

**МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ
ФЕДЕРАЦИИ**

**Федеральное государственное образовательное учреждение
высшего образования
«АЛТАЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»**

Юридический факультет
Кафедра теории и истории государства и права

**Рецепция зарубежного права в России:
теоретико-практический аспект
(магистерская диссертация)**

Выполнил магистрант
2 курса, 361 м группы
Бердников С.С.

_____ подпись

Научный руководитель:
д.ю.н., профессор
Васильев А.А.

_____ подпись

Допустить к защите
Зав. кафедрой,
д.ю.н., профессор
Васильев А.А.
«__» _____ 2018 г.

Выпускная квалификационная работа
защищена
«__» _____ 2018 г.
Оценка _____
Председатель ГЭК

Барнаул 2018

Содержание

Введение	3-5
Глава I. Общая характеристика рецепции права	
§1. Понятие рецепции права	6-22
§2. Виды рецепции права	23-30
Глава II. Рецепция отдельных институтов права	
§3. Заверения об обстоятельствах	31-46
§4. Французский правовой институт астрент (astreinte)	47-56
Заключение	57-59
Библиографический список	60-63

Введение

Осуществляемая глобализация в мире стремительно формирует однополюсный мир, оказывая влияние на абсолютно все сферы жизнедеятельности человека, в том числе культурную, экономическую, политическую, а также правовую составляющую общества. На самых высоких уровнях политико-правового взаимодействия активно и настойчиво продвигаются практические меры по реализации принципов глобализма.

Одним из подобных инструментов в правовой среде является рецепция права, с помощью которой происходит единообразное регулирование однородных общественных отношений в правовых системах различных государств. В процессе становления правовой системы России заметный отпечаток после себя оставляет влияние иностранных правовых институтов. В связи с чем, изучение рецепции права особенно актуально для изучения динамично развивающегося действующего российского права.

В Российской Федерации после коренных реформ 1990-х годов, сломавших ранее имевшуюся правовую парадигму в государстве и представлявших собой полномасштабную рецепцию иностранного права, не завершён период модернизации правового строя с учетом западного опыта. Учитывая вышеизложенное, вопросы рецепции права представляются крайне актуальными для исследования.

Практика пореформенного периода очевидно свидетельствует, что рецепция является, во-первых, неотъемлемым катализатором изменения правовой системы по пути прогресса, во-вторых, как следствие, применение рецепции приводит к негативным явлениям

м правовой действительности, а в последующем к непринятию иностранной правовой материи, использованной в отрыве от почвенных традиционных историко-культурных основ российского права. Поэтому формирование общетеоретической концепции рецепции права - важная задача отечественной юридической науки.

Несмотря на весомую практическую значимость этого вопроса, в современной российской литературе ощущается недостаток фундаментальных работ, основанных на изучении рецепции права, а, тем более, анализа реципированных положений в правоприменительной практике.

Целью настоящего исследования является всестороннее и комплексное теоретико - методологический анализ института рецепции права в российской правовой системе, в том числе и со стороны его практической реализации.

В целях достижения поставленной в настоящем исследовании цели необходимо решить следующие задачи:

- осуществить логико-понятийный анализ смежных с рецепцией категорий и объектов, таких, например, как преемственность в праве, трансплантация, реставрация;
- определить существенные признаки, при наличии которых возможно утверждение о рецепции права;
- провести анализ законодательных положений, которые являются результатом рецепции права, и установить наличие (либо отсутствие) признаков рецепции права.

В основу методологического базиса настоящей диссертации положены общенаучные, частнонаучные и частноправовые методы изучения политико-правовых и социальных-экономических явлений, рассматриваемых в процессе их исторического развития. Важное место для исследования занимают принципы связи исторического и логического, эмпирического и теоретического познания, анализ культурологического контекста права.

Объектом исследования являются теоретико-практические моменты института рецепции права; система отношений, возникающих в процессе действия рецепции.

Предмет исследования представляет собой юридические конструкции, механизмы, формы и способы восприятия отечественным правом норм, институтов, учений инокультурного происхождения.

Степень разработанности темы. В российской правовой науке рецепция рассматривалась, главным образом, в контексте историко-правовых исследований, в частности, рецепции римского права.

При подготовке работы автор изучил наследие российских, советских и зарубежных учёных, труды которых применительно к предмету исследования целесообразно разделить на следующие направления.

- работы отечественных философов: Н.Я. Данилевского, Л.Н. Гумилёва, Н.А. Бердяева, Н.Я. Грота, Л.Э. Даниленко, Д.И. Дубровского, Л.В. Иванова, Э.В. Ильенкова, И.А. Ильина, И.Т. Исаева, Б.М. Кедрова, Б.А. Кистяковского, В.А. Лекторского, В.Н. Легикова, К.Н. Леонтьева, И.О. Лосского, О.Б. Манжоры, А.С. Мамзина, Б.Н. Мокина и др.

- работы отечественных правоведов и историков: С.С. Алексеева, М.В. Баглая, М.И. Байтина, В.М. Баранова, П.П. Баранова, М.А. Богословского, В.В. Бойцовой, Л.В. Бойцовой, С.Н. Братуся

- работы зарубежных философов, правоведов, историков: Э. Аннерса, Ж. Барта, Дж. Бермана, М. Боу, Ф. Бэкона, Г.В.Ф. Гегеля, Р. Давида, Р. Декарта, Т. Ионашку, Р. Иеринга, И. Канта, Ж. Карбонье.

Научная новизна работы состоит в комплексном исследовании рецепции как правового явления и правовой категории, её функциональной роли и значения в российской правовой системе. Специфика работы заключается в отрицании аксиоматичности утверждений о высокой роли рецепции права в действующей законодательстве.

Глава I. Общая характеристика рецепции права.

§1. Понятие рецепции права.

При регулировании динамично развивающихся общественных правоотношений с учетом нарастающей глобализации в мировом правопорядке в целом в государственно-правовом механизме всех мировых держав довольно часто встречаются похожие, а порой ничем не отличимые друг от друга элементы. При этом по наблюдениям ученых, являющихся как юристами, так и историками, одинаковые элементы правового регулирования прослеживаются не только в правовой системе, относящихся к одному и тому же историческому периоду времени, но и в системах, имеющих между собой значительный исторический интервал¹.

Современное юридическое сообщество глубоко убеждено, что использование иностранного правового материала является одним из наиболее актуальных инструментов, благодаря которому происходит эволюция права, его поступательное движение к наиболее эффективному регулированию общественных отношений. Действительно, компаративно производя сравнение истории становления общественно-политических форм различных государств без особого труда возможно установить, что лица, на которых возложены функции по принятию средств регулирования, довольно часто прибегали к заполнению правового вакуума правового регулирования путем заимствования и перенесения уже длительное время использующегося и доказавшего свою эффективность нормативно-правового материала правопорядка другой страны мира. Для примера приведем, что ретры древнего спартанского общества черпали истоки, в том числе из законодательных систем, расположенных в географической близости, несмотря на закрытость и автономность спартанского общества, его претензиями на исключительность и доминирование². История нашего

¹ Неновски Н. Преемственность в праве (перевод с болгарского).— М.: Юридическая литература, 1977. С. 16

² Рыбаков В.А. рецепция права: проблемные вопросы// Вестник Омского университета. Серия «Право», 2008, № 3 С. 57

государства знает примеры рецепции, начиная с древних времен. Славяне древнерусского государства также после знакомства с рядом правовых положений Византийского права использовали в правовом регулировании часть его нормативно-правового материала.

Однако, возведение в преобладающую систему взглядов и мировоззренческих идей принципа, предусматривающего отрицание и отторжение самой возможности использования правового опыта какого-либо иного государства и одиозного отношения к нему, как показала история, не препятствовало использованию такого механизма модернизации набора правовых средств в правовом регулировании. В доказательство поставленного тезиса следует привести в пример государств, основной и господствующей идеологией которых являлись философско-политические идеи и учения, получивших свое фундаментальное закрепление и раскрытие в трудах немецких исследователей Ф. Энгельса и К. Маркса. Основываясь на подобном социально-политическом мировоззрении, действующая власть не принимала идею решения возникающих потребностей в бурно развивающемся правовом регулировании путем использования уже имеющегося и апробированного нормативно-правового материала капиталистических, буржуазных стран, хотя и пригодного для его имплементации в действующее законодательство. В своих лозунгах и призывах подобные политические силы призывали к образованию нового, не похожего ни на что существующее, права, отвечающего требованиям определенного социального класса. Так, СССР настаивал на создании абсолютно нового - «пролетарского» права, за возвращение к национальному немецкому праву в свое время призывала Германия. Вместе с тем, компаративный анализ действующих нормативных правовых актов приводил к иному выводу³.

³ Ткаченко С.В. Рецепция Западного права в России: проблемы взаимодействия субъектов : монография. – Самара, 2009.

В Российской Федерации после коренных реформ 1990-х годов, сломавших ранее имевшуюся парадигму в государстве и представлявших собой полномасштабное перенесение зарубежного правового опыта, по настоящее время не завершен исторический этап изменения и адаптации правовой системы к привнесенному ранее чужеродному и не имеющему под собой почвы иностранному нормативному массиву.

Подобное предполагает серьезный вызов для действующего законодательства на пути становления развитого правового государства.

Учитывая изложенное, выбранная в настоящей работе тема исследования представляется крайне актуальной для ее постановки и вынесения на защиту. Несмотря на очевидную насущную потребность в изучении рецепции как с теоретических и методологических позиций, так и с практико-ориентированной точки зрения, фундаментальные научные исследования, предметом которых является исследование процессов заимствования и привнесения в действующее правовое регулирование идейно-нормативного материала родом из иных правовых систем современности, в настоящее время отсутствуют.

Подобная проблема является предметом научных исследований дисциплин, которые по большей части касаются решения лишь посредственно, в процессе изучения своих объектов исследования. Так, проблематика использования иностранного правового опыта частично является предметом самой важной дисциплины в науке юриспруденции и основной при обучении в высших учебных заведениях на специальности «юриспруденция» – теория государства и права. В свою очередь, сравнительное правоведение, являясь, как правило, не основной дисциплиной, а в некоторых учебных программах и всего лишь курсом по выбору, уделяет значительно большее внимание тем явлениям правовой действительности, с которыми юрист сталкивается ежедневно, оперируя действующим российским законодательством.

Однако, в настоящее время отсутствуют результаты научных исследований, которые выделяют существенные признаки данной правовой категории, определяют свойства, позволяющие произвести отграничение от иных смежных юридических категорий, устанавливают сущностные характеристики данного правового явления. Как справедливо замечает российский ученый-правовед профессор Томсинов В.А. об отсутствии в разработках современного юридического сообщества научных трудов, разрешающих и устанавливающих смысл правовой категории рецепции права.

При обращении к имеющейся правовой литературе прослеживается неоднозначность подхода к исследованию и изучению происходящих общественно-политических процессов в правовых системах различных стран мира даже с методологических основ. Так, российские правоведы Дудко А.И.⁴, Курышева Е.Ю.⁵ методологию изучения правового явления привнесения в правовое регулирование иностранных конструкций пытались установить за счет диалектики философских категорий общего и единичного, погружаясь в диалектику устойчивости и изменчивости в развитии.

Само слово «рецепция» имеет свои истоки в исчезнувшем и мертвом в нашем мире латинском языке и означает прием или принятие. Как правило, в научной и публицистической литературе встречается для описания процесса заимствования или перинятия чего-либо (культурных, социальных, экономических форм), а, кроме того, принятие определенной социальной группой составляющих культурного наследия иного общественно-социального формирования.

В энциклопедических изданиях как имеющих общую направленность, так и изданных для специалистов в области юридической науки приводятся различные термины и определения. Так, фундаментальный труд советских ученых, издавших энциклопедию по абсолютно всем вопросам

⁴ Дудко А.И. Рецепция в конституционном праве России: Автореф. дис...канд.юр.наук. Челябинск, 2010. С.13

⁵ Курышев Е.Ю. Рецепция в российском праве: Автореф. дис...канд.юр.наук. Саратов, 2005. С. 15

жизнедеятельности человека, рецепцию определяет как привнесение результатов правовой деятельности из другого государства, а затем его шлифовка и адаптация к почве и объективной действительности принявшей стороны. При этом авторы и составители БСЭ подчеркивают способы и механизмы рецепции. По их мнению, последнее имеет место лишь при условии добровольности, а мотивом подобных действий является желание соответствовать самым современным и продвинутым правовым конструкциям⁶.

Учитывая, что исследуемое явление носит трансатлантический характер, следует обратить внимание на глоссарий международного права. Указанный вокабулярий определяет исследуемое правовое явление для установления взаимного влияния основных идей, принципов международного права и внутригосударственной правовой системы на основные черты какого-либо иного общественно-политического образования.

Однако, в юридическом научном сообществе среди ученых и практикующих юристов отсутствует единообразие в терминологическом понимании данного термина. Некоторые исследователи склонны наполнять правовое явление заимствования иностранного материала возобновлением использования нормативно-правового, а также идейно-теоретического богатейшего наследия великих умов древних римлян, сформировавших своим трудом основы римского частного права. В подобном течении формируется мысль А.И. Косарева, который в своей работе отмечает, что при рецепции происходит восстановление тех или иных положений римского частного права, которые оказались достаточно пригодными для регулирования новых возникающих правоотношений между субъектами права, несмотря на значительный временной критерий⁷.

В то время как группа других представителей юридической науки, например профессор Московского государственного университета В.А.

⁶ Большая советская энциклопедия / Под. ред. А.М. Прохорова. М.1981. С.67

⁷ Косарев А.И. Римское частное право. М., 1998. С. 206.

Томсинов определяет рецепцию как восприятие тем или иным политико-территориальным образованием правовых конструкций зарубежного государства⁸. Похожие научные взгляды возможно обнаружить и в учебной литературе, определяющей рецепцию как заимствование наиболее важных и существенных характерных черт тех или иных правовых элементов внутригосударственной правовой системой извне, из правового наследия другого государства⁹.

Необходимо особенно отметить научно важную роль в вопросах исследования переноса одних правовых элементов в правовую систему того или иного политико-территориального образования представителям юридической науки, занимающихся исследованием истории государства и права, в частности изучением довольно старого, но потерявшего своей актуальности, римского частного права. В контексте исторического ретроспективного изучения общественных и правовых явлений ученые-правоведы рассматривают обсуждаемую категорию как уяснение казуального права Древнего Рима и его последующее использование при правовом регулировании в совершенно обновленных общественных правоотношениях за счет переработки его отдельных положений, сохранивших свою практическую актуальность. Вместе с тем, не отрицая факт происшедшей рецепции римского частного права на протяжении длительного периода времени, автор настоящего исследования исходит из того, что наполнение данного термина значительно объемнее и шире, следовательно, не ограничивается исключительно правом Древнего Рима.

По мнению исследователя Р.А. Насибуллина, рецепция права есть перенесение нормативно-правового материала зарубежного государства, обладающего наиболее развитыми в сфере политико-правового регулирования¹⁰. Рецепция, утверждает М.Н.Марченко, это механизм

⁸ Общая теория государства и права: В 3 т. / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2002. Т. 2. С. 293;

⁹ Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Теория государства и права. М., 2002. С. 127.

¹⁰ Насибуллин Р.А Очерки зарубежного права. Екатеринбург. 2005. С.224.

правовой мимикрии, шлифовка права к возникшим объективным реалиям, к обновленным правоотношениям¹¹.

М.А. Пшеничнов полагал, что под рецепцией права следует понимать процесс принятия законодательных актов, которые довольно близки текстуально к правовым положениям другого государства, не исключая незначительные правки в целях уточнения и адаптации к особенностям правовой системы страны-реципиента¹².

Таким образом, в результате системного изучения правовой литературы по теме магистерской диссертации необходимо прийти к выводу об изобилии в терминологической вариативности при описании одного и того же правового явления, вызванной различием в идейных взглядах исследователей, а также их принадлежностью к той или научной дисциплине, каждая из которых рассматривает рецепцию под определенным углом, к сожалению, без целостного подхода к пониманию.

Несмотря на наличие многообразных подходов к понимаю центральной категории в настоящем диссертационном исследовании, представляется необходимым привести собственное понятие рецепции. При этом автор подчеркивает, что не претендует на изобретение и введение в научный оборот чего-либо принципиально нового, а преследует лишь цель установить единообразное понимание с читателем одного и того правового явления при столь разном его понимании различными учеными.

Однако, прежде всего, следует осуществить разграничение между похожими категориями такие, как «реставрация» «трансплантация», «миграция», «аккультурация», «ассимиляция» и др.

При поверхностном изучении терминов «реставрация» и «рецепция» они могут показаться сходными по своему значению, однако между ними имеются принципиальные различия, которые необходимо четко себе представлять.

¹¹ Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 88.

¹² Пшеничнов, М.А. Конституция России и международное право: проблемы взаимодействия: дис. ... канд. юрид. наук / М.А. Пшеничнов. – Н. Новгород, 2002. – С. 119

В первую очередь, само происхождение слова реставрация относится к латинскому языку, в переводе с которого означает восстановление. В юридической научно-исследовательской литературе данный термин является способом описания возрождения какого-либо законодательного положения в исходной и первоизданной редакции.

Проводя разграничение указанных терминов, известный правовед Е.О. Харитонов указывала, что данные понятия следует отличать друг от друга в зависимости от цели, предполагая, что рецепция – создание чего-либо нового в сфере правового регулирования, в то время, как реставрация – восстановление чего-то в первоначальном виде¹³.

По нашему мнению, термин «реставрация» отражает совершенно иное правовое явление, которое предполагает придание правовой силы в отсутствие изменений или дополнений прежней редакции, или во всяком случае без таких дополнений, которые могли бы изменить первоначальное состояние, характеристики исходного материала.

Представляется, что наиболее близким по своему содержанию при установлении заимствования иностранного правового материала следует признать термин «трансплантация», который используется в правовой литературе в целях описания идентичного перенесения в национальную государственную систему различных правил поведения, обычаев и принципов, составляющих основу международного права и издаваемых на его основе правовых актов. Как правило, подобное является неизбежным следствием принятия на себя международных обязательств в различных сферах управления (экономического, политического, социального и др.)¹⁴.

Вместе с тем, при процедуре ратификации международно-правовых норм государство, как участник международных отношений, лишено права изменения и внесения каких-либо поправок в текст международной нормы, иначе подобные действия нарушают основы международного права, что

¹³ Харитонов Е.О. Основы римского права. Ростов на Дону, 1990. С.275.

¹⁴ Трунцевский Ю.В., Цветков А.А. Способы инкорпорации международно-правовых норм в российской уголовно-правовой системе //Международное публичное и частное право. 2005. №2. С.28.

приведет в конечном итоге к нивелированию его значения на международной арене. В свою очередь, рецепция права не только не исключает возможности изменения первоначальной правовой конструкции, но и в целях достижения эффективного правового регулирования предполагает подобное вмешательство за счет адаптирования и привнесения отдельных положений, отвечающих национальным интересам. На основании изложенного, необходимо прийти к умозаключению об отсутствии тождественности в содержании анализируемых правовых категорий.

Кроме того, как справедливо замечал заслуженный юрист В.А. Рыбаков, большинство ученых-правоведов, в круг научных интересов которых входят вопросы, являющиеся предметом настоящего диссертационного исследования, рассматривают ее в одном контексте с преемственностью в праве, либо отождествляют их, либо рассматривают одно явление рамках другого¹⁵. Учитывая массовость подобного научного заблуждения, в настоящей работе следует особое внимание уделить критериям и качествам свойства объекта научного исследования, которые позволяют четко проводить линию разграничения.

Действительно, достаточно трудно не согласиться с вышеуказанным тезисом, поскольку в отечественном правоведении довольно распространена позиция, что преемственность в праве и рецепция права – тождественные по своему содержанию термины. Нередко на страницах научных работ возможно встретить, что «преемственность проявляется.... в рецепции»¹⁶; «в истории права преемственность и рецепция сплошь и рядом пересекаются и совпадают»¹⁷; рецепция (заимствование) правовых ценностей – суть проявление преемственности в праве¹⁸; «конкретный пример преемственности — рецепция римского права»¹⁹.

¹⁵ Рыбаков, В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы – Омск: Наука, 2009 – 250 С.

¹⁶ Назаренко Г.В. Теория государства и права. М., 1988 1998. С.162.

¹⁷ Швецов Г.В. Прогресс и преемственность в праве //Сов. государство и право. 1983. №1. С.39.

¹⁸ Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве: вопросы теории и практики. Дисс...канд. юр. наук. Уфа, 2000. С.83.

¹⁹ Косарев А.И. Теория государства и права. М., 2000. С.50.

Вместе с тем, другие ученые придерживаются иных воззрений, считая рецепцию права наиболее объемным и содержательным явлением в отличие от преемственности права. В обоснование своей позиции исследователи отмечают, что преемственность предполагает значительный промежуток времени с того времени как определенные правовые положения имеют свою силу и применяются правоприменителями до его повторного, вторичного использования в правовом регулировании. В свою очередь, использование правового материала иностранного правопорядка осуществляется вне времени, то есть допускается использование как ранее действовавших правил поведения (римское частное право, византийское право), так и юридических конструкций существующих параллельно в настоящее время²⁰. Таким образом, категория преемственности права в отличие от рецепирования отдельных иностранных законодательных положений всегда имеет историческую привязку.

Соглашаясь с вышеописанной критикой идентичности рассматриваемых категорий, дополнительно заметим, что данные понятия также следует разграничивать друг от друга, в том числе и по географически-территориальному признаку. Не подвергая сомнению объективный факт того, что и преемственность, и рецепция используют уже на протяжении длительного времени сформировавшиеся юридико-правовые институты, следует отметить, что в первом случае истоки правотворчества ограничены своей национальной почвенной правовой культурой, которая на протяжении практики его применения впитывала и абсорбировала исключительные национальные черты характера, присущие лишь данному обществу в частности. В то время, как при втором обсуждаемом явлении протекают процессы перенесения нормативно-правового наследия именно извне, при этом отсутствует требование приемлемости к существующим в конкретном обществе правоотношениям.

²⁰ Швецков Г.В. Преемственность в развитии права. М., 1983. С. 11.
Гусейников А. Право и культура //Государственная служба. 2005. №6. С.88.

Говоря иначе, первому правовому явлению имманентно присущ внутренний закрытый характер, очерченный границами национального почвенного права, применяется исключительно в пространстве определенного государственно-политического образования. В свою очередь, центральная категория настоящего диссертационного исследования предполагает совершенно противоположные характерные черты и качества. Будучи запертой во внутригосударственном нормативно-правовом порядке, она теряет свои свойства как прогрессивного элемента и механизма развития права в целом. Поэтому для нее характерна межнациональность, географически-территориальная неограниченность.

Дополнительным признаком, позволяющим установить уникальность каждого из обсуждаемых терминов, является физическая величина – время. Динамизм и развитие имеющихся в определенном политико-территориальном образовании юридических положений с помощью первого способа достигается за счет его длительного применения во внутригосударственной системе правоприменения и его длительной исторической шлифовки путем возникающих пробелов и проблем. При этом второй инструмент, являясь более подвижным и революционным, способен осуществлять обновление юридико-технического аппарата за счет правового материала, который является как ныне действующим, так и ранее применявшегося.

Юридическое научное сообщество, помимо рассмотренных нами критериев и признаков, выработало и иные, которые, по нашему мнению, не являются универсальными и пригодными для описания большинства подобных процессов²¹. При таких обстоятельствах, считаем нецелесообразным выводить их на страницы обсуждения настоящей работы.

Подводя итоги системному анализу имеющихся научных взглядов и идей на рассматриваемый объект исследования, следует с уверенностью признать, что в юридическом сообществе отсутствует единообразие в

²¹ Рыбаков, В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы – Омск: Наука, 2009 – 250 С.

понимании того, чем необходимо наполнять содержание данного явления.

В подобной ситуации, представляется актуальным, прежде всего, определиться с характерными свойствами данной научной категории, которые позволят выделить существенные черты, отграничивающих его от похожих и смежных категорий.

Безусловно, начинать необходимо с самого факта перенесения законодательных положений, которые были введены и применены в правоприменительной практике в иностранном государстве, а затем использованы в законотворческой деятельности другого политико-территориального образования. Как свидетельствует история подобные факты прослеживаются с момента появления первых государств в древнее время. По мере усиления глобализации, начиная с XIX века, когда нормативно-правовой акт вытеснил с правового поля другие социальные регуляторы, подобное использование чужого правового материала приобрело массовый характер, порой подменяя и заменяя свое собственное регулирование.

При анализе юридической литературы довольно часто исследователи указывают на инициативный способ и механизм привнесения в национальный правовой порядок элементов и частей зарубежного. В подобном контексте установление признаков рассматриваемой категории возможно лишь при наличии у стороны свободного волеизъявления, свободного от внешнего давления. Объясняя мотивы используемого инструмента обновления права, исследователи указывают на амбиции соответствия самым последним правовым ценностям, признанных большинством современных правовых порядков.

Следуя указанной выше логике исследователей перенесение чужих правовых конструкций, осуществленное в качестве следствия насилия и давления (политического, экономического), - вовсе не свидетельствует о рецепции. В настоящей работе подобный подход представляется ошибочным, который неизбежно приводит к неверным умозаключениям.

По мнению известного немецкого юриста Ф. Прингшайма, понятие рецепции слишком объемно по своему значению, что представляется более простым определить то, чего данное понятие не обозначает. На страницах научных трудов данного исследователя прослеживаются мысли, что использование такого способа нормативного заполнения правового регулирования включает в себя не только иностранный научный метод или чужое философско-правовое воззрение, но и чужое право²². Подобные тезисы не вызывают сомнений и возражений в их обоснованности, однако с последующим ничем не мотивированным пояснением немецкого ученого о том, что рецепция права может быть лишь добровольной и не навязываемое какой-либо силой извне не возможно согласиться.

К глубокому научному сожалению ряд представителей отечественной юридической мысли проводили свои исследования с подобных точек зрения. Так, Г.И. Муромцев подвергая анализу протекавшие политико-правовые отношения в мировой колониальной системе был убежден, что восприятие иностранных законодательных положений возможно лишь при наличии доброй воли субъекта права, на которую не оказывали влияние различные внешние факторы²³.

Спустя десятки лет ряд современных исследователей также считает подобную позицию достаточно аргументированной. Так, Г.М. Азнагулова, объясняя причины осуществления рецепции в целом, к которым, по ее мнению, относятся стремление в короткие сроки, минуя этап апробации нормативных положений, установить в государстве современную и развитию систему правового регулирования, отмечает, что подобное возможно лишь при наличии добровольности²⁴.

Подобный подход в настоящей работе расценивается как ошибочный и нарушающий законы формальной логики, поскольку выделение подобного

²² Pringsheim F. Reception // *Revue internationale des droits de l'Antiquite*. 1961. Vol. 8. P. 244

²³ Муромцев, Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции / Г.И. Муромцев. – М., 1987. – С. 10.

²⁴ Азнагулова, Г.М. Рецепция права как форма взаимодействия национальных правовых систем: дис. ... канд. юрид. наук / Г.М. Азнагулова. – Уфа, 2003. – С. 77

свойства объекта научного исследования не отражает его сущности. Более того, отметим исторически аргументированный факт, что привнесение в национальную правовую систему правовых конструкций извне добровольно является скорее исключением, чем правилом.

На наш взгляд, наиболее значимым признаком является использование и перенос самой природы, правовой сущности иностранного института. В условиях глобализации и развития информационных технологий законодательным органам в лице депутатов на первой стадии правового регулирования (издание НПА) предоставлены обширные возможности использования опыта в регулировании общественных отношений других государств.

Ни для кого не является секретом, что законодатели активно используют такую возможность, что является абсолютно здоровой практикой. Сами по себе подобные компаративные исследования на стадии принятия нормативно-правовых актов оказывают положительное влияние на правотворческую деятельность. Анализируя способы и средства правового регулирования зарубежных государств, законодатель способен оценить возможные результаты, последствия принятия нормативных решений, возможно, внести коррективы в издаваемый им акт.

Особо следует отметить, что рецепция права в настоящей работе не рассматривается в парадигме какого-либо отрицательного отношения, что в большинстве присуще юридическому сообществу. Напротив, значительная часть компаративных исследований последнего времени подтверждают факт, что похожие общественные отношения в конечном итоге в различных правовых порядках регулируются в целом одинаково.

По этой причине представляется неоправданным появление в российском праве совершенно оригинальных институтов как сама цель, которые не имеют аналогов в других странах мира. Другие правовые системы длительное время используют те или иные правила в целях правового регулирования. Представляется разумным использовать

результаты правоприменительной деятельности, при этом предварительно проводя значительную работу по системному адаптированию того или иного нормативно-правового института.

Исходя из установления в качестве самого существенного признака рецепции права в виде переноса самой природы, правовой сущности зарубежного законодательного положения, представляется, что само по себе заимствование юридической материи при создании нормы права, по нашему мнению, далеко не всегда означает рецепцию права.

Так, в ходе реформирования гражданского законодательства Федеральным собранием Российской Федерации приняты аналоги многих правовых институтов из зарубежных правовых порядков. Подобное не презюмирует факта наличия рецепции, что будет доказано на страницах последующих глав настоящей работы.

Для установления факта рецепции права необходимо, чтобы законотворческий орган при издании законодательного положения перенял юридическую сущность иностранного института, не внося в него изменения. Следует подчеркнуть, что речь ведется именно о неприкосновенности правовой природы, а не текста.

Текстуально воспроизведение названия того или иного правового института в ГК РФ или ином правовом акте автоматически не предполагает рецепции зарубежного права. Определяющим критерием является перенесение и привнесение в нормативное правило поведения сущности, правовой природы института иностранного права.

Не претендуя на системное и всесторонне определение самой правовой природы того или иного юридического института обозначим что предполагается при его использовании в тексте магистерской диссертации. По нашему мнению, под правовой природой следует понимать совокупность перманентных качественных критериев правового явления, заключающиеся в гносеологических процессах, которые предоставляют возможность установить смысловое значение правового явления.

Так, институт субсидиарной ответственность контролирующих должника лиц был воспринят на основе правовых инструментов, именуемым в системе общего (англосаксонского) права «проникновение под корпоративный покров», а в западноевропейском (континентальном) праве – «проникающая (пронизывающая) ответственность»²⁵.

В названных правопорядках правоприменитель, применяя подобные доктрины, проявляет крайнюю степень деликатности к обязательности отвечать по долгам должника на его руководителей. В соображение принимается важность основного принципа создания юридического лица – ограничить свою ответственность определенным имуществом. Применение указанных институтов права возможно лишь в исключительных случаях, связанных со злоупотреблением правом и введением в заблуждение или обман.

Обратившись к действующему российскому законодательству, в частности к ст. 56 ГК РФ и главе III.2 Закона о банкротстве, следует установить, что несостоятельность (банкротство) должника рассматривается как гражданско-правовая ответственность за несвоевременное обращение в суд с заявлением о признании должника банкротом и причинение имущественного вреда кредиторам должника.

При таких обстоятельствах, доводы ряда исследователей о том, что действующий институт субсидиарной ответственности является результатом рецепции западной доктрины снятия корпоративных покровов, несостоятельны и не соответствуют объективной действительности.

Кроме того, изменения, внесенные Федеральным законом от 29.07.2017 N 266-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)", предусматривают значительное количество презумпций в отношении наличия виновных действий руководителя должника, а также возлагают на него ответственность при банкротстве за обычные хозяйственные риски при совершении сделок,

²⁵ Покровский С.С. Ответственность контролирующих должника лиц за доведение до банкротства. Дисс...канд. юр. наук. Санкт-Петербург, 2017. С.39.

деликтные и налоговые обязательства. По нашему мнению, принятые изменения вовсе разрушили конструкцию и сущность (ограничение имущественного интереса) юридического лица.

Таким образом, в действующем законодательстве существует множество норм с иностранным происхождением, однако, анализируя их правовую природу с первоисточником, возможно установить полное отсутствие сходства, поэтому рассуждать о рецепции в подобных случаях представляется необоснованным.

Вышеизложенное свидетельствует достаточной аргументированности выделения в настоящей работе самым важными наряду с другими признака использования и перенесения самой природы, правовой сущности иностранного института.

Таким образом, в настоящей магистерской диссертации под рецепцией права следует понимать заимствование и (или) перенесение правовой природы (правовой сущности) иностранного правового института (иностранной правовой нормы) в правовую систему страны реципиента.

§2. Виды рецепции права.

В целях объективного и правильного понимания рецепции права существенное значение имеет выделение ее видов. Не подлежит сомнению факт того, что рецепция права представляет собой сложное явление, которое выполняет обширное количество функций. Научные труды изобилуют обширным перечнем оснований для классификаций данного явления.

Из общепринятого в юридической науке понимания «классификация» (с латинского языка *classic* - разряд и *facere* - делать) воспринимается в качестве системы распределения каких-либо однородных предметов или понятий по классам, отделам и т.п. на основе определенных общих признаков. С логико-философских позиций она определяется как особый случай применения логической операции деления объема понятия, представляющий собой некоторую совокупность делений (деление некоторого класса на виды, деление этих видов и т.д.).

Философское учение понимает под «видом» (от латинского - *species*) понятие, которое создается путем определения общих признаков в индивидуальных понятиях и имеет общие признаки с иными видовыми понятиями²⁶.

Логика определяет «вид» как подраздел, который объединяет ряд предметов, явлений по общим признакам, которые входят в состав общего высшего раздела - рода²⁷. Вид какого-то рода всегда воссоздает важные признаки как данного рода, так и предметов, которые входят в состав вида, который разрешает отличить их от других предметов данного рода.

Одна из самых распространенных классификаций выделения видов рецепции права осуществляется в зависимости от связи страны реципиента с иностранным источником. Применяя подобную классификацию,

²⁶ Философский энциклопедический словарь. Ред.-сост. Е.Ф. Губский, Г.В. Кораблева, В.А. Лутченко. М.: ИНФРА-М, 1997. С. 66.

²⁷ Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. Н.И. Кондаков. М., Наука, 1975. С. 92.

исследователи называют в качестве видов прямую (первоначальную, непосредственную) и косвенную (производную, опосредствованную).

Наличие признаков первого вида возможно установить при условии наличия восприятия правового опыта непосредственно и прямо с правовой системы иностранного государства. К примеру, результатом влияния римского частного права является становление византийской правовой семьи.

В случае, если процесс заимствования осуществляется не посредством перенятия первоисточников другого государства, а через право других государств, которые ранее в свою очередь самостоятельно рецепировали правовые институты иностранного государства, то такой вид рецепции права можно назвать косвенной рецепцией. Например, правовой опыт римского частного права в большинстве случаев рецепируются опосредованно, к примеру, используя идею из правовой системы государства, уже рецепировавшей римское право. Правовые системы Западной и Восточной Европы испытали косвенное влияние римского права. В частности, становление и развитие правовой системы в России осуществлялось под влиянием римского частного права через византийское (косвенная рецепция).

Таким образом, в основу данной классификации положен временной критерий. Как правило, прямая рецепция встречается в случае, когда определенная локальная цивилизация развивается и достаточно созрела для возрождения в тот момент, когда более ранняя цивилизация угасает или уже угасла, но с той поры прошло не слишком много времени, чтобы были утрачены идеи, правовые памятники и т.п.

По мнению Харитонов Е.О., прямое заимствование встречается крайне редко²⁸ в то время, как Червонюк В.И. утверждает, что рецепция права – это прежде всего прямое и непосредственной заимствование нормативного материала. Оно заключается в том, что одна правовая система инкорпорирует

²⁸ Харитонов Е.О. Основы римского права. Ростов-на-Дону. 1990. С.276.

в свой состав нормативные комплексы другой (отрасль права, законодательства, крупный законодательный акт, институт права)²⁹.

Кроме того, в отечественной литературе выделяют открытую и скрытую (латентную), в зависимости от признания факта рецепции страной-реципиентом.

В первом случае открытое использование иностранных источников права сопровождается открытым признанием со стороны как органов государственной власти, так и представителей научной доктрины влияние на правотворческую деятельности в целях регулирования общественных отношений. Именно таким способом создавались Французский гражданский кодекс 1804 г., Австрийский гражданский кодекс 1811 г., Немецкое гражданское уложение 1894 г., Свод законов гражданских Российской империи 1842 г.

Рецепция тогда не была открытой, так как органами государственной власти и правоведами отрицалось влияние римского частного права на создание местного права. Однако ряд понятийно-категориального аппарата римского права все-таки использовались.

Как правило, скрытый (латентный) вид рецепции возникал в тех государствах, которые строили свою правовую систему на противоположных римской основах. Такой вид рецепции имел место при разработке первых гражданских кодексов союзных республик Советского Союза 1922 г., где не признавалась частная форма собственности, которая была фундаментом римской правовой доктрины, но пандектная система была учтена в их структуре, заимствованными были основные римские категории (обязательство, договор, деликт, виндикация, исковая защита и др.). В объективной правовой действительности при использовании норм прошлого

²⁹ Червонюк В.И. Теория государства и права. М., 2006. С.692-693.

права применялась прежняя правовая форма, которая приобретала совершенно иное классовое содержание³⁰.

Следующее основания для классификации рецепции является объем использования правового материала, в зависимости от которой рецепция может быть полной или частичной.

Первый вариант предусматривает полное и целостное использование всего чужого правового материала. Механизмом такого заимствования является существенная революция среди форм (источников) права. Примером подобной формы рецепции права являются процессы, происходящие в различных государствах при их завоевании более развитыми политико-правовыми образованиями. Однако, даже учитывая тотальное переустройство правовой системы, почвенное право продолжает применяться, как правило, в семейных, земельных и других правоотношениях. В свою очередь, рецептированное право осуществляет регулирование государственно-властных и административных правоотношений.

По данному вопросу известный юридический антрополог Н. Рулан отмечал, что несмотря на дезафуацию с помощью закона обычаев и обычного права, народные общины отторгали государственное право. Вместе с тем, некоторые общества исторически не способны к подобному агрессивному противостоянию. В таком случае обычное право неминуемо исчезает с течением времени, предоставляя правовое поле для регулирования новому праву³¹.

В России по вопросу противостояния обычного права иностранному справедливым привести воззрения С.В. Пахмана, который писал, что «абсолютное большинство населения нашего государства оперирует в сфере частных гражданских отношений не писанным законом, а правилами,

³⁰ Гражданское право стран народной демократии. Д.М. Генкин, М.М. Богуславский, В.В. Лаптев и др. Под ред. Д. М. Генкина. М., Внешторгиздат, 1958. С. 15.

³¹ Рулан Н. Юридическая антропология. М., 2000. С.191

слагавшимися путём обычая и во многом несогласными с началами законодательства».

В отличие от целостного использования иностранного права в правовом регулировании (последнее присуще полной рецепции), то применение отдельных положений и понятий иностранной правовой материи является признаком частичной рецепции. В подобном случае рецепция приобретает значение не основного, а вспомогательного (субсидиарного) права и обусловлена всего лишь отсутствием своего индивидуального опыта правового регулирования общественных отношений, учитывая его непротиворечие основополагающим идеям местного права.

Так, создание Французского гражданского кодекса 1804 г., Австрийского гражданского уложения 1811 г., уставов Большого княжества Литовского, польского, украинского и русского законодательства XIX-XX вв. не обошлось без такого правового инструментария как рецепция права, однако использование иностранного правового опыта ограничивалось лишь включением отдельных положений и понятий.

По вопросу о достоинствах и недостатках данного вида рецепции представители юридической науки разошлись во мнениях. Гамбаров Ю.С., являясь противником частичной рецепции римского частного права, считал, что при таком виде заимствования нарушается целостность римского права, она шла от целого к частям, а не наоборот, а отдельные положения римского права применялись на практике не потому, что каждое из них рецептировалось отдельно, а потому, что все они входили в состав законодательства Юстиниана³².

По нашему мнению, именно частичная рецепция является самой приемлемой для эволюционного развития права, поскольку позволяет так модернизировать национальную правовую систему, чтобы развивались

³² Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. Ю.С. Гамбаров. Под ред. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. С. 115.

заимствованные элементы при сохранении полной исторической и национальной правовой самобытности.

Отдельного внимания заслуживает классификация, основанная на географическо-историческом критерии, на основании которой рассматривают следующие типы рецепции римского права: византийской, западноевропейской континентальной и английской.

Византийский тип рецепции характеризуется проведением кодификационных и систематизационных работ по римскому праву на основе первоисточников. Однако, подобные работы осуществлялись в отсутствие системных исследований, имеющих предметом принципов римского права. Кроме того, имелись ограничения философского основания рецепции (и правотворчества) христианским учением в его православной трактовке.

В процессе западноевропейского типа рецепции прослеживается длительный срок общего процесса рецепции, в ходе которого происходит накопление и систематизация правового материала, углубляется понимание сущности римского права. При этом данный этап характеризуется фундаментальными научными исследованиями не только внешнего содержания (текстов), но и существа (духа) римского частного права.

Рецепция в странах англо-саксонского блока является наиболее приближенной к основным началам римского частного права. Доводы англо-саксонского истеблишмента об отсутствии следов римского частного права в правовом регулировании необоснованны, поскольку последнее возможно предполагать при своеобразном понимании рецепции, сужая ее к практико-ориентированному, непосредственному применению норм римского права, как это имело место в западноевропейских средневековых государствах. В свою очередь, рецепция права предполагает, прежде всего, восприятие сущностных характеристик (духа) римского права, его основных идей и положений, учитывая существующее многообразие форм, которые

реализуются в зависимости от определенных особенностей (историко-географические, цивилизационные).

В отечественных научных трудах также распространено выделение теоретической и практической рецепций. Например, возможно встретить воззрения, что римское право изначально в период средних веков было подвергнуто рецепции лишь с позиции теоретических разработок, а лишь следом в конце XV—начале XVI в. рецепция прослеживается в практическом плане. Как указывают некоторые исследователи, подобное мнение, основанное на узко позитивистском определении права, не принимает во внимание тот факт, что все многообразные «практические» правовые системы, возникшие в XII и XIII вв., такие как каноническое право, королевское и городское право, сами уже восприняли множество концепций, принципов и норм римского права, Юстиниановские тексты большей частью не были законами и не были пригодны для прямого применения. Однако, они были «правом», были источником позитивного права, прежде всего, канонического, но также и других правовых систем. Римское право было писанным разумом – «ratio scripta»³³.

По нашему мнению, следует согласиться с вышеизложенным, однако подчеркнем, что необходимо отделять друг от друга два разных явления: использование иностранного правового материала (то есть рецепция) и исследование иностранного права, преподавание его в учебных заведениях (может являться предпосылкой, однако отношения к рецепции не имеет).

Согласно иной концепции рецепция права может осуществляться путем заимствования прошлого опыта и заимствования элементов современных правовых систем³⁴. При этом, первый вариант исключает механическое заимствование.

³³ Г. Дж. Берман, Ч. Дж. Рейд. Римское право и общее право Европы // Государство и право. 1994. №12. С 105.

³⁴ Гусейников А. Право и культура // Государственная служба. 2005. №6. С.88.

В отечественной литературе широко распространено мнение о том, что в чистом виде рецепции не существует: используя иностранный институт, каждое государство его трансформирует, привносит что-либо новое, свое³⁵.

По мнению профессора Томсинова В.А., правовая норма, подвергнутая перенесению из одного общества в другое, должна быть адаптирована к социо-экономическим и политическим реалиям воспринявшего ее общества. Рецепция права является поэтому не единичным случаем заимствования элементов чужого права, но сложным и длительным процессом усвоения каким-либо обществом правовых норм, юридической терминологии, правовых идей, выработанных в рамках другого общества. Простое использование каких-либо правовых конструкций не позволяет сделать вывод о наличии рецепции.

Таким образом, из анализа юридической литературы усматривается значительное многообразие к классификации видов рецепции права, что подтверждает многоаспектность данного понятия, а также отсутствие единообразия его понимания.

³⁵ Тиле А.А., Швекоев Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. С.56.

Глава II. Рецепция отдельных институтов права.

§3. Заверения об обстоятельствах

Рассмотрев основополагающие начала и методологические основы настоящего предмета исследования, перейдем к анализу рецепции отдельных институтов права в действующем российском законодательстве. Сперва следует отметить, что подобные элементы встречаются в каждой отрасли правового регулирования как принадлежащие частному праву со свойственной ему диспозитивностью, так и в отраслях, основным методом регулирования которых является императивность, то есть праву публичному.

В качестве примера приведем процессуальную отрасль права, определяющую порядок судопроизводства. В процессе реформирования отечественного правопорядка государство различными методами и способами поддерживает появление институтов гражданского общества, составляющих фундаментальную основу правового государства. Одним из таких нововведений является вступивший в силу в январе 2011 года альтернативный порядок разрешения и урегулирования с помощью третьей стороны - посредника (медиатора). Истоки данной процедуры уходят в правовую культуру стран западного права, в которых обязательным этапом предшествующим обращению в судебные юрисдикционные органы в целях снижения нагрузки на них. После чего многие государства восприняли данные процессуальные идеи и стали использовать в своем национальном правовом регулировании при определении условий возникновения права на судебную защиту.

Однако, в магистерской диссертации особенный интерес вызывает сфера частноправовых отношений, в первую очередь право гражданское.

Напомним, что на протяжении 2013-2015 годов проводится системное реформирование гражданского законодательства, в результате которой были приняты и вступили в силу Федеральные законы, вносящие изменения в Подразделы 1 «Основные положения», 4 «Сделки и представительство», 3 «Объекты гражданских прав» и Главы 4 «Юридические лица», 23 (§ 3)

«Залог» и 24 «Перемена лиц в обязательстве» ГК РФ соответственно, а также в Раздел IV Части III «Международное частное право».

При этом, одним лишь ФЗ от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» законодатель закрепил в ГК РФ аналоги восьми правовых институтов из зарубежных правопорядков, к которым следует отнести:

- *astreinte* (судебная неустойка – французский институт).
Дополнительный правовой инструмент для взыскателя, предоставляющий расширенную возможность добиваться с помощью суда исполнения судебного акта, по которому обязанное лицо в его пользу должно совершить либо воздержаться от совершения каких-либо обязательств в натуре. Введенное правовое средство призвано стимулировать должника к немедленному исполнению судебного акта, поскольку его неисполнение будет более экономически невыгодным. Отметим, что данный французский институт права уже известен практике арбитражного судопроизводства, в постановление высшей инстанции которого закреплялась возможность установления определенной денежной суммы в пользу взыскателя в случае отсутствия добровольного исполнения законных требований, установленных судебным актом³⁶.

- *termination fee* (плата за односторонний отказ от договора). Безусловно, в договорных обязательствах между субъектами, занимающимися предпринимательской деятельностью, довольно давно использовались положения, предусматривающие плату за односторонний немотивированный отказ. Вместе с тем, на стадии судебной защиты права такое условие компетентным органом признавалось либо недействительным, либо к нему применялись нормы об отступном и неустойке. Изменить практику арбитражных судов даже ВАС РФ, который в Пленуме ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» прямо предусмотрел

³⁶ Постановление Высшего Арбитражного суда от 04.04.2014 № 22 «О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта»

возможность подобных правил в правоотношениях, связанных с возмездным оказанием услуг;

- *culpa in contrahendo* (преддоговорная ответственность). Сфера договорного права, рыночные отношения в целом длительное время нуждались в регулировании взаимных прав и обязанностей, ответственности на начальной стадии договорных отношений. В предшествующий этап развития гражданского законодательства взаимоотношения сторон при осуществлении диалога об условиях сделки не входило в предмет правового регулирования. В итоге такие правила появились в п. 3 ст. 434.1 ГК РФ, предусматривающая ответственность за недобросовестное поведение при заключении договора, а лицу, чье право нарушено предоставляет возможность обратиться в суд с иском о взыскании убытков.

- *indemnity* (возмещение потерь – английский институт). Правило, предусматривающее возмещение понесенных потерь объективно вызвана потребностями делового оборота, который желает ограничить свои риски при заключении крупных сделок, для реализации которых требуются значительные финансово-экономические инвестиции (нефте-газовая отрасль, геологические исследования полезных ископаемых, договоры о совместной деятельности по развитию промышленности и др.).

- *injunction* (судебный запрет). В юридической практике довольно сторона договора пойти на заключении сделки, лишь будучи уверенной в том, что контрагент по сделке не совершит определенных действий (например, не обратиться в суд, что может повлечь репутационные риски). Однако, ранее действующее законодательство презюмировала ничтожность отказа от права. После проведенных реформ появилось средство правовой защиты для кредитора по негативному обязательству, которое заставляет должника воздерживаться от совершения определенных действий;

- *opposabilite du contrat* (заключенность договора для третьих лиц с момента регистрации), сущность которого заключается в том, что если стороны не произвели регистрацию договора в установленном законе

порядке, то такой договор имеет юридическое значения лишь для сторон сделки, в то время как для третьих лиц наличие такого договора не влияет на юридические факты возникновения, изменения либо прекращения гражданских прав и обязанностей;

- waiver (институт отказа от права). После включения положений данного института в Гражданский кодекс Российской Федерации субъектам, занимающимся предпринимательской деятельностью, предоставлена возможность отказаться от осуществления своего права;

- warranties (заверения об обстоятельствах – английский институт). В Гражданском кодекса Российской Федерации введены правила об ответственности за недостоверные заверения, способствующие снижению рисков, защите инвесторов, в том числе иностранных.

Итак, на протяжении нескольких лет в российской правовой действительности введены в действие и применяются ряд новых для отечественного законодательства правовых институтов. Представляется актуальным исследование вопроса практики их применения, а также установление факта рецепции. В первую очередь, остановимся на институтах, которые имеют свое происхождение из английского права.

Утверждение о тех или иных фактах, которые контрагент делает в адрес другой стороны именуется в английском праве заверениями и гарантиями, а в новой редакции ГК РФ – заверениями об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК РФ).

В основном, положения данного института используются при купле-продаже бизнеса, а также реорганизации юридических лиц в форме слияния и поглощения, поскольку ценность бизнеса обусловлена и различного характера утверждениями, связанными с информацией о размере кредиторской/дебиторской задолженности, наличии незавершенных судебных разбирательств, лицензии и т.д.

В договорах, которые составлены английскими юристами, значительное место отдается главе «Representations and Warranties». Причем, между заверениями и гарантиями существует принципиальное отличие, для

установления которого требуется обратить внимание на историю появления данного института.

В средние века английскому праву становится известным две формы защиты права в случае неисполнения принятого на себя обязательства – covenant и debt. Первая форма иска (covenant) использовалась для защиты только тех обязательств, которые закреплены в документах, скрепленных особой пломбой (deed under seal)³⁷. Однако наиболее используемая форма защиты была debt, поскольку с помощью данного иска возможно было получить судебную защиту обязательству, которое совершено в устной или простой письменной форме.

Инструментом защиты ненадлежащего исполнения обязательства являлся иск о причинении вреда (trespass).

В XVI веке в руках у кредитора появляется новая форма иска, благодаря которой последний вправе обратиться в суд с требованием о понуждении исполнения любого договора.

Бесспорно, английское право базировалось на принципе (caveat emptor), который предполагал распределение риска ненадлежащего качества товара на покупателя³⁸. Истоки данной принципа положены при рассмотрении дела, по фабуле которого мастер обработки ювелирных изделий, сомневаясь в ценности камня, довел до покупателя сведения о его драгоценности. В последующем покупатель, установив, что приобретенный камень не является драгоценным, потребовал у продавца вернуть уплаченные деньги. Рассматривая спор, английский суд пришел к выводу, что само по себе словесное утверждение о драгоценности товара без выдачи особой гарантии не может служить юридическим фактом, позволяющим обратиться в суд за защитой права.

³⁷ Plucknett T.F.T. A Concise History of the Common Law. 5th ed. New Jersey, 2001. P. 436.

³⁸ Hamilton W.H. The Ancient Maxim Caveat Emptor. Yale Law Journal. 1931. Vol. 40. No. 8. P. 1133 - 1187, 1164.

Однако, продавец мог предоставить *express warranty* (явная гарантия), что, в свою очередь, предоставляло покупателю возможность защитить свое нарушенное право на качественный товар. Так, в 1383 году английским судом было рассмотрено дело о ненадлежащем качестве товара (лошади), в котором продавец умышленно ввел в заблуждение покупателя о свойствах вещи (здоровье коня), при этом ему было известно о наличии у данной лошади болезни ног и глаз. Разрешая спор по существу, суд, оценив действия продавца как недобросовестные признал за покупателем права на защиту.

Впервые признание договорной природы гарантии, не предусматривающей доказывание виновных действий, закреплено в Англии судебным решением по делу о ненадлежащем качестве товара (хромой кобыле).

Из материалов судебного решения следовало, что стороны договорились о купле-продаже кобылы, дополнительным условием возникающим правоотношения стороны установили, что продавец берет на себя ответственность (*undertook*) за здоровье животного. Учитывая, что в последующем было установлено наличие заболеваний у лошади, исключающей ее использование, суд удовлетворил требование покупателя.

Бесспорно, на страницах данной магистерской диссертации невозможно проанализировать все принятые судебные решения по интересующей нас тематике и системно продемонстрировать эволюцию становления обсуждаемого института, поскольку подобное исследование принадлежит роль самостоятельной написанной на отдельную тему диссертацию. Однако, обобщенно проведя за рамками работы самостоятельное исследование на основе судебных прецедентов английских судов, отметим, что для заверений (*representations*) присущи определенные характерные свойства.

Так, в правоприменительной практике сложился подход, согласно которому предоставлению недостоверных заверений независимо от формы вины квалифицируется как деликт и не влечет последствий,

предусмотренных договорным правом. По этой логике признание заключенного договора недействительным или незаключенным не исключает ответственности за недостоверные заверения. Способом защиты нарушенного права является восстановление положения существовавшего до его нарушения, а формой – предъявление искового заявления о взыскании убытков. При этом в данном случае в состав убытков подлежит включению и упущенная выгода (unforeseeable). Однако, условием применения вышеназванных положений является то, что сторона заранее не знала и не могла знать о недостоверности предоставленного ей заверения, то есть обоснованно и добросовестно полагалась на приобретенную от другой стороны информацию. В качестве альтернативного способа защиты сторона, которой получены ложные заверения, может заявить об аннулировании соглашения.

Между тем, правовое регулирование гарантий существенно отличается от уже рассмотренных заверений. Напомним, что в данном случае понимаются утверждения, за достоверность которых отвечает контрагент в силу достигнутого между сторонами соглашения, и могут относиться к настоящему или будущим событиям (технологический конвейер будет работать в течение года без поломок).

Учитывая договорную природу, в случае установления недостоверности обстоятельств, закрепленных в гарантии, наступает установленная в договоре гражданско-правовая ответственность. Соответственно, субъективная составляющая несоответствия действительности ранее выданных гарантий в виде наличия либо отсутствия вины правового значения не имеет. Способом защиты нарушенного права является восстановление положения существовавшего до его нарушения, а формой – предъявление искового заявления о взыскании убытков. При этом в данном случае в состав убытков подлежит включению и упущенная выгода (unforeseeable). Однако, в отличие от заверений у стороны по сделке отсутствует возможность такого способа защиты как аннулирование достигнутого соглашения либо вовсе отказ от него.

Рассмотрев и выделив особенные характерные черты правового регулирования института заверений и гарантий, имеющего свои первоначальные истоки в странах англосаксонского типа, следует перейти к анализу реципированного правового регулирования и складывающейся на его основе правоприменительной практики по вопросам применения утверждений о фактах, связанных с заключением договора в отечественном законодательстве.

При этом в юридическом сообществе принято воспринимать положения ст. 431.2 ГК РФ как революционные и закрепляющие правила поведения, которых ранее не содержалось в массиве нормативно-правовых актов. Вместе с тем, гражданское законодательство уже ранее включало в себя средства правовой защиты от недостоверных фактов, к которым следует отнести как общие положения обязательственного права, так и положения специальной части.

Во-первых, исходя из системного толкования общих положений обязательственного права (ст.ст. 309, 393, 401 ГК РФ), действующее законодательство (с 1 июня 2015 года) предполагает позитивный способ исчисления объема понесенных убытков, являющихся следствием нарушением принятого на себя обязательства. Последнее предполагает, что лицо, чьи законные права и интересы нарушены, ставиться в то положение, которое бы существовало в случае надлежащего исполнения обязательства.

В юридической научной литературе по вопросу исчисления убытков приводятся различные теории: предвидимости убытков в английском праве, адекватности причинно-следственной связи в немецком праве, в американском праве используются пределы ответственности нарушителя в зависимости от характера рисков.

Вместе с тем, анализ правоприменительной практике не позволяет прийти к выводу о наличии единоначалия к правилам определения размера убытков. Так, в Постановлении Президиума ВАС от 26.03.2013 по делу № А40-36805/2012, устанавливая причинно-следственную связь между

нарушением ответчиком обязательства и убытками истца, подчеркнул, что любой разумный продавец товара должен предвидеть, что неисполнение им обязательств может повлечь возникновение ущерба. Однако в определении Верховного суда Российской Федерации 04.06.2013 по делу № 66-КГ13-5 отмечено, что для взыскания убытков причинно-следственная связь между правонарушением и убытками должна быть прямой (непосредственной).

Во-вторых, средства правовой защиты содержатся и в особенной части ГК РФ. В случае приобретения товара, качество которого не соответствует заявленному продавцом, покупателю предоставлена возможность обратиться к последнему с требованием об ликвидации выявленных несоответствий с уменьшением стоимости, а при наличии существенных недостатков вовсе заявить отказ от договора и возврат уплаченной цены (ст. 475 ГК РФ).

Действующее законодательство неоднозначно подходит к решению вопроса о допустимости распространения действия правил о качестве товара к ценным бумагам и долям в уставных капиталах юридических лиц³⁹. Учитывая подобную юридическую неопределенность, крупный бизнес, занимающийся вложением инвестиций в активы компаний, в заключаемых соглашениях исключает распространение юрисдикции российских судов.

Подобный вызов некомпетентности попыталась ликвидировать реформа в сфере гражданского законодательства. В целях форсирования достижения уровня правового развития современных западно-европейский правопорядок российский арсенал правовых средств пополнился некоторыми институтами, присущими англо-саксонскому праву, краткое содержание которых описано в самом начале настоящей главы.

В-третьих, стороне, которой предоставлены несоответствующие действительности утверждения о фактах, вправе, помимо описанных выше средств правовой защиты, признать сделку недействительной по основаниям

³⁹ Постановление ФАС Поволжского округа от 19.03.2010 по делу N А72-6296/2009; Постановление ФАС Уральского округа от 06.05.2010 N Ф09-2540/10-С4

ее совершения под влиянием существенного заблуждения или обмана со стороны контрагента по сделке.

В-четвертых, также применимы положения о деликтной ответственности, фундаментальным принципом которого является обязанность лица, виновного в причинении вреда, произвести возмещение в полном объеме. При этом предмет доказывания распределяется таким образом, что бремя доказывания отсутствия вины возложено на самого причинителя вреда. Таковы основополагающие положения зарождающегося деликтного права России.

Используя буквальный способ толкования, приходим к выводу, что вышеназванные положения предполагают обращение потерпевшего с заявлением о возмещении убытков независимо от формы вины лица, которым предоставлена информация, не соответствующая действительности.

Вместе с тем, представляется трудно осуществимым в практической сфере получить положительное решение суда на исковое заявление о взыскании убытков, в случае если в основании заявления отсутствует приговор в уголовном деле о мошенничестве.

Таким образом, подходы, сложившиеся в правоприменительной практике уже выработали определенных правовые инструменты, благодаря которым возможно было получить судебную защиту от утверждения, не соответствующих действительности.

Однако, законодатель, принимая во внимание возникающие сложности в приобретении подобной защите, решил не останавливаться на достигнутом и в ходе изменений в гражданское законодательство дополнил новыми правилами поведения, закрепленные в ст. 431.2 ГК РФ, родиной которой является англо-саксонская правовая система.

В связи с принятием столь специфичных правил поведения с явно выраженным иностранным следом, в юридическом сообществе возникло множество вопросов, в том числе о корреляции с положениям второй части ГК РФ. Так, профессор Томсинов А.В. в вышедшей спустя полгода статье

обращал внимание на отсутствие мотивированных подходов с заверениями и гарантией в рамках договоров купли-продажи⁴⁰.

Директор московского института «М-Логос», доктор юридических наук, участник рабочей группы по реформированию гражданского законодательства А.Г. Карапетов разъяснял, что в норме данной статьи не следует искать английскую модель деления на заверения и гарантии. По мнению данного правоведа, исходя из положений, закрепленных в ст. 431.2 ГК РФ, следует выделять заверения-заявления и заверения-обязательства. Принятие данных правил поведения мотивировано закреплением ответственности за ложность сведений, которые не являются предметом обязательства (например, о статусе стороны договора), поскольку положений ст. 393 ГК РФ, устанавливающая общие нормы договорной ответственности, явно недостаточно.

С учетом рассмотренного правового положения заверений и гарантий в англо-саксонском праве и краткой характеристики ст. 431.2 ГК РФ, следует более системно подойти к ее анализу в взаимосвязи с другими положениями гражданского законодательства.

Изначально, при изучении первого пункта данной статьи просматривается деликтная правовая природа с правилами, напоминающими англо-саксонское правовое регулирование, устанавливающих ответственность за предоставление ложных сведений (misrepresentation) независимо от формы вины (representations). Вышеуказанное подкрепляется и тем, что согласно данной норме ГК признание договора незаключенным или недействительным не исключает наступление такой ответственности.

Однако, обнадеживающая удачность формулировок развеивается в самом конце первого пункта, в которой указывается на альтернативный способ защиты нарушенного права - обращение в суд с заявлением о взыскании неустойки, предусмотренной договором. Подобное разрушает

⁴⁰ Томсинов А.В. Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в российском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. N 11. С. 91, 104.

вывод сделанный ранее о деликтном характере ответственности, к тому же, с возможностью признания договора недействительным.

При последующем изучении ст. 431.2 ГК РФ непонимание нарастает, поскольку во втором пункте указано, что сторона, которая действительно основывала свои действия на предоставленной ложной информации вправе заявить отказ от ранее заключенного соглашения. Таким образом, закрепленные положения свидетельствуют о договорной природе с присущими ей чертами. Кроме того, подобные формулировки напоминают ст. 475 ГК РФ о возможности для лица, которое приобрело вещь, заявить отказ от договора купли-продажи при условии существенного несоответствия заявленного качества товара. В связи с этим следует подчеркнуть, что настоящие положения применены ко всем видам договоров как поименованных, так и непоименованных в ГК РФ, что по нашему мнению, противоречит общему правилу о судебном порядке расторжения договора.

Следующие положения ст. 431.2 ГК РФ продолжают вводить в заблуждение участников гражданского оборота относительно правовой природы. Пункт четвертый презюмирует безвиновный характер ответственности лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, за ложных утверждения. В контексте данного вопроса принципиальным является установление правовой природы, поскольку ответственность без вины в договорном праве возможна и подобное положение не вызывает юридического катарсиса общих принципов договорной ответственности. Однако, последнее невозможно при признании на 431.2 ГК РФ деликтного характера, поскольку ответственность в такой случае невозможно представить без одного из оснований ее применения - наличия вины.

Таким образом, положения настоящей статьи содержат как принципиальные отличительные черты договорной ответственности, так и деликтной ответственности, что вызывает обоснованное непонимание как в кругах представителей теории, так и практики.

В таком случае, получается, что заверения об обстоятельствах являются новыми, не имеющими ничего общего с общепринятыми видами обязательств (из договоров, деликтов, неосновательного обогащения). В таком случае заверения об обстоятельствах – совершенно новый институт российского права и говорить о рецепции иностранного опыта в данном случае не представляется возможным.

На начальном этапе правового регулирования ввиду некорректной законодательной техники при использовании рецепции иностранного правового института, возник достаточно принципиальный вопрос о самой природе правовой конструкции. Несмотря на ее научную изученность и длительную практику применения в странах англо-саксонского типа, законодатель воспроизвел ее в ст. 431.2 ГК РФ лишь частично, оставив решение возникающих вопросов правоприменителю.

При этом вопрос о правовой природе является принципиально важным для гражданского оборота, поскольку от его разрешения судом определяется предмет доказывания по конкретному делу. Учитывая изначальную правовую неопределенность института заверений об обстоятельствах, судебная практика в настоящий момент также не выработала единообразного подхода к решению возникших вопросов, связанных с применением ст. 431.2 ГК РФ. В одних случаях суды расценивают положения заключенного договора в части условий о заверениях об обстоятельствах как имеющие сделочную природу⁴¹. Однако, ряд других дел свидетельствует об обратном подходе к пониманию статьи 431.2 ГК РФ, определяя предмет доказывания, исходя из деликтного характера⁴².

⁴¹ Постановление семнадцатого апелляционного суда от 06.02.2018 по делу № А60-38056/2017; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 22.02.2018 по делу N А56-17306/2017; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 15.03.2018 по делу А60-34488/2017.

⁴² Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 05.02.2018 по делу А36-1478/2017; Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 26.03.2018 по делу А79-1567/2017.

Как следствие, отсутствие должного уровня юридической техники в процессе составления текста ст. 431.2 ГК РФ при использовании метода рецепции, породило множество проблем в правоприменительной практике⁴³.

Так, сами участники гражданского оборота неверно используют положения вышеназванной статьи при регулировании своих взаимных прав и обязанностей. Приведем следующий пример из судебной практики: стороны договорились, что арендатору предоставлены заверения от арендодателя, по условиям которых последний обязался не отказываться от заключенного соглашения в период сохранения его силы. Однако, контрагент вопреки предоставленным заверениям отказался от него и ограничил доступ в производственные склады, причинив убытки ввиду прекращения последним финансово-хозяйственной деятельности. Устанавливая наличие либо отсутствие оснований для удовлетворения заявления, суды обоснованно определили, что подобное условие является предметом обязательства и не может квалифицироваться по смыслу п. 1 ст. 431.2 ГК РФ⁴⁴.

Более сложной следует признать проблему необходимого проявления осведомленности контрагента при предоставлении последнему заверений об обстоятельствах, правоприменительная практика по которой только начала складываться. Однако уже первые решения дезавуируют ценность и смысл введенных в ГК РФ правил поведения. Так, стороны заключили соглашение о передаче ценных бумаг, при этом покупатель заверил об отсутствии прав третьих лиц на имущество. В процессе исполнения обязательств по договору, установлено наличие обременений в виде залога, в связи с чем покупатель обратился в суд. Устанавливая наличие либо отсутствие оснований для удовлетворения заявления, суды указали, что поскольку продавец мог самостоятельно провести проверку предоставленным заверениям⁴⁵.

⁴³ Сегалова Е.А. Судебная практика по заверениям об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК РФ) // Вестник арбитражной практики. 2016. N 6. С. 17 - 19.

⁴⁴ Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.10.2016 N 19АП-4508/2016 по делу N А14-18691/2015

⁴⁵ Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.10.2017 по делу № А63-1976/2017

По нашему мнению, данное решение существенно ограничивает применение данной правовой конструкции, поскольку проверка предоставленных контрагентом сведений потребует временных и материальных затрат, а подобный институт призван установить информационное равенство между сторонами.

Довольно тонким является установление факта того, что лицо, которое предоставило заверение, обоснованно не будет на них полагаться. В ходе реализации имущества должника конкурсным управляющим проданы нежилые здания, которые покупатель в последующем перепродал.

Однако, конечный приобретатель не смог осуществить государственную регистрацию перехода права собственности (из-за наличия запрета на совершение рег. действий), в связи с чем второй продавец понес убытки в виде суммы двойного задатка, предъявив их конкурсному управляющему должника. Разрешая спор по существу, суды первой и апелляционной инстанции определили, что конкурсный управляющий добросовестно не мог полагать о дальнейшей перепродажи (третьему продавцу) в отсутствие заключенного договора (в силу ст. 8.1 ГК РФ)⁴⁶. На наш взгляд, представляется необоснованным сужение правомочий нового собственника по распоряжению своим имуществом, принимая во внимание информацию, предоставленную конкурсным управляющим (об отсутствии препятствий для гос. рег. права), поскольку последний вправе, полагаясь на достоверность предоставленных сведений, произвести отчуждение третьему лицу.

Таким образом, правовая неопределенность заложенная изначально в тексте правовой нормы, явившаяся следствием неполноценного подхода к рецепции данной правовой конструкции, породила за собой множество проблем на в хозяйственном обороте между участниками, решения которых

⁴⁶ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 20.07.2017 № 10АП-8959/2017 по делу № А41-21587/14

будут формироваться в правоприменительной практике на протяжении еще длительного периода времени.

§2. Французский правовой институт астрент (astreinte).

В первом параграфе настоящего исследования мы пришли к выводу об отсутствии рецепции (в том понимании, которое используется в данной работе) одного из англо-саксонских правовых институтов. Возможно заимствование из правопорядков стран континентальной правовой семьи окажется более приемлемым для применения в отечественном законодательстве.

В качестве примера обратимся к французской правовой конструкции *astreinte* (судебная неустойка), введенной в гражданское законодательство три года назад в целях повешения уровня исполнимости судебных актов.

Одним из первых исследователей нормативного регулирования астрэнта является Е. Годэмэ⁴⁷, который в своем труде «Общая теория обязательств» под астрэнтом понимал идею осуществления воздействия на сознательно-волевое поведение должника, приводя судебные казусы французских судов с начала XIX века. Однако впервые данный правовой термин встречается в решении кассационного суда от 20.03.1889 года.

При этом, данный правовой институт вызывал научный интерес и у представителей российской доктрины. Например, согласно воззрениям известного цивилиста М.М. Агаркова сущность атрэнта заключалась в том, что суд, обязывая ответчика исполнить обязательство, присуждал в пользу взыскателя и денежную сумму за не совершение действий, предусмотренных законным актом правоприменительного органа⁴⁸.

Исследователи К. Цвайгерт и Х. Кетц пришли к выводу, что анализируемая правовая конструкция впервые была введена во Франции в результате правоприменения в целях стимулирования должника к исполнению принятых на себя обязательств в натуре. Компаративное

⁴⁷ Годэмэ Е. Общая теория обязательств. // Перевод с французского И.Б. Новицкого. М.: 1948. С. 360.

⁴⁸ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. // Избранные труды по гражданскому праву. М.: 2002. С. 241

исследование немецких ученых обращает также внимание на динамику подходов к пониманию природы института.

Изначально астрэнт был лишен существенной части обязывающего воздействия, поскольку превалировала концепция взыскания понесенных убытков, которые возникли у кредитора по вине должника.

Однако, прецедент, изложенный в деле середины XX века изменил правовую концепцию восприятия данного института, указав, что астрэнт присуждается в зависимости от степени виновности должника, оценивая действия должника по уклонению от исполнения обязательства, учитывая его имущественное положение⁴⁹.

В научной литературе того времени подобное вызвало множество критики, которое заключалось в следующем: взыскание астрэнта преследовала цель не восстановление кредитора в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Кроме того, его присуждение в пользу взыскателя довольно часто приводило к ситуации, когда данная сумма существенно превышала действительный понесенный ущерб.

Действующее законодательство Французской Республики, регулирующее вопросы осуществления судопроизводства (*Code de procédure civile*) предусматривает, что астрэнт подлежит применению судом; суд наложенную судебную неустойку при наличии определенных обстоятельств по ходатайству лица вправе отменить по истечении определенного периода времени (ст. 137 *Code de procédure civile*); сумма судебной неустойки определяется судом на основе своего внутреннего убеждения с учетом обстоятельств дела.

Значительно больше положений, регулирующих применение астрэнта содержатся в Кодексе гражданского исполнительного производства (*Code des procédures civiles d'exécution*).

⁴⁹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – Т.2. – М.: Международные отношения, 2000. С. 205.

Исходя из системного анализа статей 131.1 – 131-4 следует, что суд налагает астрэнт на основании своего внутреннего усмотрения с учетом обстоятельств дела без ограничения от размера убытков. Кроме того, астрэнт возможно применить как на определенный промежуток времени (*provisoire*), так и без указания периода его действия (*définitive*).

В российской науке астрэнт не подвергался исследованию в качестве отдельного, самостоятельного института и затрагивался лишь при описании смежных вопросов права.

Так, при исследовании процессуальных инструментариев, с помощью которых достигается действительное исполнение принятого судебного акта, М.И. Брагинский особо выделял судебные санкции. В связи с этим, появление французской правовой конструкции данным ученым оценивается исключительно положительно, поскольку будет способствовать повышению уровня исполнимости судебных актов в нашем государстве. При этом суть данного средства правовой защиты сводится к наложению на должника судебных санкций, подлежащая установлению, к примеру, ежедневно, в случае неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательств⁵⁰.

В.В. Ярков на основе компаративистского исследования указал на широкий перечень обстоятельств, при которых допустимо использование судебной неустойки. Кроме того, присуждение судебной неустойки не исключает обязанности возместить убытки стороне их понесших⁵¹.

Повышение уровня исполнимости судебных актов является одной из самых важных на пути становления правового государства. Среди них особую сложность вызывают исполнительные производства неимущественного характера, в которых судом должнику предписано совершить определенные действия либо воздержаться от их совершения.

⁵⁰ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. Книга 1. 2-е издание, исправленное. М.: 2000. С. 422

⁵¹ Ярков В.В. Основные мировые системы принудительного исполнения // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / Под ред. Л.Ф. Лесницкой, М.А. Рожковой. – М.: Статут, 2008. – С. 465 - 504.

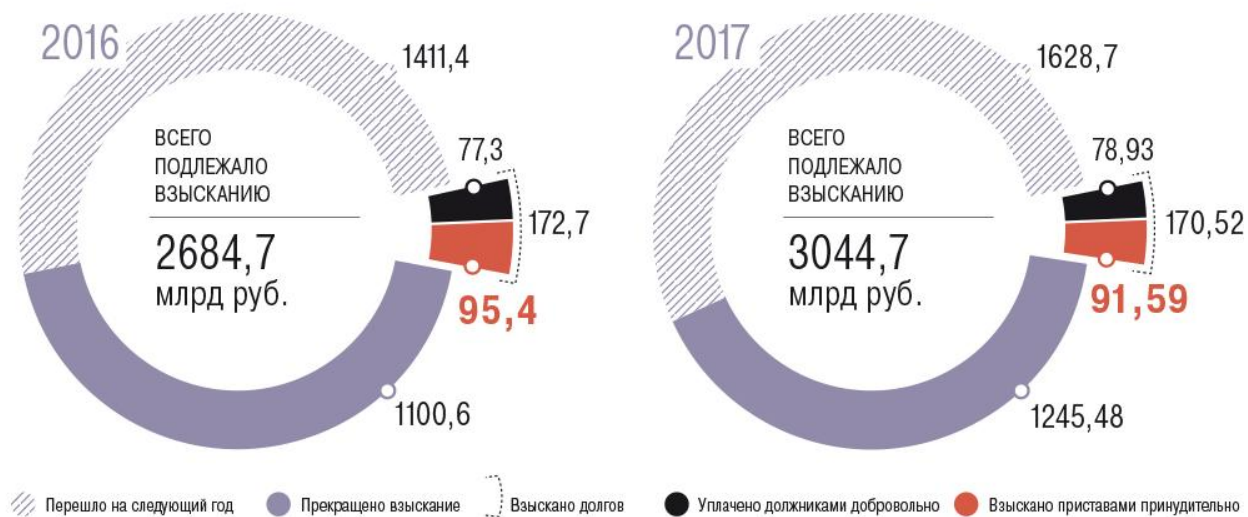
Согласно ведомственной статистической отчетности Федеральной службы судебных приставов за 2017 год находилось 1 218 132 исполнительных производств неимущественного характера, из которых окончено фактическим исполнением (п. 1 ч.1 Федеральный закон от 02.10.2007 N 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» - далее Закон б исполнительном производстве) 576 422 исполнительного производства, что составляет 47,32%⁵².

Общее количество исполнительных производств, находившихся на исполнении Федеральной службы судебных приставов, в 2017 году составляет 86 246 531, из которых окончено фактическим исполнением (п. 1 ч.1 ФЗ, п. 1 ч. 15 ст. 103, п. 1 ч. 7 ст. 103. Закона об исполнительном производстве) 33 691 644 исполнительного производства что составляет 39,06%⁵³.

В 2017 году по решениям арбитражных судов подлежало взысканию 3,04 трлн руб., из которых фактически взыскано 170,5 млрд руб. (5,6%). Еще в 2016 году ситуация была чуть лучше: из 2,68 трлн руб. взыскано 172,7 млрд руб. (6,4%). Причем объем взыскания включает и добровольно перечисленные должниками средства, а без их учета, принудительно, приставы взыскали лишь 3% в 2017 году и 3,5% в 2016-м. Это сравнимо с долей выплат кредиторам в рамках банкротства их должников — в 2017 году было погашено 5,5% от всех требований в реестре, по данным Федресурса.

⁵² Раздел 6 «Сведения о движении отдельных категорий исполнительных производств неимущественного характера» Основных показателей работы судебных приставов-исполнителей за 2017 год. <http://fssprus.ru/statistics/>

⁵³ Раздел 1 «Движение исполнительных документов» Основных показателей работы судебных приставов-исполнителей за 2017 год. <http://fssprus.ru/statistics/>



Таким образом, статистические данные однозначно указывают на проблему исполнимости актов правоприменительных органов.

Длительное время действующее законодательство предусматривало лишь публичные меры ответственности за отсутствие приведения судебного акта в исполнение (ст. 105 Закона об испол. производстве).

Способы и методы стимулирования исполнения судебных актов длительное время являлись предметом для дискуссии в отечественной научной литературе.

Одним из возможных вариантов косвенного принуждения должника к исполнению возложенных на него судом обязанностей либо воздержания от совершения определенных действий является французский правовой институт астрэнт.

Попытки внедрения подобного правового института осуществлялись еще задолго до принятия нормативно-правовых актов во многом изменивших имеющуюся цивилистику.

Так, в различных проектах нормативно-правовых актов, составленных по итогам научных круглых столов и посвященным вопросам приведения в исполнение актов правоприменительных органов, рассматривали подобного рода судебные санкции. Они предусматривали нарастающую денежную

санкцию за не выполнение требований, содержащихся в исполнительном листе, выданном судом⁵⁴.

Следом, и ликвидированная ныне высшая судебная инстанция по экономическим спорам подтвердила возможность применения подобного правового института⁵⁵.

Так или иначе, в российской правовой действительности на протяжении уже трех лет действует данный способ защиты законных прав и интересов кредитора по обязательству, нашедший свое отражение в ст. 308.3 ГК РФ.

Однако анализ данной статьи приводит к выводу, что, как в случае и с английским институтом заверений и гарантий, законодателем не в полной мере перенесена главная правовая сущность астрэнта. В последующем неполное рецепирование основополагающих принципов регулирования данной конструкции ожидаемо вызовет непонимание у субъектов финансово-хозяйственной деятельности, следом породит множество проблем в правоприменительной плоскости.

Системное толкование пункта 1 статьи 308.3 ГК РФ и содержащаяся в нем ссылка на ст. 330 ГК РФ приводит к мысли о том, что астрэнт является частным случаем неустойки. Следует предположить, что такой подход законодателя обусловлен тем, что в основу астрэнта положено именно материально-правовое начало, заключающееся в уклонении должника от выполнения принятых на себя обязательств. К тому же предусмотренный порядок взыскания штрафа строится на частноправовых принципах, пронизывающих нормы ГК РФ, таких как добросовестность, справедливость, соразмерность, недопустимость извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения⁵⁶.

⁵⁴ Исполнительный кодекс Российской Федерации. Проект / Под ред. В.М. Шерстюка и В.В. Яркова. М., 2008. С. 63 - 65, 80.

⁵⁵ Постановления Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 N 22 «О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта» - в настоящее время утратило силу.

⁵⁶ Парфенчикова А.А. Меры косвенного принуждения в исполнительном производстве / под ред. В.В. Яркова. М.: Статут, 2017. 200 с.

Однако, невозможно не обратить внимание на процессуально-правовой компонент, поскольку размер астрэнта определяется не законом или соглашением сторон, а устанавливается исключительно судебным органом. Кроме того, имеются отличия и в целях данных институтов, если астрэнт направлен на исполнение судебного акта, то неустойка на исполнение обязательства. При этом, Пленум ВАС РФ рассматривал данную меру в качестве института именно процессуального права.

Таким образом, в основу правовой конструкции астрэнт заложена смешанная юридическая природа, содержащая в себе как материальную, так и процессуальную основу. Однако если сравнивать, какой из них является преобладающим, то следует признать, что астрэнт в большей степени является механизмом процессуально-правового характера.

При этом законодательство Французской республики не ставит в зависимость от категории дел возможность применения положений об астрэнте в целях стимулирования исполнения судебных актов.

Учитывая отсутствие окончательной правовой определенности в регулировании данного института, указанная проблема фактически передана на разрешение правоприменителя. Так, окончательно не понимая правовую природу астрэнта, суды по-разному подходят к разрешению вопросов о возможности его применения к различным категориям дел.

Таким образом, как в случае и с правовой категорией, рассмотренной в первом параграфе, ввиду некорректного использования приема юридической техники в виде рецепции права, сопровождающаяся отсутствием системных исследований по изучению той или иной правовой конструкции, законодатель порождает множество проблем в практической сфере.

Отсутствие убедительного разрешения правовой природы данных положений породило сомнение в возможности установления судебной неустойки за неисполнение денежных обязательств⁵⁷. Ведь подобное

⁵⁷Решение АС Свердловской области от 8.09.2015 г. по делу N А60-322823/2015, АС Курской области от 17.07.2015 г. по делу N А35-10008/2015;

обязательство в юридической литературе оценивается неоднозначно, многие склонны расценивать передачу денежных средств как исполнение обязанностей в натуре⁵⁸. Однако, в подобном дискурсе в скором времени была постановлена точка путем разъяснения положений в ПП ВС РФ N7.

Кроме того, отсутствие единообразия прослеживается в правоприменительной практике при установлении судебной неустойки на бывших руководителей должника, которые при признании юридического лица банкротом обязаны передать конкурсному управляющему всю документацию.

Большинство судов придерживаются воззрений, что путем использования такого стимулирующего средства правовой защиты понудить бывшего руководителя исполнить обязанность по передаче документации недопустимо. В обоснование своей позиции, суды ссылаются на принцип недопустимости двойной ответственности за совершение одного деяния, указывая на специальный вид ответственности, регулируемый законодательством о банкротстве (ст. 61.11 Закона о банкротстве). В качестве примера приведем следующие судебные акты, в которых изложена вышеуказанная позиция: Постановление Тринадцатого ААС от 18.10.2016 по делу № А56-429109/2014, Постановление АС СЗО от 18.01.2017 по делу № А56-429009/2014.

В настоящем исследовании подобный подход представляется ошибочным, поскольку сложно озвучить какие-либо веские основания для ограничения применения ст. 308.3 ГК РФ только лишь к определенным неимущественным требованиям. Доводы приведенные вышеуказанными судами, по нашему мнению, являются необоснованными по причине того, что присуждение судебной неустойки не означает прекращения обязанностей должника, что следует, в том числе из толкования п. 28 ПП ВС от 24.03.2016 N 7, не нарушая принцип запрета повторного привлечения к

⁵⁸ Чеговадзе Л.А. О защите гражданских прав и ответственности за их нарушение // Юрист. 2013. N 12. С. 9.

ответственности. Использование иного подхода дезавуирует смысл данного процессуального инструментария.

Однако, на сегодняшний день практика выработала и иной подход, согласно которому применение положений, предусматривающих применение судебной неустойки, допускается и при рассмотрении обсуждаемой категории дел. Например, на возможность применения указанных положений к бывшему руководителю указано в Постановлении АС ЗСО от 28.04.2018 А05-3604/20014, Постановление Шестого ААС от 09.02.2018 по делу А73-2130/20016

В последующем правовая позиция, изложенная в определении ВС РФ от 11.07.2017 № 307-ЭС16-21419, подтвердила возможность применения ст. 308.3 ГК РФ к обсуждаемым правоотношениям, указав, что возможность привлечения к субсидиарной ответственности не исключает удовлетворения заявленного требования.

Вместе с тем, постепенно судебная практика начинает активнее использовать положения ст. 308.3 ГК РФ, применения их к различным правоотношениям. Например, дела, связанные с наличием корпоративного спора, в которых заявлено об истребовании от юридического лица каких-либо сведений его участником (Постановление АС МО от 29.08.2016г. по делу А40-215119/2015, Определение ВС РФ от 07.11.2016г. № 3005-ЭС16-15128 по делу № А40-215119/2015) и др.

В правоприменительной практике самым важным для взыскателя становится вопрос о размере такой неустойки, которая реально способна побудить должника исполнить принятые на себя обязательства. Безусловно, наиболее эффективным является установление прогрессивной шкалы до момента фактического исполнения. Вместе с тем, правоприменитель склонен ограниченно устанавливать неустойку в подобном порядке, устанавливая максимальную сумму увеличения (Постановление АС МО от 21.09.2017 по делу А40-179487/20015). При этом в большинстве случаев суд вовсе отказывается в удовлетворении заявления в данной части, устанавливая

фиксированную сумму (Постановление АС ВВО от 18.08.2017 по делу А82—4752/2013).

Таким образом, анализ судебной практики позволяет прийти к выводу о том, что с течением времени правоприменитель все же приближается к истинной правовой природе французского института судебной неустойки, несмотря на наличие пробелов его регулировании и отсутствии правовой определенности в его сущности.

Заключение

Объект научного исследования представляет собой многоаспектное явление, имеющее существенное влияние на правовое обогащение в сфере правового регулирования.

Определяющим критерием для выявления рецепции права является перенесение и привнесение в нормативно-правовой акт сущности, правовой природы института иностранного права, под которым понимается набор постоянных существенных характеристик юридического объекта, позволяющих определить смысловое значение правового явления, а также установить принадлежность юридического факта гипотезе нормы права.

В таком случае, подвергнув анализу положения нормативно-правовых актов, а также правоприменительную практику, необходимо установить отсутствие в большинстве случаев рецепции права даже, несмотря на признание таковой со стороны законодательного органа при принятии нормы закона.

Например, институт субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц, идеи которых восприняты на основе правовых инструментов, именуемым в системе общего (англосаксонского) права «проникновение под корпоративный покров», а в западноевропейском (континентальном) праве – «проникающая (пронизывающая) ответственность». В результате компаративного сравнения данного института за рубежом и в российском законодательстве следует признать ошибочным мнение отдельных авторов, что субсидиарная ответственность за доведение до банкротства представляет собой эквивалент западной доктрины снятия корпоративных покровов.

К аналогичному умозаключению необходимо придти и при исследовании иностранного института заверений об обстоятельствах, являющийся аналогом английского института warranties. Закрепленные положения ст. 431.2 Гражданского кодекса Российской Федерации характеризуются бессистемностью и полным отсутствием логики в

регулировании общественных отношений. При этом заверения об обстоятельствах являются новыми, не имеющими ничего общего с общепринятыми видами обязательств (из договоров, деликтов, неосновательного обогащения). В таком случае заверения об обстоятельствах – совершенно новый институт российского права и говорить о рецепции иностранного опыта в данном случае не представляется возможным.

Вместе с тем, рецепция права как один из инструментов развития и обновления российской правовой системы представляется перспективным, учитывая, что развитые правовые системы, как правило, приходят к сходным правилам при регулировании сходных проблем, даже если отправные точки у них были существенно различные.

К сожалению, современные российские реформаторы, как правило, не задумываются над проблемой совместимости заимствований правового материала с точки зрения устойчивого развития правовой системы, чем обрекают российское право на продолжение хаотичного движения по пути чередования модернизации и антимодернизации.

По нашему мнению, ошибочным является стремление к тому, чтобы любой ценой ввести в российское право совершенно оригинальную и ни на что не похожую отечественную норму как самоцель при условии, что развитые правовые порядки на протяжении значительного периода времени оттачивают правила, регулирующие однородные отношения. Представляется более рациональным частично использовать зарубежный опыт в разумных пределах, адаптируя его к российской объективной специфике.

Представляется важным подчеркнуть, что, во-первых, от качества рецепции права зависит успех модернизации правовой системы. Во-вторых, рецепция может применяться только лишь в случае отсутствия соответствующих элементов, механизмов правового регулирования в действующей правовой системе.

В настоящее время остаются недостаточно изученными процессы рецепции в публичном, региональном праве, правоприменении, в отраслях и институтах права.

В сложившейся ситуации необходимо расширить границы исследования института рецепции права как на общетеоретическом, методологическом, так и отраслевом уровнях.

Библиографический список

1. Pringsheim F. Reception // Revue internationale des droits de l'Antiquite. 1961. Vol. 8. P. 244
2. Plucknett T.F.T. A Concise History of the Common Law. 5th ed. New Jersey, 2001. P. 436.
3. Hamilton W.H. The Ancient Maxim Caveat Emptor. Yale Law Journal. 1931. Vol. 40. No. 8. P.1187.
4. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. // Избранные труды по гражданскому праву. - М., 2002. – 241 с.
5. Азнагулова, Г.М. Рецепция права как форма взаимодействия национальных правовых систем: дис. ... канд. юрид. наук / Г.М. Азнагулова. – Уфа, 2003. – 177 с.
6. Большая советская энциклопедия / Под. ред. А.М. Прохорова. - М.1981. – 67 с.
7. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. Книга 1. 2-е издание, исправленное. - М., 2000. – 422 с.
8. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. Ю.С. Гамбаров. Под ред. В.А. Томсинова. - М., Зерцало, 2003. – 816 с.
9. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. // Перевод с французского И.Б. Новицкого. - М., 1948. – 360 с.
10. Г. Дж. Берман, Ч. Дж. Рейд. Римское право и общее право Европы // Государство и право. 1994. №12. С 103-109.
11. Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Теория государства и права. -М., 2002 – 761 с.
12. Гражданское право стран народной демократии. Д.М. Генкин, М.М. Богуславский, В.В. Лаптев и др. Под ред. Д. М. Генкина. - М., Внешторгиздат, 1958. – 188 с.
13. Гусейников А. Право и культура //Государственная служба. 2005. №6. С.85-90.

14. Дудко А.И. Рецепция в конституционном праве России: Автореф. дис...канд.юр.наук. - Челябинск, 2010 – 163 с.
15. Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. Н.И. Кондаков. - М., Наука, 1975 – 720 с.
16. Косарев А.И. Римское частное право. - М., 1998 – 192 с.
17. Косарев А.И. Теория государства и права. - М., 2000 – 300 с.
18. Косарев А.И. Римское частное право: Учебник для вузов. - М.: Закон и право: ЮНИТИ, 1998 - 253с.
19. Курышев Е.Ю. Рецепция в российском праве: Автореф. дис...канд.юр.наук. - Саратов, 2005 – 194 с.
20. Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве: вопросы теории и практики. дисс...канд. юр. наук. - Уфа, 2000 – 183 с.
21. Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. - М., 2002 - 488 с.
22. Муромцев, Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции / Г.И. Муромцев. – М., 1987. – 152 с.
23. Назаренко Г.В. Теория государства и права. -М., 1998 – 176 с.
24. Насибуллин Р.А Очерки зарубежного права. - Екатеринбург, 2005 – 221 с.
25. Неновски Н. Преемственность в праве (перевод с болгарского).— М.: Юридическая литература, 1977 – 165 с.
26. Общая теория государства и права: В 3 т. / Под ред. М.Н. Марченко. - М., 2002. Т. 2 – 293 с.;
27. Парфенчикова А.А. Меры косвенного принуждения в исполнительном производстве / под ред. В.В. Яркова. - М.: Статут, 2017 - 200 с.
28. Пшеничнов, М.А. Конституция России и международное право: проблемы взаимодействия: дис. ... канд. юрид. наук / М.А. Пшеничнов. – Н. Новгород, 2002. – 180 с.
29. Рулан Н. Юридическая антропология. - М., 2000 – 191 с.

30. Рыбаков В.А. рецепция права: проблемные вопросы// Вестник Омского университета. Серия «Право», 2008, № 3 С. 55-60.
31. Рыбаков, В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы – Омск: Наука, 2009 – 250 с.
32. Тиле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. – М., 2009 – 256 с.
33. Ткаченко С.В. Рецепция Западного права в России: проблемы взаимодействия субъектов : монография. – Самара, 2009 – 250 с.
34. Томсинов А.В. Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в российском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. N 11. С. 91 - 104.
35. Томсинов В.А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права. - М.: Издательство «Зерцало», 2010. – 279 с.
36. Трунцевский Ю.В., Цветков А.А. Способы инкорпорации международно-правовых норм в российской уголовно-правовой системе //Международное публичное и частное право. 2005. №2. С.26-31.
37. Философский энциклопедический словарь. Ред.-сост. Е.Ф. Губский, Г.В. Кораблева, В.А. Лутченко. - М.: ИНФРА-М, 1997 – 576 с.
38. Харитонов Е.О. Основы римского права. - Ростов на Дону, 1990 – 275 с.
39. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – Т.2. – М.: Международные отношения, 2000 – 205 с.
40. Червонюк В.И. Теория государства и права. - М., 2006 – 693 с.
41. Черниловский З.М. Всеобщая теория государства и права. - М., 2002- 179 с.
42. Швеков Г.В. Преемственность в праве. - М., 1983- 274 с.
43. Швеков Г.В. Прогресс и преемственность в праве //Сов. государство и право. 1983. №1. С.38-42.

44. Ярков В.В. Основные мировые системы принудительного исполнения // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / Под ред. Л.Ф. Лесницкой, М.А. Рожковой. – М.: Статут, 2008. –504 с.