sup> «Сравнение в юридической науке направлено на изучение положений, относящихся к различным правовым системам, в целях установления, в чем они схожи, и чем отличаются». См.: *Sistemi giuridici comparati* / Под ред. А. Gambaro e R. Sacco. – Torino: Utet, 2002. – P. 2.

<sup>2</sup> Под понятием «правовая система» иногда понимается просто набор национальных положений (в том числе и правовых) (например, англо-американской правовой системы или исламской). Это понятие отличается от традиционного понимания правовой системы как свода взаимообусловленных элементов (законодательство, правоприменение, правосознание), объединённых статическими и динамическими отношениями в структурно упорядоченное целостное единство.

<sup>3</sup> Roma-Bari, Laterza, 2000, P. XIV. Н. Дагросса (Dagrossa) объединяет «историческое введение в закон» с «тесно связанными дисциплинами, такими как сравнительное правоведение и юридическая история». См.: Dagrossa N.C. Los veinticinco años de una introducción histórica global al derecho // *Revista de historia del derecho*. – № 31. – 2003. – P. 432-433.

<sup>4</sup> *Losano M.G. Diritto economico giapponese. Con un'appendice sul diritto coreano*. – Milano: Unicopli, 1985. – P. 138; *L'ammmodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*. – Milano: Unicopli, 1984. – P. 155; *Facchi A.*

ке<sup>1</sup>. В последние годы М. Лозано уделяет большое внимание Латиноамериканскому региону во многих своих работах, в некоторых из них он рассматривает место правовой системы Латинской Америки в традиционных «правовых семьях» или в правовых системах, предложенных иностранными компаративистами XX века. В своем исследовании итальянский ученый также учитывает анализ, проведенный двумя ведущими испанскими специалистами – *Castan Tobeñas* и *Castan Vázquez* – в пятидесятых и шестидесятых годах XX века.

В данной статье мы остановимся на мнениях зарубежных ученых о существовании латиноамериканской или иберо-американской правовой системы (за и против)<sup>2</sup>, особо отмечая вклад М. Лозано в подобное изучение.

---

L'evoluzione del diritto fondiario algerino (1830-1936). – Milano: Unicopli, 1987. – P. 162; *Rossi M.* Matrimonio e divorzio nel diritto abissino. Stratificazione di diritti ed evoluzione dell'istituto. – Milano: Unicopli, 1982. – P. 152, и Per una storia del diritto australiano. – Milano: Unicopli, 1990. – P. 108; *Rosti M.* L'evoluzione giuridica dell'Argentina indipendente, 1810-1910. – Milano: Unicopli, 1994. – XVI. – P. 188; Come la Spagna perse l'America. La Spagna di fronte all'indipendenza delle proprie colonie, 1810-1840. – Milano: Unicopli, 1996. – P. 215 и Modelli giuridici dell'Argentina indipendente 1810-1910. – Milano: Giuffrè, 1999. – XXVII. – P. 306.

<sup>1</sup> Дополнительно к публикациям, цитируемым в данной работе, следует отметить: Tobias Barreto e la cultura tedesca fra cosmopolitismo e nazionalismo // *Sociologia del diritto*. – XXIV. – 3. – 1997. – P. 5-44; Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. – Roma – Bari: Laterza, 2000. – XII. – P. 322; Postscriptum rioplantense. *Eduardo J. Couture* e l'emigrazione intellettuale italiana a Montevideo // *Losano M.G. Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*. – Milano: Unicopli, 1998. – P. 43-52; L'emigrazione dei giuristi milanesi nella Montevideo d'anteguerra, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. – 1. – 1999. – P. 219-226; A cultura brasileira no contexto do cosmopolitismo alemão // *Meio século de filosofia. Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia* (6-11 сентября 1999), Legnar, São Paulo, 2003. – V. I. – P. 95-107; Peronismo e giustizialismo: significati diversi in Italia e in Sudamerica // *Teoria Politica*. – XIX. – 1. – 2003. – P. 3-22.

<sup>2</sup> В данной статье термины «иберо-американский» и «латиноамериканский» используются как синонимы.

***Начало обращений к вопросу о правовой системе  
Южной Америки в зарубежной науке***

В 2002 году во время VII Бразильского конгресса по философии М. Лозано представил интересный доклад, озаглавленный *Clóvis Bevilacqua entre comparação e filosofia do direito*<sup>1</sup>, в котором он показал, как бразильский юрист XIX века Кловис Бевилаквa (*Clóvis Bevilacqua*) «провел сравнение дисциплины права, преподававшейся в бразильской высшей школе, с существовавшей на тот момент этой же дисциплиной в Европе и Северной Америке», таким образом, соединяя исследования в области сравнительного права с передовой научно-философской мыслью<sup>2</sup>.

В самом деле, в 1893 году юридический факультет в Ресифи<sup>3</sup> ввел новую систему изучения частного права по сравнению с той, которая применялась Кловисом Бевилаквой<sup>4</sup>, преподававшим эту дисциплину в 1891 году в этом же Университете<sup>5</sup> и уже столкнувшимся с проблемой подготовки студентов к указанному курсу. М. Лозано сконцентрировал свое внимание именно на системе преподавания частного права К. Бевилаквы с целью изучения тех частей дисциплины, которые посвящены философии права и которые отражают, «во-первых, философские концепции, которыми руководствовался Кловис Бевилаквa, и, во-вторых, иностранные источники, которые использовал бразильский ученый при

---

<sup>1</sup> I sistemi giuridici universali // Diritto e filosofia nel XIX secolo / Red. F. Belvisi e M. Cavina. – Milano: Giuffrè, 2002. – P. 431-432.

<sup>2</sup> *Losano M.G.* Clóvis Bevilacqua entre comparação e filosofia do direito. – С. 389.

<sup>3</sup> Город и муниципалитет в Бразилии, столица штата Пернамбуку.

<sup>4</sup> Clóvis Beviláqua (1859–1944) – бразильский юрист, историк и журналист, профессор гражданского и сравнительного права в Ресифи.

<sup>5</sup> *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Recife, 1893, с частью для студентов. Второе издание 1897 года вышло отдельной книгой (*Bevilacqua C.* Lições de legislação comparada: Ed. José Luiz da Fonseca Magalhaes. – Bahia, 1897), которую М. Лозано использовал при подготовке материалов для доклада.

подготовке своего курса, демонстрируя свою обширную информированность в этой области, даже в то время, когда контакты между странами были затруднены»<sup>1</sup>.

Для нынешнего исследования из того курса, который был предложен К. Бевилаквой, наиболее интересным является вопрос о классификации правовых систем. Данной проблеме бразильский ученый посвятил несколько глав своего труда. М. Лозано изучил данные главы и установил, что выводы, сделанные Кловисом Бевилаквой, не повторяются ни в одной другой работе европейских ученых XIX века. Кроме того, М. Лозано выделил труд бразильского ученого и потому, что это исследование учитывало ситуацию, в которой находились экс-иберийские колонии в Южной Америке после получения независимости.

Определяя правовые системы, К. Бевилаква основывался на взглядах французского юриста Э. Глассона (*E. Glasson*)<sup>2</sup>, чья классификация сводилась к праву «геополитических районов Северной Европы (и Северной Америки, в то время колонии Северной Европы), Центральной и Южной Европы».<sup>3</sup> Однако в своем исследовании бразильский ученый добавил четвертую группу правовых систем, принимая во внимание

---

<sup>1</sup> *Losano M.G. Clóvis Bevilaqua, cit. – P. 392.* Руководство состоит из 31 глав. М. Лозано отмечает, что, несмотря на отсутствие в работе специальных подразделений, первые 13 глав представляют собой общие положения, остальные 18 – особенную часть. В общих положениях наибольшее внимание уделяется международному частному праву в целях компенсации недостатка его преподавания в Ресифи. Четыре вводные главы и методология следуют за 9 главами по МЧП, которые содержат в себе классификацию основных правовых систем.

<sup>2</sup> Эрнест Глассон (1839, Нуайон, – 1907, Париж), французский историк права, член Академии моральных и политических наук (1881). Автор ряда работ по истории права и учреждений Франции и Англии.

<sup>3</sup> *Losano M.G. Clóvis Bevilaqua, cit. – P. 399-400; Glasson E. Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principaux pays de l'Europe. Étude de législation comparée précédée d'un aperçu sur le droit civil moderne. – Paris: Durand-Pedone-Lauriel, 1880. – P. 6.*

«особенности Южной Америки» и, таким образом, преодолевая, по установлению М. Лозано, европоцентризм Э. Глассона, но по-прежнему оставаясь в пределах этноцентризма, так как исследование К. Бевилаквы было ограничено «территорией “западной цивилизации”»<sup>1</sup>.

В своем изыскании, посвященном классификации правовых систем, К. Бевилаква выделял четыре группы стран. Первая группа включала в себя государства, образующие подразделение общего права, а также Скандинавию и Россию, так как они не находились под влиянием канонического римского права<sup>2</sup>. Вторая группа основывалась на римском праве с германским и каноническими элементами и объединяла латинские страны от Португалии до Румынии, включая Италию. Третья группа вбирала в себя те системы, в которых согласовывались равные части римского права и германского права (такие как Франция, Германия, Бельгия, Нидерланды, Швейцария), на которых эти государства основывали свое кодифицированное законодательство<sup>3</sup>. В четвертую группу К. Бевилаква включил правовые системы южноамериканских государств, представляющие собой симбиоз второй и третьей групп, как в части частного права, так и в части, касающейся норм, заимствованных из Кодекса Наполеона.

М. Лозано отмечал, что особенной чертой четвертой группы, выделяемой К. Бевилаквой, являлся «ее разрыв с монархической моделью: южноамериканцы образовали новые

---

<sup>1</sup> *Losano M.G. Clóvis Bevilaqua, cit. – P. 401.*

<sup>2</sup> С исключением Луизианы, Калифорнии, Грузии и с указанием особенностей России. См.: *Losano M.G. Clóvis Bevilaqua, cit. – P. 400.*

<sup>3</sup> М. Лозано замечает, что во время издания Руководства действовал только Французский Кодекс, Германский проект был одобрен, но еще не вступил в силу. См.: *Losano M.G. Clóvis Bevilaqua, cit. – P. 400-401.*

страны, демократические по своей сути»<sup>1</sup>. Выделив в предложенной классификации правовых систем четвертую группу стран, Бевилаква еще в конце XIX века попытался вывести сравнительное правоведение за пределы евроцентризма, который в то время был широко распространен в Европе. Однако это его предложение не получило ответа у европейских компаративистов. Именно в 1900 году в Париже проходил Конгресс сравнительного права, целью которого было обеспечить «поиск общих правил в целях приведения различных правовых систем» к автономии и вместе с тем «обеспечение изучения законодательств различных стран континентальной Европы, с использованием критериев “сравнимые” или “схожие”»<sup>2</sup>.

***Правовая система Латинской Америки  
в первой половине XX века и ее место  
среди других правовых систем***

Среди множества классификаций правовых систем, предлагаемых зарубежными компаративистами в первой половине XX века, преобладало группирование, предложенное французским ученым Рене Давидом (*Rene David*). Эта систематика прежде всего различала пять основных правовых семей: западного права (французская группа и англо-американская группа), советского права, мусульманского

---

<sup>1</sup> Данная четвертая «латино-американская группа» рассматривается в главе 11, в которой приведены основные положения гражданских кодексов Боливии, Перу, Чили, Аргентины, Уругвая, Венесуэлы, Колумбии, Мексики, Гаити и других стран Южной и Центральной Америки. Примечание 1 на стр. 105 посвящается таким странам, как Колумбия, Эквадор, Гондурас, Гватемала, Эль Сальвадор. См.: *Losano M.G. Clóvis Bevilaqua, cit.* – P. 404.

<sup>2</sup> *Zweigert K., Kötz H. Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali.* – Milano: Giuffrè, 1992. – Т. I. – P. 70.

права, индусского права и китайского права<sup>1</sup>. Продолжая предложенную классификацию, Р. Давид выделял «три основные правовые семьи, существующие в современном мире»: семья общего права, семья романо-германская и семья социалистическая. Их сопровождали системы мусульманская, индуистская, еврейская<sup>2</sup>.

В отношении правовых систем испанских колоний (а также португальских, французских и нидерландских) Р. Давид объяснял, что они являлись частью «романо-германской семьи», так как данные системы «были образованы абсолютно натуральным способом и переняли правовые концепции, характеризующие именно эту правовую семью». В своем исследовании французский ученый предлагал «конкретизировать, в какой степени условия, в которых находилась Латинская Америка, отличались от условий окружавших ее европейских государств, для того, чтобы подтвердить самостоятельность или несамостоятельность латиноамериканской правовой семьи по отношению к романо-германской семье европейских стран<sup>3</sup>.

Ранее – в 1913-м и потом в 1933 году – итальянский ученый М. Сарфатти (*M. Sarfatti*) упоминал правовые системы Латинской Америки при изучении кодификации романского типа, включая в нее прежде всего латинские манускрипты Европы, Германии, современных восточных государств, а также те манускрипты, которые появились в результате действия первых двух, и кроме того, распространяя

---

<sup>1</sup> *David R. Traité élémentaire de droit civil comparé.* – Paris: Pichon et Durand-Auzias, 1950. – P. 222-226; *Давид Р. Основные правовые системы современности.* – М.: Прогресс, 1988.

<sup>2</sup> *David R. I grandi sistemi giuridici contemporanei / Red. R. Sacco.* – Cedam: Padova, 1980. – P. 22-23.

<sup>3</sup> *David R. Op. cit.* – P. 60-61.

данную кодификацию на территории Великобритании, Северной Америки, колоний и доминионов<sup>1</sup>.

Много ранее П. Арминьон (*P. Arminjon*), Б. Нольде (*B. Nolde*) и М. Вольф (*M. Wolff*) при установлении семи правовых систем – французской, германской, скандинавской, английской, русской, мусульманской и индусской<sup>2</sup> – не отсылали к правовой семье Латинской Америки. Вместе с тем параллельно другой ученый – Г. Карбоньер (*G. Carbonnier*) выделял ее, проводя классификацию на основании особенностей восточного права, выступая против англо-американского права и континентального права, включая право советское, немецкое и французское<sup>3</sup>.

Правовую систему Латинской Америки выделял ученый Р. Родьер (*R. Rodière*), но как пример провала в законодательском процессе унификации в суверенных государствах<sup>4</sup>.

Далее К. Цвайгерт и Х. Кётц (*Zweigert and Kötz*) во *Введении в сравнительное правоведение в сфере частного права* предложили свою классификацию правовых систем, которая была шире доминировавшего в то время группирования, но не выделяла латиноамериканскую правовую семью. Указанные ученые придерживались следующей систематизации: германская, скандинавская системы, система общего права, социалистическая система, система Дальнего Востока, исламская и индуистская системы<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Sarfatti M.* Introduzione allo studio del diritto comparato. – Torino: Giappichelli, 1933. – VI. – P. 133.

<sup>2</sup> *Arminjon P., Nolde B.B., Wolff M.* Traité de droit comparé. – Paris: L.G.D.J., 1950. – T. I. – P. 42, ss.

<sup>3</sup> G. Carbonnier цитируется по: Castán Vázquez J.M. El sistema jurídico iberoamericano. – Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, в примечании 12, которое относится к Derecho civil, 1960. – P. 60-65.

<sup>4</sup> *Rodiere R.* Introduction a droit comparé. – Paris: Dalloz, 1979. – P. 25-28.

<sup>5</sup> *Zweigert K., Kötz H.* (op. cit.), утверждают, чтобы правильно классифицировать современные правовые системы, необходимо иметь в виду «*принцип* относительности для изучаемого материала», «относительность времени», а также правовой «стиль».

Необходимо отметить, что не только европейские компаративисты первой половины XX века изучали правовые иберо-американские особенности, позволяющие говорить о формировании собственной правовой системы или правовой семьи Латинской Америки. В то же самое время, в 1960 году, на Латиноамериканском континенте ученый Родригес Рамос (*Rodríguez Ramos*), отталкиваясь от рассуждений Р. Давида, заключил, что «не существует правовой системы, однозначно определяемой как латиноамериканская». Свой вывод он обосновывал тем, что, во-первых, правовая техника практически не различалась в разных странах Латинской Америки, ни исторически, ни в настоящее время. Во-вторых, ученый полагал, что содержание элементов возможной правовой системы близко к единообразию, что рассматривалось автором в качестве просто прогрессивного движения<sup>1</sup>.

В заключение, профессор Силва Перейра (*Silva Pereira*), следуя за классификацией К. Бевилаквы, в 1954 году выделил четыре группы правовых систем, без специального вычленения Латинской Америки. Он указывал на романо-христианские правовые системы, системы общего права, советскую систему и философско-религиозные системы: мусульманские, индуистские и китайские<sup>2</sup>.

#### ***Латиноамериканская правовая система как подсистема (европейская доктрина)***

В дополнение к классификации правовых систем, принятой большинством ведущих европейских компаративистов, некоторые ученые (даже не европейские, и не компаративисты) анализировали правовую систему Латинской Аме-

---

<sup>1</sup> *Rodríguez Ramos M. Visión de conjunto del derecho de América Latina // Revista de legislación y jurisprudencia. – 1960. – P. 25-26.*

<sup>2</sup> *Silva Pereira. Unidade da cultura jurídica occidental // Revista da Faculdade de Direito. – Outubro 1954. – P. 25, ss.*

рики, уделяя внимание прежде всего источникам права. В результате они выделяли ряд критериев для размещения латиноамериканских стран в отдельную группу внутри сформировавшейся правовой системы. М. Лозано напомнил, что в 1934 году аргентинский историк, философ, юрист и социолог *Enrique Martínez Paz*, который основал в Кордове (Córdoba)<sup>1</sup> Институт сравнительного гражданского права (*l'Instituto de derecho civil comparado*) в 1927 году, использовал «генетический метод классификации» для того, чтобы определить процент элементов правовой системы, находившихся под влиянием «обычаев, римского права, канонического права и современного демократического элемента». На этой базе ученый выделил четыре группы правовых систем: обычно-варварская (Англия, Швеция, Норвегия), римско-варварская (Италия, Германия, Австрия), варварско-римско-каноническая (Испания и Португалия) и римско-каноническо-демократическая<sup>2</sup>, в которую входят правовые системы стран Южной Америки, Швейцарии и России<sup>3</sup>.

Другая отсылка к Латинской Америке может быть найдена у шведского юриста А. Мальмстрёма (*A. Malmström*), который в 1969 году предложил выделять системы континентальной Европы (как римское право, так и германское), стран Латинской Америки, системы скандинавские и общего права. Далее он предложил создать группу правовых систем, назвав их социалистическая, азиатско-некоммунистическая и африканская<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Кордова (исп. Córdoba) – город в Андалусии (южная Испания), основанный во времена господства Рима.

<sup>2</sup> *Losano M.G.* I sistemi giuridici universali, cit., p. 432, с отсылками к: *Martínez Paz.* Introducción al estudio del derecho civil comparado, 1934, издание 1960, p. 149-160.

<sup>3</sup> *Zweigert K., Kötz H.* Op. cit. – P. 77.

<sup>4</sup> *Malmström A.* The System of Legal Systems, Notes on a Problem of Classification in a Comparative Law // *Scandinavian Studies in Law.* – 13. – 1969. – P. 127-149.

Наибольшее внимание позиции латиноамериканских государств внутри правовой системы стран континентального (гражданского) права было уделено испанскими учеными Фелипе Де Сола Канисарес (*Felipe De Sola Cañizares*), *Castán Tobeñas* и *Castán Vázquez* в пятидесятых и шестидесятых годах XX века. Ученый Фелипе Де Сола Канисарес, в научном труде под названием *Iniciación al derecho comparado* в 1954 году вычленил отдельную «латиноамериканскую» правовую систему<sup>1</sup>, интегрированную в предыдущую классификацию Р. Давида. Другой испанский ученый *Castán Tobeñas* в работе под названием *Los sistemas Jurídicos Contemporáneos del mundo occidental* в 1956 году рассмотрел и подверг критике<sup>2</sup> основную классификацию правовых систем, существовавшую в то время, и предложил свое видение их подразделения<sup>3</sup> с «использованием идеологии или культуры в качестве основного критерия дифференциации», а позже – «генетических и морфологических критериев». *Castán Tobeñas* отличал системы «западной культуры» от тех культур, «которые фундаментально развивались в стороне от Западной цивилизации». В первую группу испанский ученый включил системы римско-христианские, в рамках которых он различал германскую правовую систему и системы «латинского типа», из которых возникли системы французская, афинская, итальянская, а также «иберийский» компонент. В этот раздел он включил правовые системы Испании, Пор-

---

<sup>1</sup> *Castán Tobeñas J.* Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental. – Madrid: Editorial Reus, 1956. – P. 17-18.

<sup>2</sup> Например, он подверг критике позицию Паса Мартинеса, утверждая, что нельзя видеть аналогии «ни с идеологической точки зрения, ни с точки зрения техники между правовыми системами государств Латинской Америки, Швейцарии и Советской России, особенно принимая во внимание сомнительную демократическую сущность последней». См.: *Castán Tobeñas J.* Op.cit. – P. 13.

<sup>3</sup> «Набор правил и институтов положительного права, которым регулируется определенное сообщество». *Castán Tobeñas J.* Op. cit. – P. 10.

тугалии, а также тех стран, которые частично находились под влиянием общего права (Пуэрто-Рико и Филиппины), и «латиноамериканские правовые системы»<sup>1</sup>.

Испанский ученый установил, что необходимо применять термин «иберо-американская правовая система», а не «латиноамериканская правовая система», так как последняя включает в себя области с населением неиспанского происхождения, такие как Луизиана, Квебек и Гаити<sup>2</sup>. Кроме того, Castán Tobeñas подчеркивал связи латиноамериканского региона с Испанией и Португалией и основывал на этом выводы на том, что, с одной стороны, «Иберо-Америка» – это продолжение Европы, а с другой стороны, этот регион развивал именно свои специфические черты. В поддержку этого испанский ученый указывал на географические, социальные, экономические и политические условия континента, а также на те традиции, которые были унаследованы от Испании и Португалии во время периода колониализма. Castán Tobeñas выделял, кроме этого, демократический характер преобразований в странах Латинской Америки, дух «универсализма» в противовес европейскому национализму, влияние США на этот регион. Испанский профессор подчеркивал тот факт, что доктрина и законодательство латиноамериканских государств после приобретения независимости не дублировали европейские модели, а были творчески и позитивно использованы иберо-американскими специалистами. Цитируя ученого Г. Валладо (*H. Valladao*), Castán Tobeñas напоминал о некоторых правовых принципах, которые были закреплены как в конституциях, так и в кодексах независимых государств в Латинской Америке. Среди них испанским специалистом был показан «важный принцип равенства прав иностранцев в Латинской Америке» и, кроме этого, наследие культуры и правовой мысли, проникнутые «универсализ-

---

<sup>1</sup> Castán Tobeñas J. Op. cit. – P. 22-23.

<sup>2</sup> Castán Tobeñas J. Op. cit. (прим. 110). – P. 58.

мом» и «социальным демократизмом», которые повлияли на национальное законодательство в Латинской Америке<sup>1</sup>.

В конце 1960-х годов *Castán Vázquez*, повторяя положения современной ему доктрины, поместил государства Латинской Америки в западную правовую систему, внутрь романской системы и латинской группы<sup>2</sup>.

*Castán Vázquez* указывал, что прежде всего латиноамериканские страны подпадали под «западную юридическую систему», имея с ней общую религиозную, политическую, экономическую и социальную основу, далее следовали внутренние связи с «романской системой», потому что ибероамериканские территории имели «романский характер, что являлось контрастом со странами общего права», воспринявшими римское право посредством рецепции через французское и испанское право и, наконец, в романской группе существовала «латинская группа» в оппозиции «германской», находившаяся под влиянием французского права, особенно Гражданского кодекса. В этом последнем пункте ученым было заявлено, что ибероамериканская правовая система уходила корнями в римское право не только через Кодекс Наполеона, но также и более того, через испанское право, которое опять отсылало к французскому праву, таким образом, давая основание отнести ибероамериканские страны к «латинской группе»<sup>3</sup>.

Далее ученый аргументировал, что «латиноамериканские правовые системы объемнее, чем латинские», поскольку в термине «латиноамериканский» уже указывается как на латинскую составляющую, так и на американский элемент, это позволяло выделить именно два компонента, определяемые факторами (или «causas») колониального периода и периода

---

<sup>1</sup> *Valladão H.* Le Droit latino-américain. – Paris: Sirey, 1954. – P. 11-12.

<sup>2</sup> *Castán Vázquez J. M.* El sistema jurídico, cit., также в: *Revista de Estudios políticos*, 1968. – P. 214-215.

<sup>3</sup> *Pescatore P.* Introduction a la Science du Droit. – Luxembourg, 1960. – P. 60-61.

независимости, что подчеркивало их особенности и позволяло отнести латиноамериканские страны в отдельную группу<sup>1</sup>. Остановившись на времени колониального периода государств Латинской Америки, *Castán Vázquez* выделял прежде всего «трансплантацию кастильского права», означавшую, что на территории Испанского королевства действовали схожие правовые нормы. Также ученый указывал и на необходимость принятия новых законов, потому что «набор стандартов в Латинской Америке был беспрецедентным и не имеющим аналогов в Кастилии, поскольку ее дух был создан на основе принципов и тенденций, установленных в Средние века». Кроме того, *Castán Vázquez* подчеркивал значимую деятельность «замков судебных слушаний», которые ученый *Solórzano* определял как «замки, в которых охраняется Юстиция». Последние устанавливали и закрепляли «каналы, разрешающие трансплантацию испанского законодательства» и содействующие развитию прочных правовых отношений с Америкой<sup>2</sup>.

Перейдя к периоду независимости латиноамериканских государств, *Castán Vázquez* выделял американскую кодификацию и юридическую практику, общую для государств Латинской Америки. В отношении кодификации испанский ученый указывал, что независимость испанских колоний не вызвала разрыв с родиной с культурной и юридической точки зрения, и более того, испанское право продолжало влиять на латиноамериканских юристов, вовлеченных в разработку законодательства государств, получивших независимость. В частности, «при разработке Кодекса Чили ученый Белло (*Bello*) часто обращался к французскому праву и наиболее

---

<sup>1</sup> *Castán Vázquez J.M.* El sistema jurídico, cit. – P. 215, ss.; *Castán Vázquez J.M.* El Código civil de Bello, factor de unidad // AA. VV., Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano. – Caracas: La Casa de Bello, 1987. – P. 340, ss. и El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano // Anuario de derecho civil. – 1. – 1982. – P. 128, ss.

<sup>2</sup> *Castán Vázquez J.M.* El sistema jurídico, cit. – P. 217.

интересным юридическим доктринам своего времени, в проекте Гражданского Кодекса Испании 1851 года *García Goyena* использовал кастильское право»<sup>1</sup>. То же самое можно сказать о *Vélez Sársfield*, авторе Гражданского кодекса Аргентины, который, по его же словам, использовал в своей работе «проект гражданского кодекса Испании и кодекс Чили», а также обращал внимание на влияние Испанского Торгового кодекса 1829 года»<sup>2</sup>.

В Аргентине в 1963 году профессор римского права в Кордове Диас Биалет (*Díaz Bialet*) предложил концепцию о «переливании» римского права в аргентинский правовой порядок, чтобы позднее распространить его на весь Латино-американский континент. Термином «переливание» ученый указал на медленные потоки права (римского) – в том числе правил и способов их интерпретации и применения – от правовой системы (римской) в другую (аргентинскую) начиная с XVI века и далее, и это приблизило аргентинскую правовую систему – и не только – как можно ближе к римскому праву<sup>3</sup>.

#### ***Эволюция научных зарубежных исследований в последние десятилетия***

Мнение профессора Диаса Биалета (*Díaz Bialet*) нашло поддержку среди некоторых европейских и аргентинских

---

<sup>1</sup> *Castán Vázquez J.M.* El sistema de derecho privado, cit. – P. 161.

<sup>2</sup> *Castán Vázquez J.M.* El sistema jurídico, cit. – P. 218. Известны слова *Vélez Sársfield*, которые приведены во введении к первой книге Гражданского кодекса. Испанский Торговый кодекс был заимствован Эквадором (1831), Парагваем (1846), Перу, Коста-Рикой и Колумбией (1853). В Боливии (1835), Бразилии (1850) и Мексике основными источниками права являлись соответствующие кодексы и французское право.

<sup>3</sup> *Díaz Bialet A.* La recepción del derecho romano en la Argentina. – Córdoba, 1951.

ученых<sup>1</sup>, определяя инверсию тенденции анализа правовых систем романо-германской фамилии, которые до тех пор оставляли в тени позицию латиноамериканских стран.

В частности, в Италии с конца 70-х годов XX века, группа романистов посвящала свои исследования образованию латиноамериканской правовой системы, оформляя ее как подразделение римской правовой системы. Уделяя внимание времени кодификации в Латинской Америке, профессор Скипани (*Schipani*) действительно установил в соответствующих гражданских кодексах XIX века линию преемственности с *Corpus Juris Civilis*. Из работ Юстиниана эти кодексы взяли много положений, которые развивались, начиная с VI века до середины XIX. Кодексы первого века независимости способствовали значительному вкладу в достижение окончательного и необратимого «переливания» общего римского права, кодифицированного Юстинианом, как источника информирования новой системы, таким образом, определяя новый независимый центр развития римского права». Для того чтобы объяснить свою идею развития, профессор Скипани использовал категорию «смесь», в которую вошли такие компоненты, как «римский, иберийский и доколумбовый», и которая должна была стать «основной социально-культурной единицей системы». Итальянский ученый также указал, что внутри этих компонентов можно найти

---

<sup>1</sup> В Италии с 70-х годов XX века существует исследовательская группа, возглавляемая S. Schipani и P. Catalano. Она связана с некоторыми институтами, такими как ASSLA, Семинаром по изучению Латинской Америки Университета Сассари и Междисциплинарным центром латиноамериканских исследований Университета «Tor Vergata» в Риме. В Латинской Америке упоминаются M.A. Laquis, C. Fernández Sessarego и F. Hinestroza, а в Европе можно отметить таких ученых, как J.L. de los Mozos и H. Eichler.

подходящий единый подход для непрерывной работы по «кодификации, проходящей в Латинской Америке»<sup>1</sup>.

Подтверждением мнения итальянского ученого являлось высказывание вышеупомянутого профессора *Castán Vázquez*, который в 1984 году указал, что «отправка юридических книг в Индию» началась даже раньше завершения ее завоевания, и таким образом, американские корабли сыграли определенную роль в распространении римского права»<sup>2</sup>.

Среди ученых, которые придавали большое значение римскому праву при кодификации в Латинской Америке, можно выделить профессоров: Белло (*Bello*), Фрейтас (*Freitas*) и Велец Сарсфилд (*Vélez Sársfield*).

*Guzmán Brito*, известный ученый в области истории кодификации в Чили а также изучения фигуры Белло, напомнил, что одними из самых популярных авторов в колонии,

---

<sup>1</sup> *Schipani S.* I codici latino-americani della «transfusión» del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della «mezcla» e «codici tipo» // *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* / Red. S. Schipani. – Cedam: Padova, 1991. – P. 682-683. См. также: *Catalano P.* Derecho Romano y Países Latinoamericanos (Elementos de resistencia de origen romanístico del sistema jurídico latinoamericano: los ejemplos de Guatemala, Costa Rica, Venezuela y Colombia) // *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. – 79. – 1979. – P. 637-640; *Laquis M.* Desde Vélez Sársfield hasta la actualidad: independencia y elemento de continuidad y/o revolución y elementos de resistencia e identidad del sistema // *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, cit. – P. 515-539 и *La Ley*, Buenos Aires, 51, 153, 12.08.1987. – P. 1-7. О понятии «смесь», введенном Schipani: *Basadre J.* Los fundamentos de la historia del derecho, Lima, 1967. О понятии «блок римско-иберико-преколомбийский» см: *Catalano P.* Sistemas jurídicos, Sistema Jurídico Latino-Americano e Direito Romano // *Direito e Integração: experiencia latino-americana e européia*. – Brasília, 1981 и на испанском в *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982. – P. 161, ss. О роли римского права в этом контексте см: *Guzmán Brito A.* La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica, Index. – 6. – 1976. – P. 74-82. О «типовых кодексах» см: *Un «codice tipo» di procedura civile per l'America Latina* / Red. S. Schipani e R. Vaccarella. – Cedam: Padova, 1990. – XXVI. – 616 p.

<sup>2</sup> *Castán Vázquez J. M.* El Código civil de Bello, factor de unidad, cit. – P. 341.

начиная с XVI века, были *Vinnio* и *Heineccio*, к которым постепенно были добавлены профессора *Bartolo da Sassoferrato*, *Baldo degli Ubaldi*, *Azzone* и *Accursio*.<sup>1</sup>

*Fernández Sessarego* подтвердил, что право стран Латинской Америки не может рассматриваться как простое «копирование испано-индейского или французского законодательства», так как нельзя игнорировать «унитарный характер системы, проходящей через континентальную Европу, но в конечном счете укореняющуюся в римском праве». Ученый также подтвердил значение «традиции римского права времен Юстиниана» как составляющей «латиноамериканской правовой системы», которая не исчерпывает, а скорее, дополняет и обогащает новые правовые институты<sup>2</sup>. В Италии, в Ломбардии в частности, в контексте сравнительного публичного права были кратко пересмотрены позиции романистов, подтверждая оригинальный и отличительный характер правовой системы Латинской Америки<sup>3</sup>.

Наконец, в новейшей зарубежной литературе<sup>4</sup> применительно к вопросу о подразделениях правовых систем критикуется евро-американский центризм сравнительного права и предлагается введение «плюралистической» правовой се-

---

<sup>1</sup> *Guzmán Brito A.* Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. – Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad de Chile, 1982. – Т. I. – P. 58. См. также: *Liraquietta P.* El Código Civil Chileno y su época. – Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1956. – P. 105.

<sup>2</sup> *Fernández Sessarego C.* Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano // *Studi Sassaresi V.* Diritto romano, codificazioni e sistema giuridico latino-americano / Red. S. Schipani. – Milano: Giuffrè, 1981. – P. 10-11.

<sup>3</sup> *Lombardi G.* Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo. – Milano: Giuffrè, 1896. – P. 53, ss.

<sup>4</sup> *Mattei U.* Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici // *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla.* – Milano: Giuffrè, 1994. – Т. I. – P. 777. Ученый отсылает к таким работам, как: *Vanderlinden J.* A propos des droits de familles en droit civil Compare // *R. Hommages Dekkers*, 1982, и *Reyntjens F.* Notes sur l'utilité of a introduire système juridique «pluralist» macro-dans la comparaison des droits // *Rev. Int Comp et Droit.* – 41. – 1991.

мы, в которой учитываются положения «остаточной» семьи, предложенные учеными Рене Давидом (*R. David*), Арминионом – Нольде-Вольф (*Arminion-Nolde-Wolff*), Цвайгертом – Кётцем (*Zweigert-Kötz*), Костантинеско (*Costantinesco*).

Необходимо заметить, что значительный вклад в пересмотр основных правовых семей современности внесли исторические события, такие как, например, крах идеологии коммунистической Восточной Европы<sup>1</sup>.

На этом основании в 1994 году итальянский ученый Маттей (*Mattei*) предложил «заново открыть дебаты о возможном критерии для классификации правовых систем», предложив тройственное, а не европоцентристское подразделение. В своем исследовании ученый объяснял, что «систему классификаций, используемую сегодня, – в дополнение к европоцентристской – необходимо пересмотреть, так как современный географический и юридический мир существенно отличается от того, который был во времена Р. Давида»<sup>2</sup>.

Профессор Маттей предлагал основывать классификацию на роли права как инструменте социальной организации, «который, в добавлении к существующему», учитывал бы динамичное развитие современного мира<sup>3</sup>. Итальянский ученый выделял следующее тройственное подразделение право-

---

<sup>1</sup> В дополнение к 11-му изданию книги Р. Давида должно быть замечено, что с 1990-х годов исчезли проблемы, касающиеся социалистической правовой семьи, и появилась «восточноевропейская правовая семья», которая отсылает к той же самой географической зоне и указывает что она близка к романо-германской правовой семье. См.: *David R., Jauffret-Spinosi C. I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 11 ed. и O. Calliano, dir. R. Sacco, Padova, Cedam, 1994.

<sup>2</sup> *Mattei U. Op. cit. – P. 776.* В дополнение к позициям латиноамериканских юристов некоторые компаративисты установили, что классификация, предложенная Р. Давидом, может быть применима только в области частного, не публичного права и, кроме этого, она усиливает дихотомию между системами общего права и римского права. См.: *Sistemi giuridici comparati*, cit. – P. 18-20.

<sup>3</sup> *Mattei U. Op. cit. – P. 777-778.*

вых систем: в соответствии с преобладающим правом (правило права)<sup>1</sup>, или политики (правило политики), или философических/религиозных традиций (правило традиции)<sup>2</sup>. Заметим, что во второй юридической семье – где доминирует правило политики – находились развивающиеся страны Латинской Америки (включая Кубу), вместе со странами Африки и некоторыми бывшими социалистическими странами Восточной Европы (Польша, Чехословакия и ГДР были исключены)<sup>3</sup>. В сущности, сюда были включены все те системы, в которых на данный момент не разделялись правовой и политический моменты «в том смысле, что эти два направления не ограничивались собственной автономной сферой действия». В странах этой системы не существовала легализация политической сферы, но была ярко выражена политизация юридической области. Профессор Маттей предлагал называть эту модель «правовая система стран развития и переходного периода», разделяя ее на транзитную (экссюветская) и развивающуюся (страны Латинской Америки и Африки)<sup>4</sup>. Объединение в одну группу стран Латинской Америки и Африки объяснялось итальянским профессором

---

<sup>1</sup> Это западная правовая традиция с базой однородности по двум основным признакам: 1) схема «закон» явно отличается от политической схемы, 2) закон в значительной степени светский. См: *Common law, civil law e sistemi misti, scandinavi inclusi (Mattei U. Op. cit. – P. 783, 793).*

<sup>2</sup> Это юридические традиции Восточной Европы, где наряду с правовыми системами социальной организации есть важная сфера правовых отношений, регулируемых нормами различной природы, строго религиозных мусульманских систем и философских систем на Дальнем Востоке. В эту семью включаются право мусульманских стран, Индии и других стран индуистского Востока и право конфуцианской традиции. См.: *Mattei U. Op. cit. – P. 791.*

<sup>3</sup> *Mattei U. Op. cit. – P. 787.*

<sup>4</sup> *Mattei U. Op. cit. – P. 793-794.*

их общими проблемами и сущностью: «колониальный опыт и западные правовые модели»<sup>1</sup>.

В общем, страны, входящие в эту семью, поставив перед собой окончательную цель: «достижение функционирующей правовой системы», по существу представляли собой системы, которые выделяли «политический» слой и которым был свойственен определенный транзитный характер, переходный период. Итальянский профессор Маттей отмечал, что именно термин «правило политики» лучше всего передает их сущность, потому что указанным государствам свойственна тенденция к замене конституционного строя, т.е. выход из системы, в которой право торжествует над политикой и переход в группу, которая основана на противоположных отношениях<sup>2</sup>.

Неевропоцентристское видение правовых систем, о котором пишет Маттей, это, по своей сути, повторение того положения, о котором писал профессор Лозано в своих исследованиях. Еще в 1978 году, в предисловии к первому изданию книги, М. Лозано выделил тезисы, на которых основывалось его исследование. Итальянский профессор указывал на «этноцентризм, и в особенности, на юридический евроцентризм»<sup>3</sup>. Необходимо отметить, что структура работы М. Лозано, дополненная в своем содержании в третьем изда-

---

<sup>1</sup> *Mattei U.* Op. cit. – P. 789-790. Автор перечисляет, например: высокая инфляция, относительная нестабильность демократических институтов, если таковые имеются, высокий уровень политизации судебной системы, текущих законодательных реформ, влияние иностранных моделей на правовую культуру и, как правило, правовой литературы не хватает, отсутствует публичность судебных решений (p. 787-788).

<sup>2</sup> *Mattei U.* Op. cit. – P. 788-789. Предложение о «трехсторонности» было как поддержано, так и подвергалось критике. Противники указывали на неопределенность его отношения к понятию законности. См.: *Cfr. Sistemi giuridici comparati*, cit. – P. 19.

<sup>3</sup> *Losano M.G.* I grandi sistemi giuridici, cit. – P. X.

нии<sup>1</sup>, существенно не изменилась и была разработана таким образом, что читатель начинал чтение с изучения европейского права (континентального и англосаксонского) и его генезиса, «так как читатель лучше знал эти системы», затем переходил «к правовым системам американцев, африканцев и азиатов, с усложнением позитивных прав из-за наслоения различных правовых систем на одной территории», но всегда с изучения правовых систем в равной степени. Стратификация правовых систем и их соотношение, которые подчеркивал М. Лозано в отношении стран Латинской Америки<sup>2</sup>, демонстрировали, «как модель континентальной Европы участвовала в социальном и историческом развитии этих государств и как она повлияла на местные правила и положения, в чем было их взаимодействие»<sup>3</sup>. Заметим, что в настоящее время этот известный ученый в области юридической истории в Латинской Америке, Южной Америке<sup>4</sup>, работает в бо-

---

<sup>1</sup> Первое издание 1978 года (с. XXIII-361) посвящалось частному и публичному праву в континентальной Европе, европейским социалистическим правовым системам (вкратце), английскому общему праву и африканскому исламскому праву, Индии и Дальнему Востоку. В 1988 году во 2-е издание (с. XXIX-370) добавлено советское право. Наконец, в 2000 году в 3-м издании представлены главы о русском праве (IV), исламском праве (VII) и праве Южной Америки (с. 175-255).

<sup>2</sup> Глава V, озаглавленная «Право Южной Америки». Отказ от юридического европоцентризма, который отражается, например, в разделе, посвященном «праву Южной Америки», как отмечает *Dagrossa N.C. Op. cit.* – P. 447.

<sup>3</sup> Обе цитаты из: *Losano M.G. I grandi sistemi giuridici, cit.* – P. XI.

<sup>4</sup> Термин «Латинская Америка» относится к центральной и южной части Американского континента, в то время как Losano предпочитает термин «Южная Америка» по трем причинам. С географической точки зрения Латинская Америка также включает Центральную Америку и Карибский бассейн, которые не являются предметом изучения его книги; с этнографической точки зрения «Южная Америка не вся латинская: завоеватели и латиноамериканские иммигранты, коренные популяции и большой процент чернокожих и метисов, унаследованных с периода рабства, а также меньшинство славянских, германских и азиатских поселенцев».

гатом правовом плюрализме, который находит свои истоки в колониальной испанской эпохе и который основан на «трех основных источниках права: право испанское, обычное и индейское».

Укажем, что недавно зарубежная дискуссия о существовании иберо-американской правовой системы была оживлена. В Аргентине была опубликована книга под названием *Sistemas Jurídicos Contemporaneos (Сравнительные правовые системы)*, авторами которой являются *Castán Tobeñas*, *Castán Vázquez* и *López Cabana*. Данная работа открывается ссылкой на то положение, которое уже указывал *Castán Tobeñas* в 1956 году. Высказанное мнение аргентинского ученого представляет собой очень важный момент в анализе европейских правовых систем, а состоит оно в преодолении европоцентристской перспективы в сравнительном правоведении.

Итальянские ученые Сакко (*Sacco*) и Гамбаро (*Gambaro*) поддержали высказанное мнение и, опираясь на него, продемонстрировали, насколько естественно из моделей Испании и Португалии были образованы правовые системы Латинской Америки, и сделали вывод о существовании «латиноамериканской правовой традиции»<sup>1</sup>.

### **Заключение**

Правовые системы Латинской Америки, бесспорно, имеют свое собственное место среди современных правовых систем. Со ссылками на источники нами было показано, с одной стороны, как культурные, правовые и колониальные традиции отличают их от всех других систем, и с другой сто-

---

Наконец, «с политической точки зрения идея назвать “латинской” южную часть Америки была основана на антианглийской политике Франции», которая в прошлом веке, особенно в Северной и Южной Америке, хотела противопоставить латинский мир английскому (p. 177).

<sup>1</sup> Sistemi giuridici comparati, cit. – P. 406-408.

роны, что существует связь между испанским правом и римским правом.

Общие проблемы и перспективы развития привели ученых к различению и выделению правовых систем Латинской Америки в «семью» внутри так называемой модели развития. «С точки зрения истории права между странами Южной Америки гораздо больше того, что их объединяет, чем того, чем они различаются. Выделение иберо-американской правовой системы компаративистами – и в более общем, юристами – больше не может игнорироваться. Отказ от евроцентризма необходим»<sup>1</sup>.

*Фёдоров М.В.*<sup>2</sup>

### **ЛАТИНОАМЕРИКАНСКИЙ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ: КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ К ПОНЯТИЮ**

Концептуальные исследования конституционализма в современных условиях России являются одной из самых актуальных тем правовой науки. Большое значение и актуальность приобретает для российского правоведения изучение опыта зарубежных стран, имеющих исторически длительные традиции становления и развития различных форм буржуазного конституционализма, дающих возможность учета эффективности этих моделей при выработке собственной стратегии конституционных реформ, основанной на синтезе западных норм и российских политико-государственных и конституционных реалий.

---

<sup>1</sup> *Levaggi A.* El Mercosur desde la perspectiva de la historia del derecho // AA. VV., La filosofía del derecho en el Mercosur. – Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. – P. 251.

<sup>2</sup> Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права РУДН.

Представляется весьма своеобразным и интересным подход латиноамериканских ученых-юристов к рассмотрению проблемы понятия конституционализма<sup>1</sup>. Конституционная история Латинской Америки с момента независимости насчитывает более 280 конституций, принятых в различных странах этого региона, не считая конституций, не вступивших в действие по тем или иным причинам, и бесчисленного количества конституционных актов. В латиноамериканской юридической литературе не дается общепринятого понятия конституционализма. В большинстве случаев попытки латиноамериканских авторов дать определение конституционализма сводятся к абстрактным и расплывчатым рассуждением о самой конституции, её эволюции, о правлении, ограниченном конституционными нормами, о её связи с концепцией «правового государства». Большинство исследований посвящены обычно анализу, часто очень подробному, самих текстов конституций, истории их развития и эволюции на определенном этапе. Для латиноамериканских, так же как и для испанских авторов конституционализм сводится прежде всего к конституционным нормам. Так, испанский юрист А. Посада, говоря о латиноамериканском конституционализме, определяет современные государства как «конституционные государства, в том значении, что их идея, их действие, их структура и режим их жизни обычно конкретизируются в конституции или в документах и нормах, которым придается конституционный характер». «Универсальность этого политического конституционализма» понимается А. Посадой «как режим, суммированный в какой-либо форме конституции»<sup>2</sup>.

Один из виднейших латиноамериканских конституционалистов Сачика Апонте, претендующий на всестороннее

---

<sup>1</sup> См.: Федоров М.В. Понятие конституционализма: латиноамериканский подход // Конституция как основа правовой системы государства в XXI веке: Материалы международной научно-практической конференции. Москва, 30-31 октября 2008 г. – М., 2009.

<sup>2</sup> Posada A. Tratado de derecho politico. – Madrid, 1924. – Т. 2. – Р. 3.

исследование понятия конституционализма, предпринимает попытку выделить характерные черты конституционализма, дать отличие понятия «конституционализм» от «конституционного права», но в конечном итоге отождествляет его с понятием «правовое государство». Подчеркнув, что «конституционализм сводится к специфической форме либерального буржуазного правового государства с эволюцией либеральной демократии», Сачика Апонте делает следующий вывод: «Индивидуальная свобода и равенство, различие и разделение публичной власти на отрасли, механизмы «рационализации» социальной власти, сокращение к минимуму власти государства, конституция как инструмент юридически эффективного регулирования деятельности социальной власти, законное правительство, отвергающее любой фактор личного самоуправства или неблагоприятных полномочий, одним словом – правовое государство, как негативная концепция государства – есть конституционализм»<sup>1</sup>. Не менее путаное понимание конституционализма можно встретить в работах других латиноамериканских авторов. Например, в многотомном труде «Трактат по науке конституционного права»<sup>2</sup> аргентинский юрист Линарес Кинтана посвящает 1-й том («Конституционализм и конституционное право») теоретической разработке данной проблемы, сводя, тем не менее, все свои изыскания лишь к рассмотрению возникновения и эволюции конституционных текстов. В этой работе, на наш взгляд, именно теории как раз и недостаточно.

В работах последних лет латиноамериканские авторы стремятся уйти от однобокого отождествления конституционализма с правовым государством. Так, колумбийский профессор В.Н. Месса понимает конституционализм как «поли-

---

<sup>1</sup> *Sahica Aponte L.C.* Constitucionalismo colombiano. Historia, teoría y realidad del sistema. – Bogota, 1962. – P. 38-39, 113-115.

<sup>2</sup> *Linares Qointana S.V.* Tratado de la ciencia del derecho argentino y comparado. – T. 1-6. – Buenos Aires, 1953-1956.

тическое и философское движение мысли и действия, которое началось в Англии в XVII веке, распространилось по континентальной Европе на протяжении XVIII века и дало свои первые всходы в Латинской Америке в начале XIX века. Целью этого движения было стремление покончить с абсолютной монархией, подчинив правительства Конституции, в которой установлено ограничение власти, права человека, гарантированы частная собственность и принципы народного суверенитета». «Конституционное движение, или эра конституционализма, – считает В.Н. Месса, – явилось заключительным вкладом в формирование современного конституционного права, когда проявляется тесная связь между наукой конституционного права и процессом распространения идеологии конституционализма»<sup>1</sup>.

Говоря о двухвековой истории латиноамериканского конституционализма, можно повторить слова колумбийского исследователя Марко Паласиоса: «Проблема по существу продолжает оставаться той же самой с основания республики: разрыв между грезами конституционализма и социальной практикой»<sup>2</sup>.

Важное значение историческому аспекту исследования конституционализма придают многие латиноамериканские авторы. Так, колумбийский профессор конституционного права, член колумбийской Академии юриспруденции Эрнан Алехандро Олано Гарсия в своей известной работе под характерным названием «Исторический конституционализм. История Колумбии сквозь призму ее конституций и реформ», рассматривая историю конституционализма Колумбии с момента независимости до наших дней и пытаясь найти более адекватное название своему концептуальному подходу к ис-

---

<sup>1</sup> *Naranjo Mesa Vladimiro*. Teoría constitucional y instituciones políticas. – Bogotá, 2006. – P. 37. Ver, también: *Naranjo Mesa V.* Curcilio de Historia constitucional colombiano. Diario “El Espectador”. – Bogotá, 1991.

<sup>2</sup> *Palacios M., Sappord F.* Colombia: país fragmentado, sociedad dividida. – Bogotá: Norma, 2002. – P. 614.

следуемому явлению, использует различные варианты: «Конституционная история», «История конституционализма», «История конституций», «История конституционного права», «Эволюция конституционализма», «Институциональная история», «Историческая эволюция конституционализма и институтов», «Истоки конституционализма», «Исторические конституции государства», останавливается на первоначально избранном названии, так как, по его мнению, все другие затрагивают отдельные аспекты проблемы и только исторический подход к исследованию конституционализма позволяет провести наиболее полный и всесторонний анализ этого феномена. Он приходит к знаменательному выводу: «Именно в истории мы находим наше будущее, чтобы установить и сохранить национальную идентичность»<sup>1</sup>. Ему вторит Карлос Мора Буитраго, подчеркивая, что исследование любого феномена государственно-правовой жизни страны должно начинаться с момента его зарождения, так как «изучение истории больше чем простое описание, оно является компромиссом современного человека, который не может оставаться безучастным к окружающим его ситуациям, и не может прекратить искать объяснение реальности, в которой он находится»<sup>2</sup>. Еще более важное значение историческому подходу в исследовании конституционализма придает колумбийский профессор Андрес Ботеро Берналь, утверждающий, что только исторические исследования конституционализма «могут дать новый импульс истории права», несмотря на множество трудностей, стоящих перед ними, главнейшими из которых являются следующие: во-первых, существование отсталого правосознания, встречающегося в штыки любой историко-академический подход к феномену права:

---

<sup>1</sup> *Olano García Hernán Alejandro*. *Constitucionalismo Histórico. La Historia de Colombia a través de sus Constituciones y Reformas*. Segunda edición, Ediciones Doctrina y Ley LTDA. – Bogotá, 2007. – P. XX.

<sup>2</sup> *Mora Carlos Alberto, Peña Margarita, Pinilla Patricia*. *Historia de Colombia*. – Bogotá: Norma, 1977. – P. 3.

а именно нигилистический взгляд на профессию юриста и поддержку концепции, по которой осуществление профессиональной деятельности возможно без теоретических и исследовательских способностей; во-вторых, наличие многочисленных специалистов права, полагающих, что формирование юриста ограничивается изучением основ действующих законов; и в-третьих, «недостаток литературы по истории права»<sup>1</sup>.

Как считает один из известных конституционалистов Латинской Америки Г.Д. Белаундэ, можно утверждать, что латиноамериканский конституционализм – понимая под этим выражением конституционную культуру, которая дала форму государства этого континента непосредственно после завоевания независимости, – охватывается несколькими характеристиками, такими как гетерогенность, неоригинальность и своеобразие<sup>2</sup>. Как нам представляется, наличие такой характерной черты, как «своеобразие», исключает возможность использовать для объяснения конституционализма термин «неоригинальность». Гетерогенность возникла вследствие исчезновения гомогенности (однородности) колониального периода при переходе от политического единства «королевства Индий» к плюрализму конституционных подсистем, различных, но сравнимых, представленных Мексикой и Центральной Америкой, Венесуэлой и Колумбией, Бразилией, Аргентиной и Уругваем и с определенными особенностями конституционными системами Перу и Чили. «Неоригинальность» вытекает в основном с силу прямых и крепких связей, которые соединяют Латиноамериканский континент с европейским правом на базе колониального опыта.

---

<sup>1</sup> *Botero Bernal Andrés*. Origen del Constitucionalismo Colombiano // Cjlección Memorias Jurídicas. – # 1. – Medellín: Universidad de Medellín, 2006. – P. 21.

<sup>2</sup> *Belaunde Garcia D.* Existe un espacio publico latinoamericano? // Estudios constitucionales, 2003. – P. 65.

Речь идет о правовом влиянии, осуществленном *ius comune*, школой естественного права и юснатурализмом; но также культурным влиянием Испании, которое было определяющим для конфигурации идентичности Латинской Америки. Доктрина добавляет к этому феномен правовой «подземной инфильтрации», который в течение трех веков политического господства не мог не оставить неизгладимый отпечаток в правовой культуре континента.

Также значительным было влияние европейского и североамериканского конституционализма в свете либеральных революций конца XVIII века, покончивших с абсолютистским государством и утвердившим государства конституционные.

Помимо революционного импульса, данному движению за независимость, либеральные идеи оставили заметные следы в первых конституционных текстах Латинской Америки, которые были направлены, через признание принципа разделения властей, главным образом на внедрение ограничений на концентрацию власти, вначале посредством критерия запрещения перевыборов на должности. Принцип ограничения власти закрепляется, например, в ст. 13 и 14 Конституции Перу 1839 года: «Осуществление суверенитета зиждется в Законодательной, Исполнительной и Судебной Властях. Ни одна из трех Властей не может выйти за рамки, которые ей предписывает Конституция»; в главе V, ст. 2 Конституции Венесуэлы 1819 года: «Народ Венесуэлы не может осуществлять самостоятельно никакие другие атрибуты Суверенитета кроме атрибута выборов, и не может сосредоточить его в одних только руках. Суверенная власть будет разделена для своего осуществления на законодательную, исполнительную и судебную»; в ст. 22 Конституции Аргентины 1853 года: «Народ принимает решения и управляет только через своих представителей и уполномоченных, созданных по этой Конституции. Любая вооруженная сила или собрание людей, которое присваивает права народа и высту-

пает от его имени, совершает преступный мятеж»; в преамбуле Конституции Чили 1828 года: «Конституция устанавливает наиболее подходящие гарантии против любого рода злоупотреблений власти; против любых эксцессов власти».

В любом случае конституционные тексты восприняли формальный образ либерального конституционализма: примером может служить Конституция Венесуэлы, три первых статьи которой похоже воспроизводят многие предписания французской Декларации прав человека и гражданина: Ст. 1: «Правами человека являются свобода, безопасность, собственность и равенство. Общее счастье, которое является целью общества, состоит в пользовании во всей полноте этими правами». Ст. 2: «Свобода – это право, которое имеет каждый человек делать все, что не запрещено законом. Закон является единственным правилом, которому должно соответствовать его поведение». Ст. 3: «Свободное и суверенное выражение общей воли, выраженной конституционным образом, – вот что представляет собой закон. Закон может приказывать только то, что справедливо и полезно; может запрещать только то, что приносит вред обществу, и наказывать только преступление». Конечно, по другим вопросам конституции закрепляли различные решения в зависимости от силы привлекательности испанской традиции или североамериканского конституционализма: как, например, в религиозных вопросах латиноамериканские конституции, как правило, закрепляли в качестве единственной религии государства католическую, апостольскую и римскую религию.

Однако если нет сомнений в том, что Латинская Америка участвовала «в философских и политических идеях современного цивилизованного мира посредством конституционного порядка»<sup>1</sup>, то также верно, что это произошло на базе

---

<sup>1</sup> *Gross Espiell H.* El Constitucionalismo latinoamericano y la Codificación en el siglo XIX // *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002. – P. 149.

оригинального процесса, в сущности которого лежат конституционные решения, возникшие в период борьбы за независимость, и которые содержали имеющие важное значение элементы, отличавшиеся от современных им европейских образцов. Это позволило сделать вывод, что «Европа – это матрица, но Латинская Америка имеет собственную реальность»<sup>1</sup>. Латиноамериканские авторы подчеркивают, что не следует забывать о том, что внедрение институтов североамериканского и французского конституционализма в другую институционную культуру дало результаты весьма отличающиеся в сравнении с их прототипами, как это ясно демонстрирует эволюция федерализма и президенциализма в Латинской Америке<sup>2</sup>.

Кроме того, установившийся республиканский строй характеризовался как представительный, однако никогда не смог стать по-настоящему демократическим, в то время как соответствующие изменения в институционных структурах не были дополнены соответствующей трансформацией в экономических и социальных отношениях, с существенным проникновением в их внутренний порядок ценностей и принципов конституционализма. Как следствие, конституционная история Латинской Америки, сразу после периода войны за независимость, демонстрирует ускоренное удаление от духа (больше чем от буквы) европейского конституционализма.

Если проанализируем нынешнее конституционное развитие многочисленных нормативных актов Латинской Америки в свете предыдущего опыта, то представляется явное отличие действующих конституций от первых конституций, как новеллы правовой мысли, которые привели к тому, что

---

<sup>1</sup> Vease: *Balaunde Garcia D.* Existe un espacio publico latinoamericano? – P. 66.

<sup>2</sup> В отношении федерализма см.: *Valades D.* Gobernabilidad y constitucionalismo en America Latina. – Mexico, 2005.

в доктрине появился неологизм – латиноамериканский «нео-конституционализм»<sup>1</sup>.

Существенные черты этого изменения можно наблюдать главным образом по трем важнейшим элементам: природа конституционного процесса, появление различных идей конституции и совершенствование техники гарантий основных прав.

Что касается конституционных процессов, то следует отметить усиление демократических начал. А именно формирование новых конституционных текстов, характеризующихся тремя элементами<sup>2</sup>: в первую очередь, с точки зрения результатов преобразования формы авторитарного государства в сторону демократических основ; что касается процесса перехода к новой форме, то главной чертой был его мирный характер. Наконец, были созданы новые конституции, в разработке которых участвовали видные представители старого режима, прикрываясь на первых порах принципами ответственного правительства; в то время как в других случаях процесс создания новых конституций вбирал в себя оп-

---

<sup>1</sup> См. об этом: *Valades D.* El nuevo constitucionalismo iberoamericano, en: F. Fernandes Segado (coord.) *La Constitucion de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano.* – P. 471, ss.; AA.VV., *El Nuevo derecho constitucional latinoamericano.* – Caracas, 1996; *L. Valades, M. Carbonel* (coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI.* – Mexico, 2000. О становлении и эволюции латиноамериканского конституционализма с момента независимости см.: *J. Soberanes Fernandez.* El primer constitucionalismo iberoamericano. – Madrid, 1992; *M. Ferrer Munoz.* Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano. – Mexico, 1996; *E. De La Torre Villar, J.M. Garcia Laguardia.* Desarrollo historico del constitucionalismo hispanoamericano. – Mexico, 1976; *B. Bravolira.* El Estado constitucional en Hispanoamerica, 1811-1991. – Mexico, 1992.

<sup>2</sup> См.: *Ceccherini E.* La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzione. – Milan, 2002; *Vergottini G. De.* Le Transizioni costituzionali. – Bologna, 1998; *Mezzetti L.* Le democrazie incerte. – Turin, 2000; *Carducci Michel* (coord.) *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie – Africa e America Latina.* – Milan, 1998.

позиционные силы и высших руководителей вооруженных отрядов<sup>1</sup>.

Речь идет о явно положительном феномене, в котором можем найти некоторые черты, которые резюмируются через идею создания «неполной» демократии, или, как пишут некоторые авторы, – «неправильной» демократии<sup>2</sup>. Среди этих черт можно указать, с нашей точки зрения, тот факт, что не всегда возвращение к демократии сопровождалось установлением адекватных институтов, таких как, например, усиление разделения властей, укрепление институтов контроля или улучшение механизмов собственной представительной демократии.

С другой стороны, с точки зрения развития теории конституционализма проявляется глубокое новшество, вытекающее из возникшей нормативной идеи конституции как правовой связи, санкционирующей действия всех публичных властей<sup>3</sup>. Конституции уже рассматриваются не как документ преимущественно политический и программный, а как совокупность высших норм непосредственного и прямого действия; они не представляют только политический манифест, «связующий канал» идеологии и институционных

---

<sup>1</sup> Можно указать, например, процесс сотрудничества в Колумбии с членами вооруженных партизанских отрядов, что облегчило конституционную реформу 1991 года; изменения в Конституции Сальвадора после соглашения с Фронтом имени Фарабундо Марти в 1991 году; Пакт де оливос в Аргентине, заключенный между представителями политических сил – перонистами и радикалами, что послужило основой для конституционной реформы 1994 года; пакт между оппозицией военному правительству способствовал конституционной реформе в Бразилии 1988 года и др.

<sup>2</sup> См.: *Mezetti L. Le democrazie incerte.* – Turin, 2000.

<sup>3</sup> О значении нормативной силы Конституции смотри фундаментальные работы: *V. Crisafulli La Costituzione e le sue disposizioni di principio.* – Milan, 1954; *E. Garcia de Enteria. La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucionalm.* – Madrid, 1985.

принципов<sup>1</sup>, а служат как минимум параметром оценки легитимности актов и действий, осуществляемых всеми учрежденными властями<sup>2</sup>.

Подтверждается высшая сила конституции, и уважение к ней превращается в необходимую часть принципа законности, из чего происходит прогрессивная юрисдикциональность конституционного права, которое отмечает окончательное изменение права политического на право конституционное.

В исторический период, следующий за завоеванием независимости и распространением идей Боливара, выдвинувшего в своем послании от 26 мая 1826 г. Конституционному конгрессу Боливии непреходящую необходимость установить формы контроля за конституционностью актов публичных властей<sup>3</sup>, конституционалисты оказались под явным влиянием теорий «политической защиты» конституции.

Французские революционеры, понимавшие, что закон может быть несправедливым и противоречить правам индивида, тем не менее не одобряли возможности внедрить контроль за законодательством со стороны судей; по их мнению дело защиты уважения конституции должно быть передано в соответствии с принципом национального суверенитета политическому представительному органу или, что лучше, непосредственно избирательному корпусу. Отсюда и предложение зарезервировать эту компетенцию за органами по-

---

<sup>1</sup> *Gros Espiel H.* El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX // *Anuario iberoamericano de justicia constitucional.* – 2002. – P. 149. В работе приводятся конституционные документы в качестве примера конституционализма как «идеала, как необходимого инструмента для изменений и для достижения политических принципов и целей, которые провозглашаются».

<sup>2</sup> См.: *Bidart Campos J.* La codificación constitucional e la Constitución real // *Libro homenaje a Manuel García Pelayo.* – I. – Caracas, 1980.

<sup>3</sup> Об этом подробно см.: *Rozo Acuna E.* Bolívar: obra política y constitucional. – Madrid, 2007.

литического характера: такими как сенат, в аспекте идей Сийеса, или глава государства.

Отзвук этих дебатов мы находим в Конституции Кадиса 1812 года<sup>1</sup>, которая вверяет парламенту полномочие анализировать случаи нарушения Конституции и принимать решения о последующей ответственности. Так, можно привести в качестве исторического примера Конституционный декрет о свободе Мексиканской Америки от 22 октября 1814 г., ст. 127 которого признавала право каждого гражданина представлять своевременные рекламации против нарушений основных признанных прав; в свою очередь ст. 8 Конституции Юкатана от 31 марта 1841 г. позволяет прибегать к подаче таких рекламаций против актов или законов публичных властей<sup>2</sup>.

Влияние французской конституционной мысли встречается в различных конституциях периода борьбы за независимость, в которых задача наблюдать за уважением к конституционным нормам доверяется органам законодательной власти, таким как Палата цензоров в конституции Боливии 1826 года или Конгрессу в Конституции Перу 1823 года, или специальным органам, как, например, Государственный совет в Конституции Эквадора 1851 года<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> О влиянии Конституции Кадиса 1812 года на латиноамериканский конституционализм см.: *Алексеева Т.А.* История испанской конституции. – М.: Проспект, 2011; *Clavero B.* Anual de historia constitucional de Espana. – Madrid, 1989; *Berrueto Leon.* La presencia americana en las Cortes de Cadiz, en *Materiales para el estudio de la Constitucion de 1812.* – Madrid, 1989. – 53 ss.; *Garcia Laguardia J.M.* Origenes de la democracia constitucional en Centro America. – S. Jose, 1976; *Fernandez Segado F.* Espana e Iberoamerica: una reciproca permeabilidad constitucional, en *La Constitucion de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano.* – Madrid, 2003. – 13 ss.

<sup>2</sup> См.: *Fiz Zamudio H.* Insayos sobre el derecho de amparo. – Mexico 2003. – P. 428 b ss.

<sup>3</sup> Более подробно об этом см.: *Fernandez Segado F.* La giurisdizione costituzionale in America Latina e la sua problematica nel XX secolo. – Lecce, 2007. – P. 19, ss.

Третий новый элемент неоконституционализма Латинской Америки касается улучшения и уточнения кодификационной техники и гарантий основных прав.

По нашему мнению, исследование конституционализма не может быть ограничено только анализом конституционных текстов, каким бы полным этот анализ ни был. Без рассмотрения фактических отношений властвования, складывающихся в конкретной исторической обстановке, без изучения влияния различных экономических, политических, идеологических и других факторов на эти отношения, невозможно добиться воссоздания достаточно полной и адекватной картины конституционной действительности.

Поэтому исследование конституционализма должно охватывать, во-первых, систему доктрин, идей и взглядов, на конституцию и право, сложившихся в данный исторический момент в той или иной стране; во-вторых, общественно-политическое движение конституционализма за принятие конституции; в-третьих, анализ конституций как особого правового источника конституционализма, конституционных актов, конституционных институтов и принципов, разработанных и действовавших в этот период; в-четвертых, систему осуществления государственно-правовой и политической практики, функционирующей на основе конституционных положений или вразрез с ними. Данный подход не претендует, естественно, на исчерпывающее объяснение такого многопланового явления, как конституционализм, но выявление и вычленение этих, по нашему мнению, наиболее важных его слагаемых даёт достаточно полное представление о конституционализме как о сложном и многогранном явлении и процессе государственно-правового развития.

## РАЗДЕЛ 9

### КОДИФИКАЦИЯ В СЕВЕРНОЙ АМЕРИКЕ

*Thomas W. Hoya*<sup>1</sup>

#### CODIFICATION OF PRIVATE LAW IN THE USA<sup>2</sup>

##### *Introduction*

The codification of private law plays an important role in the development of law in the USA, although our country has the common law system. The USA and Canada are the major countries in North and South America that have the common law system in a part of the world where the overwhelming majority of countries use the civil law system. The common and civil law systems, however, are gradually becoming more like each other. In the USA this phenomenon is shown by the increasing roles of legislation and codification in our legal system. Codification of private law in the USA is generally accomplished by three methods: adoption of a uniform law, adoption of a model law, and compilation of laws concerning a particular subject matter. Each of these three methods is discussed in the following sections<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Томас Хойа (США), федеральный административный судья в отставке, профессор.

<sup>2</sup> Автор откликнулся на приглашение к участию в конференции исходя из предположения, что кодификация частного права в северной части Нового Света, несмотря на системные различия с континентальной её моделью (civil law tradition of codification), заслуживает внимания российских компаративистов. Редакционная коллегия приняла решение поместить в настоящем сборнике доклад проф. Т. Хойа на одном из рабочих языков конференции, английском.

<sup>3</sup> This paper draws heavily from E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States* (3d ed.) (Oceana Publications, Inc., 1996).

### ***Uniform Law; Uniform Commercial Code ("UCC")***

*Problem.* The best known and most successful codification of private law in the USA through adoption of a uniform law concerns commercial law. It is this law that is an aspect of our legal system that especially perplexes foreigners. Instead of one commercial code for the whole country, in each of our fifty states there is a separate commercial law.

Of course the absence of a single commercial code for the whole country was very inconvenient for commercial transactions between Americans of different states and for such transactions between Americans and parties from other countries. The shortcomings suffered and the successes achieved in our effort to address this problem could be experienced as well in the codification of private law in a civil law country.

The explanation for the absence of a single commercial code for our whole country is found not in logic, but in the history of our country. At the end of the 18th century when the country was founded and the constitution was adopted, the primary loyalty of the average American was not to his country, but to his individual state. Accordingly, in the Constitution the authority over commerce was divided between the central (federal) government and the states.

By the late 19th century the inconvenience of a separate commercial code for each state had become so apparent that it was decided to try to create a uniform code for all of the states. At this time, however, it was thought that the authority over commerce given by the Constitution to the central government was insufficient for prescribing such a code for all the states.

In this situation the attempt to create a uniform commercial code for the states focused on the states themselves. A group of legal experts was formed, and this group prepared a uniform commercial code. This code is named the Uniform Commercial Code ("UCC"). This new UCC, however, had no legal force.

The group of experts was simply a private body, having no legislative authority. The UCC that it had prepared was simply a recommendation of the group offered to the states for their adoption if they wanted. The UCC did acquire legal force as soon as it was adopted by a state. Then it had the force of law, although only within that state.

Ultimately, however, the UCC was adopted by every one of our fifty states. Thus the UCC has the force of law throughout the country. The desirability of a uniform commercial law and the legal prestige of the experts in the originating group facilitated the adoption by all the states.

*Shortcomings of the UCC.* Nevertheless, complete unification of commercial law in our country has not been achieved. Many states in adopting the UCC amended it partially, or amended it after adoption. In addition, the circumstances of commercial transactions are always changing. At the present time, for example, change comes from the increasing use of computers. To accommodate the UCC to these constantly occurring new circumstances, a group of experts is always amending the UCC.

But this regular amendment means that a state adopting the UCC after an amendment does not adopt exactly the same UCC that was adopted by states adopting the UCC before the amendment. This is another reason why the UCC has not achieved a complete unification of commercial law for the country. However, in spite of these problems with total unification, the core of the UCC does have the force of law throughout the whole country. It represents a huge improvement over the prior situation in which every state had a different commercial law. As already stated, the UCC is the best known and most successful effort in the USA to unify the different laws of the state on any subject.

### ***Model Act; Compilation of Laws***

Other approaches to codification of private law are also used in the USA. The model act is one of these other approaches.

*Model Act.* Areas of law exist in the USA in which the law of every state differs from the law of other states, but in which a uniformity of law among the states is unimportant. On occasion some states want an example of a high quality codification of this area of law. These states may have few experts in this area who could prepare for their state a good quality code of this law. In this situation some private group of experts – for example, the same group that prepared the UCC or some similar group – prepares a model act. Those states so desiring then adopt this model act. A model act in the USA for an area of law in which uniformity among the states is unimportant is the Model Family Law Arbitration Act.

*Compilation of Laws.* Still another approach to codification is the compilation of individual laws concerning the same area of law. Laws adopted by a legislature in the USA – either by Congress or by a state legislature – are published after the end of the legislative session in which they were adopted. These publications of the laws of the session organize the laws in chronological order.

But a lawyer usually wants to read all the laws of some particular area of law regardless of their chronology. Therefore compilations of laws are prepared organizing the laws by subject matter. Such a compilation is often called a “code” and, when the subject matter is an area of private law, the code is a codification of private law.

The compilation as such has no force of law; it is simply an unofficial collection of laws organized by subject matter rather than by chronology. The official citation of a law contained in the compilation would still be to the laws of the session in which the law was enacted. Although compilations by subject matter

may be unofficial, however, they are regularly used in legal research because it is so convenient to study in one place all the laws bearing on a particular subject matter.

Such unofficial compilations of laws by subject matter are, however, often themselves enacted by the legislature. When so adopted by the legislature, such compilations may themselves be cited as the official citation of the laws contained in them.

**КОДИФИКАЦИЯ  
ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА  
В ЛАТИНОАМЕРИКАНСКИХ СТРАНАХ**

*Материалы  
международной научной конференции*

Корректор *Н.Ф. Кирилова*  
Технический редактор *Н.А. Ясько*  
Компьютерная верстка *Ю.А. Заикина*  
Дизайн обложки *М.В. Рогова*

Подписано в печать 23.05.13 г. Формат 60×84/16. Печать офсетная.  
Усл. печ. л. 15,0. Тираж 500 экз. Заказ 412

---

Российский университет дружбы народов  
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

---

Типография РУДН  
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. 952-04-41