

МИНИСТЕРСТВО СЕЛЬСКОГО ХОЗЯЙСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«КУБАНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ АГРАРНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

КУРС ЛЕКЦИЙ ДЛЯ АСПИРАНТОВ (ТЕЗИСЫ ЛЕКЦИЙ)

по дисциплине

**Б1.В.ДВ.1.2 «ПРОБЛЕМЫ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН»**

Код и направление подготовки	40.06.01 Юриспруденция
Наименование направления (профиля) программы подготовки научно- педагогических кадров в аспирантуре	Теория и история права и государства: история учений о праве и государстве
Квалификация (степень) выпускника	Исследователь. Преподаватель- исследователь.
Факультет	Юридический
Кафедра-разработчик	Теория и история государства и права
Ведущий преподаватель	Курдюк П.М.

г. Краснодар, 2014

Содержание

Раздел 1 Эволюция органов государственного управления в зарубежных странах

Тема: НОВЫЙ КУРС РУЗВЕЛЬТА.....3

Тема: ТОТАЛИТАРНЫЕ РЕЖИМЫ ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЫ XX ВЕКА.....6

Раздел 2 Особенности становления и развития отдельных отраслей, институтов права в зарубежных странах

Тема. ЗАРОЖДЕНИЕ И ПЕРВЫЕ ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ ЗАКРЕПЛЕНИЯ ПРЕЗУМПЦИИ НЕВИНОВНОСТИ.....8

Тема: История становления и развития судопроизводства и судоустройства в зарубежных странах.....9

Тема: История формирования и эволюция основных положений о преступлении в зарубежном законодательстве (до начала XX века).....16

Тема: ИНСТИТУТ МЕДИАЦИИ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ.....22

Тема: ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ.....25

Тема: ИСТОРИЯ ЗАРОЖДЕНИЯ МЕДИЦИНСКОГО ПРАВА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ.....30

Тема: ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ И ЭВОЛЮЦИЯ ИНСТИТУТА БРАЧНОГО ДОГОВОРА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН.....33

Тема: Особенности развития института развода в странах Запада.....38

Тема. История возникновения института уполномоченного по правам ребенка.....42

Тема. Исторически первые формы договора купли – продажи.....44

Тема. Становление института «юридического лица» в истории права.....50

Тема: Возникновение акционерных обществ и их правовое регулирование в

странах Запада.....52

Раздел 1 Эволюция органов государственного управления в зарубежных странах

Тема: НОВЫЙ КУРС РУЗВЕЛЬТА

«Но вый курс» — название экономической политики, проводимой администрацией Франклина Делано Рузвельта, начиная с 1933г. с целью выхода из экономического кризиса (Великая депрессия), охватившего США в 1929—1933.

В XX в. в деятельности американского государства появились новые направления. Одним из них стало регулирование экономики и социальных отношений. Необходимость в таком регулировании была окончательно осознана в 30-е гг., когда страну поразил исключительной силы экономический кризис, охвативший к тому времени все основные капиталистические страны. В США промышленное производство понизилось до 56 %, национальный доход сократился на 48 %, обанкротилось 40 % банков, что лишило миллионы рядовых американцев их скромных сбережений. Около 17 млн. человек потеряли работу. Находившееся в этот период у власти правительство президента Герберта Гувера, в надежде на постепенный стихийный выход из кризиса, фактически ничего существенного не предпринимало.

Между тем социально-политическая обстановка обострялась: следовали один за другим голодные походы, демонстрации, другие формы протеста. В таких условиях на очередных президентских выборах 1932 г. победил Франклин Делано Рузвельт - кандидат от демократической партии. Новый президент выступил с развернутой программой по выходу из кризиса, получившей известность как «Новый курс».

17 мая 1933г. Рузвельт обратился с обращением к Конгрессу, в котором попросил предоставить ему чрезвычайные полномочия для проведения политики, необходимой для выхода из кризиса. Конгресс предоставил ему эти полномочия. Таким образом, правительство получило право вторгаться в сферу правового регулирования парламента. Поэтому «Новый курс» Рузвельта является классическим примером делегированного правотворчества. Реформы правительства Рузвельта регулировались подзаконными актами – «кодексами честной конкуренции», имевшими силу закона.

Правительственные реформы проводились в двух основных направлениях: в сфере экономики и в социальной сфере.

Реализация программы в сфере экономических отношений предусматривала следующее:

1. Чтобы стабилизировать денежную систему, был запрещен вывоз золота за границу, проведена девальвация доллара, укрупнена банковская система, в результате крупнейшие банки получили из казны значительные

кредиты и субсидии.

2. Оздоровление промышленности возлагалось на специально создаваемое учреждение - Национальную администрацию восстановления промышленности. В соответствии с Законом о восстановлении национальной экономики от 16 июля 1933 г. вся промышленность была разделена на 17 групп, деятельность каждой из которых регулировалась составленными в срочном порядке нормативными актами — так называемыми, кодексами честной конкуренции, определявшими квоты выпускаемой продукции, распределение рынков сбыта, цены, условия кредита, продолжительность рабочего времени, уровень зарплаты и т. д.

3. Для сельского хозяйства учреждалась Администрация регулирования сельского хозяйства, которая на основании Закона об улучшении положения в сельском хозяйстве от 12 мая 1933 г. наделялась правом регулирования цен на продукцию сельского хозяйства и доведения их до уровня 1909—1914 гг. Это осуществлялось, главным образом, путем оплачиваемого сокращения посевных площадей и поголовья скота (уменьшение товарной массы должно было поднять цены до уровня, обеспечивающего рентабельность средних и даже мелких ферм, чтобы предотвратить их разорение).

Новацией правительства Рузвельта стало проведение активной социальной политики, направленной на поддержание социально незащищенных слоев американского общества: рабочих, служащих, мелких и средних предпринимателей. Именно эта политика обусловила правительству Рузвельта широкую социальную поддержку. Ф.Д. Рузвельт был единственным президентом в истории США, четыре раза подряд избранным на эту должность.

В 1935 г. был принят закон Вагнера, ставший важной вехой в развитии трудового законодательства США. Впервые в общенациональном масштабе легализовалась деятельность профсоюзов. Запрещалось уголовное преследование трудящихся за создание профсоюзов и участие в легальных забастовках; предприниматели обязывались заключать с профсоюзами коллективные договоры и не принимать на работу лиц, не состоящих в профсоюзах, подписавших коллективный договор (вводился так называемый принцип закрытого цеха); признавалось право на забастовки, если нарушались предписания закона. Для контроля за выполнением закона было создано Национальное управление по трудовым отношениям. Его руководящий состав назначался президентом с одобрения сената. При обнаружении незаконных действий в трудовой практике Управление оформляло дело для передачи его в суд. Лица, препятствовавшие работе Управления, подлежали по суду наказанию штрафом до 5000 долл., или тюремному заключению до одного года, или одновременно обоим видам наказания.

Судебная система США. Судебная система США имеет ряд особенностей, являющихся результатом исторического развития. В

настоящее время в США действует две судебные системы: общенациональная и субъектов федерации.

Охарактеризуем общенациональную систему судебной власти.

Судебная система США построена иерархическим способом с четким разделением функций между судебными уровнями.

В национальную систему судов входят 1) Верховный суд США, 2) апелляционные, 3) окружные суды, а также 4) специальные суды.

Верховный суд США — высшая судебная инстанция США. Основной функцией Верховного суда является рассмотрение жалоб на решения нижестоящих национальных судов и судов штатов, если в них затронут «национальный вопрос». Это могут быть вопросы по спорам между двумя и более штатами, по международным искам и т. п.

В состав суда входит 9 судей. Судьи назначаются Президентом с одобрения Сената. Судьи практически не подвержены политическому давлению со стороны Президента, Конгресса или избирателей. Тем не менее, в истории США были случаи, когда исполнительная или законодательная власть пытались поставить Верховный суд под своё влияние.

Верховный суд был основан в 1789г., своё первое решение он вынес в 1792 г. Влияние Верховного суда резко усилилось после 1803г., когда Верховный суд принял на себя право оценивать соответствие законодательных актов Конституции США, то есть фактически право приостанавливать действие законов, объявляя их в случае неконституционности недействительными с самого начала их принятия. Впоследствии в Европе для таких функций был создан отдельный тип суда — конституционный суд. Таким образом, ещё одной особенностью судебной системы в США является отсутствие специализированного конституционного судопроизводства. Эти функции до сих пор осуществляет Верховный суд..

Апелляционные суды, созданные в 1891г., являются судами промежуточной юрисдикции, служат своеобразным мостиком между Верховным судом и окружными судами.

Окружные суды являются основным звеном национальной судебной системы. Вся территория страны поделена на 95 округов с учетом границ между штатами. Окружные суды в первой инстанции рассматривают гражданские и уголовные дела, входящие в компетенцию национальной юстиции, дела по банкротству, а также жалобы на действия административных органов.

К перечню специализированных национальных судов следует отнести претензионный суд, суд по внешней торговле, налоговый суд и др.

В США функционируют параллельно единая национальная система судов и самостоятельные судебные системы каждого из 50 штатов, округа

Колумбия и четырех федеральных территорий.

ТЕМА: ТОТАЛИТАРНЫЕ РЕЖИМЫ ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЫ XX ВЕКА

Фашизм (итал. «fascimo – пучок, связка, объединение) – политическое течение, возникшее в странах Запада в период мирового экономического и политического кризиса («Великой депрессии») и выражающего интересы наиболее реакционных и агрессивных политических сил.

Важнейшие отличительные черты фашизма – 1) использование крайних форм насилия для подавления трудящихся, 2) шовинизм, расизм, 3) максимальный контроль над всеми сферами общества, и личной жизнью граждан, 4) способность мобилизовать и политически активизировать народные массы в интересах господствующего строя. 5) Внешняя политика фашизма – экспансионистская, захватническая политика.

В центре фашистской идеологии – идеи военного захвата, расового неравенства, вождизма (принцип фюрерства), всевластия государственной машины.

В январе 1933 г. к власти в Германии пришел Гитлер, который сразу заявил о намерении отменить положения Версальского договора по причине ущемления им «национального сознания немецкого народа». На Международной экономической конференции в 1933 г. германская делегация потребовала предоставления ей новых территорий, однако для их получения Гитлер обещал направить свою агрессию на Восток, поэтому дальнейшие его действия проводились при попустительстве со стороны ведущих западных держав, прежде всего Англии и Франции.

К середине 30-х годов фашистские режимы устанавливаются в Италии и Испании. В Азиатском регионе агрессивную политику проводила Япония.

В марте 1935 г. Германия в одностороннем порядке расторгла Версальский договор, а весной 1936 г. ее войска заняли Рейнскую зону и подошли к французской границе. В этом же году Германия заключила соглашение о военно-политическом сотрудничестве с Италией и заключила с Японией Антикоминтерровский пакт, к которому впоследствии присоединилась Италия.

СССР, предвидя опасность со стороны Германии, предпринял попытки к созданию системы коллективной безопасности в Европе, но не встретил понимания со стороны стран Западной Европы, которые, надеясь столкнуть СССР и Германию, хотели отвести агрессию от себя.

В 1938 г. в результате попустительства западноевропейских государств под властью Германии оказалась Австрия, а после Мюнхенского соглашения – и Судетская область Чехословакии (а затем и вся ее территория). Единственным государством, протестовавшим против захватов, был СССР.

В 1939 г. происходит захват Италией Албании и интервенция Германии

и Италии в Испанию. На Востоке Япония в 1938 г. захватывает Северный и

Центральный Китай, а также вторгается на советскую территорию в районе озера Хасан. В 1939 г. она предпринимает попытку захватить Монголию.

Вторая мировая война началась 1 сентября 1939 г. нападением фашистской Германии на Польшу. Она продолжалась до 2 сентября 1945 г.

Наша память о фашизме через многие десятилетия после его разгрома – это осмысление истории, даже самой тяжелой, одно из важнейших, проверенных временем средств безопасности. Она способна помочь созданию гарантий от повторных катастрофических ошибок, в чем заинтересованы все человечество. Ведь известно, что история может повторяться, пусть и не буквально. Однако новый опыт беспомощен, когда у него нет исторических корней, и он заставляет прислушиваться к сигналам из прошлого.

Всегда существует возможность повторения катастрофы 30-х, 40-х годов XX века. Возникновение нового явления – международного терроризма, проявлений расизма, даже организованная преступность – все это составные части фашизма. Отдельно следует рассмотреть вопросы:

1. **УСТАНОВЛЕНИЕ ФАШИСТСКОГО РЕЖИМА В ИТАЛИИ**
2. **УСТАНОВЛЕНИЕ ТОТАЛИТАРНОГО РЕЖИМА В ГЕРМАНИИ. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ФАШИСТСКОЙ ГЕРМАНИИ**
3. **УТВЕРЖДЕНИЕ ТОТАЛИТАРНОГО РЕЖИМА В ЯПОНИИ. МОНАРХОФАШИЗМ**

Таким образом, в итоге Второй мировой войны фашизм был сломлен. Десятки миллионов убитых, искалеченных. На все времена человечество получило доказательства того, к чему приводит попытка призвать к власти право-экстремистские террористические силы и попытаться с их помощью разгромить демократию, повернуть вспять исторический процесс. Возникновение в начале 20-х – середине 40-х годов феномена фашизма поставило перед человечеством массу вопросов, ответы на которые актуальны и поныне. Ведь и в XXI веке ни величайший взлет науки и техники, ни достижения культуры и цивилизации, ни невиданное развитие индустриального производства не могут уберечь человечество от возникновения чудовищных террористических режимов, которые способны двинуться по пути всемирных завоеваний и всеобщего уничтожения. Фашизм – явление международное и может существовать в разных формах. Развиваться на фоне и в условиях кризиса общества, нужды, нищеты, озлобления масс. «Классические» (типа Германского и Итальянского) свергались освободительной борьбой внешних и демократических внутренних сил. Внешние – играли решающую роль, т. к. одним из главных слагаемых фашистских программ была военная агрессия. Существует опасность скатывания к подлинному фашизму в обществе, где существует терроризм, расизм и абсолютная диктатура, как это случилось в Испании, Португалии и Чили, где фашистские режимы распадались под

воздействием внутреннего освободительного демократического процесса.

Раздел 2 Особенности становления и развития отдельных отраслей, институтов права в зарубежных странах

Тема. ЗАРОЖДЕНИЕ И эволюция принципа ПРЕЗУМПЦИИ НЕВИНОВНОСТИ

Презумпция - (Praesumptio) - слово латинского происхождения. Буквально оно переводится как «предварение». В научном значении «презумпция» - это положение, из которого исходят как из истинного, пока правильность его не будет опровергнута

Презумпция невиновности обычно рассматривается как одна из непосредственных уголовно-процессуальных презумпций. В юридической литературе сущность всякой презумпции определяется следующим образом: «Презумпции имеют статистическую природу. Они верны для большинства случаев данного рода, но допускают и исключения. В этом смысле презумпция - это предположение, что обычно наблюдаемая связь между фактами, весьма вероятно, существует в данном конкретном случае».1

В юридической научной литературе принято следующее определение понятия правовой презумпции: «Правовая презумпция - это закрепленное в законе правило, предполагающее наличие или отсутствие фактов до представления доказательств противного (опровержимая презумпция) или запрещающее их опровержение (неопровержимая презумпция)»2. И далее: «Правовые презумпции представляют собой проверенные практикой обобщения, высокой степени вероятности, как правило, допускающие учет специфики не охватываемых ими случаев».3

Следовательно, если в области действия и применения права наблюдается такое положение, когда имеется один факт юридического значения, постоянно появляется и другой, то закон может установить норму, согласно которой при наличии первого факта второй факт без доказательства предполагается тоже существующим, пока не доказано обратное.

Презумпция невиновности обвиняемого не имеет характерной для других презумпций «статистической природы», она не исходит из соображений о большей или меньшей вероятности виновности обвиняемого вообще или данного обвиняемого в частности. Количественные критерии для понимания и применения презумпции невиновности обвиняемого не подходят. Презумпция невиновности обвиняемого есть именно презумпция, т.е. предположение, но не в смысле высказывания о вероятности чего-либо, а в смысле положения, утверждения, принимаемое как истинное до его

¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе. / Под ред. Жогина Н.В. М.:Госюриздат 1973 С.343.

² См. Там же С.344.

³ См. Там же С.345.

исследования и подтверждения, установления его достоверности (или опровержения).

Обвиняемый считается невиновным до тех пор, пока вопрос о его виновности не будет исследован и разрешен в установленном законом порядке. Это положение сохраняет свою силу не только на стадиях предварительного расследования и судебного разбирательства, но и в стадиях апелляции и кассации, пока не будет доказано обратное, пока виновность обвиняемого не будет установлена вступившим в законную силу обвинительным приговором суда.

Презумпция невиновности обвиняемого в отличие от других презумпций не упрощает и не облегчает процесс доказывания по уголовному делу, не сокращает его, не освобождает следствие и суд от обязанности доказывания имеющих значение для дела обстоятельств, фактов⁴.

Научные исследования новейшего времени, касающиеся содержания презумпции невиновности обвиняемого, убедительно свидетельствуют в пользу того, что настало время придать этой презумпции статус правового института.

Сегодня мало кто будет оспаривать, что презумпция невиновности обвиняемого состоит, как минимум из трех блоков:

1. Бремя доказывания лежит на обвинителе и, следовательно, обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность;

2. Все неустранимые сомнения должны истолковываться в пользу обвиняемого;

3. Недопустимо, чтобы судьи при исполнении своих обязанностей исходили из предубеждения о виновности подсудимого

Все эти три блока направлены на раскрытие содержания основного (ключевого) положения презумпции невиновности, заключающемся в праве обвиняемого считаться невиновным до признания его таковым вступившим в законную силу приговором суда.

Тема: История становления и развития судопроизводства и судоустройства в зарубежных странах

Современное процессуальное законодательство зарубежных стран закрепило основные положения, относящиеся к ведению судебного процесса. Формировались они и эволюционизировали длительный период времени, что нашло свое отражение в ранее принимаемых и действовавших нормативных актах. Например, в Индии – в законах Ману, в Древнем Вавилоне – в законах царя Хаммурапи и др. Смена социально-экономической формации государств непременно приводила к изменению в системы судебных органов

⁴ См. Каминская В.И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М; Изд-во АН СССР., 1948 С.96 - 97.

и порядка осуществления правосудия, а также принципах осуществления правосудия, системе доказательств и т.д.. Например, можно сравнить древнеримское процессуальное право и процессуальное право Франции буржуазного периода развития.

Новая ступень человеческой цивилизации связана с развитием античного общества, которое сформировалось на юге Европы в бассейне Средиземного моря. История античного мира издавна привлекала особое внимание европейских ученых. Дело в том, что из всех периодов древности она лучше всего изучена. Считается, что цивилизации Греции и Рима стояли у истоков европейских традиций государственности.

Своего апогея греко-римская цивилизация достигает в I тыс. до н.э. — начале I тыс. н.э. Первые протогосударства возникли в средиземноморском бассейне еще в III-II тыс. до н.э. и развивались не без влияния восточных обществ. Впоследствии на азиатском побережье образовалось множество греческих поселений, что углубило связи двух цивилизаций.

Завоевание греками балканского полуострова обусловило появление целого ряда государств. Эти страны имели общие черты с восточными государствами: монархическую форму правления, крупное государственно-храмовое владение.

Процесс образования государств вследствие постоянных миграций населения шел волнообразно. Естественное становление государственности во многом сдерживалось природно-географическими факторами: Греция представляла собой горную страну, мало пригодную для земледелия, здесь не могла образоваться земельная община восточного типа. Зато в Греции сложились благоприятные условия для возникновения и развития различных ремесел, объединений ремесленников.

Государства возникали в результате исторически возникшего деления на сословия, появления в недрах общества частной собственности. В силу особенностей рабовладельческого способа производства внеэкономическое принуждение подневольных слоев общества (рабов) стало главной задачей и основной целью государства и права.

Каковы черты античной государственности, ее достижения и уроки? В Афинах и Риме были разработаны принципы республиканской формы правления.

В античную эпоху цивилизация вышла за сравнительно узкие локальные рамки, впервые возникли мировые империи.

Сложился строй общественно-политических отношений — демократия, в наибольшей мере отвечающая требованиям самоуправления сообщества свободных людей.

Во времена Античности появилась идея разделения ветвей власти. Здесь на практике проявилось преимущество взаимного сдерживания и

противодействия различных ветвей власти.

Государственно-правовой опыт Афин и Рима содержит предупреждения об опасности бюрократизма, его великой силе, живучести.

Обычаи, законы Афин, Рима содержали нормы, определяющие понятия справедливости, чести, достоинства граждан. Уже тогда власть понималась как ответственность правителей перед свободными гражданами.

Стабильность государства, его устои связывались с наличием и соблюдением законов, их верховенством.

Рим оказал гораздо большее влияние, чем Афины, на мыслителей, ученых-историков, писавших о государстве.

В античных странах высоко ценили роль права. Именно мыслители Древних Афин подарили миру гениальные идеи правового государства и гражданского общества.

По известному выражению, римляне «трижды покоряли мир». Первый раз — легионами, второй — христианами, третий — правом. Развитию римского права способствовали многие обстоятельства. Прежде всего этому содействовал высокий уровень экономических отношений, достигнутый Римом в периоды поздней республики и принципата.

Многие принципы римского права впоследствии стали частью континентальной системы права, частично и англосаксонской. Их можно найти во Франции, Германии, Италии.

В античный период признавали необходимость суда как самостоятельного органа в государстве. Здесь были разработаны основные принципы судебной деятельности, например нельзя быть судьей в собственном деле; один свидетель — не свидетель, должна быть выслушана другая сторона; отказ в правосудии недопустим; право на пересмотр дел независимым судом. Эти правила до сих пор лежат в основе правосудия. Особенно прослеживались тенденции изменения судопроизводства в зависимости от порядка сбора, закрепления и оценки доказательств. Это явление как общемировая тенденция была свойственна и в последующем⁵.

С развитием феодальной государственности шел процесс становления феодального права в Европе. Можно выделить следующие его характерные черты:

основное место в феодальном праве занимают нормы, регулирующие поземельные отношения, и нормы, обеспечивающие внеэкономическое принуждение;

феодальное право в значительной степени закрепило неравенство различных сословий;

⁵ Античная демократия в свидетельствах современников / Сост. Л.П. Маринович, Г.А. Кошеленко. -М., 2006.

11

в феодальном праве не было деления на отрасли права. Существовало деление на ленное право, церковное право, городское право и т.д., что объясняется его сословным принципом;

огромное влияние на феодальное право оказали церковные нормы, нередко превращавшиеся сами в нормы права;

на всей территории государства отсутствовало единое право и господствовало право, основанное на местных обычаях.

В то же время в период позднего Средневековья в европейских странах закладывались основы правопорядка, судопроизводства, восходящие к позднеантичному римскому праву.

В Средние века в Европе действовали в основном четыре правовые системы: феодальное ленное право, каноническое право, римское право и городское право. На Востоке, в Азии, Африке возникло и набирало силу мусульманское право.

Переkreщивалось влияние различных правовых систем. Существовали большие расхождения между средневековыми национальными правовыми системами.

Средневековые европейские юристы внесли заметный вклад в процесс развития позитивного права, обогатили теоретико-познавательный аппарат юридической науки, углубили понимание ее предмета и методологии. Именно в Средние века, несмотря на засилье церкви, были сформулированы и уточнены юридические понятия, проанализированы содержание правовых норм и их действие.

В идеологическом плане воззрения средневековых юристов стран Западной Европы, несмотря на их отдельные исторически прогрессивные положения, в целом были пронизаны идеей легитимации существующего феодального общества.

Средневековые правовые системы стран Востока утверждали неравенство: кастовое, сословное; в семье — по признакам пола. Поведение людей строго регламентировалось.

Произошли изменения в судебной системе и судопроизводстве. Монарх, как правило, являлся верховным судьей. На ранних этапах развития феодального общества сохранялись остатки учреждений военной демократии — отправление суда всем свободным населением. Представитель администрации не осуществлял судебных полномочий в точном смысле этого слова. Он только созывал собрание людей, которое должно было решить дело, и руководил им. Из присутствующих выбиралось определенное количество людей — судей для решения каждого дела, затем появлялся их постоянный состав. Суд не проводил никаких принудительных действий по своей инициативе. Ведение дела находилось в руках потерпевшего — обвинителя. Весь процесс от возбуждения дела до момента принудительного

⁶ *Ливанцев К.Е.* История государства и права Средних веков. -СПб.. 2003.

12

исполнения был проникнут крайним формализмом, носил обвинительный характер.

Основной чертой процесса в период расцвета феодализма является резкое обособление двух порядков. Один, обслуживающий господствующий класс, светских и церковных феодалов, был, как справедливо замечает М.А. Чельцов-Бебутов, «как бы смягченной формой войны между формально равными друг другу сеньорами». Универсальный способ доказывания здесь — судебный поединок в «суде равных». Для крепостных основная форма — господский суд. Способы доказывания соблюдали интересы феодалов, от имени которых вершился суд⁷.

Неразвитость основных понятий, например понятия вины как осознанного проступка и решающего основания ответственности, сохранялась очень долго. Ордалии, позже судебные поединки, талион постепенно уходили в прошлое.

Другая черта — проникновение в судебный процесс как в Европе, так и на Востоке религиозно-обрядовых моментов. Это выражалось в том, что в судебном процессе принимали активное и ведущее участие церковнослужители, представители монашеских орденов. Множество преступлений было подсудно церковным судам. Переносится практика судов церковной инквизиции в светские суды. Процесс становится инквизиционным. В ряде случаев светские суды являлись простыми исполнителями приговоров церковного суда.

С развитием в недрах феодального общества буржуазных отношений различные процессуальные порядки заменяются единым королевско-бюрократическим судопроизводством. Расширяются полномочия суда на применение ничем не ограниченных методов добывания истины, вытесняется инициатива и состязательность сторон. Розыскная форма вытесняет обвинительную.

Вместе с тем особенности исторического развития отдельных стран Средневековья обусловили и различие в формах суда и процесса.

Эпоха Нового времени охватила относительно непродолжительный период — середину XVII—XIX вв. Однако в мировой государственно-правовой истории она представляет собой начало многих современных государственно-правовых институтов. Возникший в то время новый тип государства, несмотря на многочисленные препятствия на его пути, во многом определил магистральную линию развития мировой цивилизации — путь к правовому государству основанному на гражданском обществе.

Возникновение демократического государства совершалось в процессе политических революций, ломающих и разрушающих устой феодального общества и утверждающих новые рыночные отношения. И из

⁷ *Чельцов-Бебутов М.И.* Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах.- СПб., 1995. -С. 365.

того, насколько решительной и последовательной была эта революция, выступала буржуазия в союзе с народом или действовала на основе компромисса с феодальными силами, в какой степени удавалось народным массам подчинить революционную борьбу своим интересам, зависело и все дальнейшее развитие государственного строя.

Отсчет Нового времени ведется со времени революции в Англии, которая была фактически первой буржуазной революцией мирового масштаба. Совершившаяся несколько ранее нидерландская революция ни по своему значению, ни по своим масштабам, историческим результатам не может идти в сравнение с революцией английской. Она не оказала такого значительного влияния на мировое развитие, как английская революция.

Наиболее радикальной была французская революция конца XVIII в., более компромиссными — английская революция середины XVII в., война за независимость США конца XVIII в., последующие революционные преобразования и реформы XIX в. в других странах.

В тесной связи с условиями и результатами революций разрешался вопрос о форме вновь созданного государства. В одних странах буржуазии удалось полностью захватить власть (Франция) и установить республиканский строй. В других — состоялся компромисс между буржуазией и феодальными элементами, и была утверждена конституционная монархия (Англия).

Буржуазное государство существенно отличалось от всех предшествующих ему:

произошел переход от абсолютных монархий к представительному правлению и конституционализму. Это — золотое время парламентаризма. Парламенты стали законотворческими органами, главными институтами буржуазной власти;

в области государственно-правовой идеологии особое место отводилось правам человека. Человек и гражданин получил разнообразные политические и гражданские права и свободы, что способствовало утверждению демократического режима правления. Все более широкие слои населения принимали участие в государственной жизни;

реально обеспечивались условия для разделения ветвей власти. Их взаимодействие должно было осуществляться в рамках драпового регламента;

буржуазные революции вызвали к жизни местное самоуправление, придав ему функцию выражения и охраны прав и свобод человека и гражданина. Идеи общинного управления получили развитие в Великобритании, Германии и других странах.

В буржуазном праве проявился ряд новых качеств:

оно рождалось в виде национальных правовых систем. Именин

капитализм, ломающий всякие сословные различия, замкнутость отдельных

территорий в своих правовых системах, привел к возникновению национального права;

в отличие от средневекового права, базирующегося на сословных, коллективистских началах, буржуазное право основывалось на позициях индивидуализма. В его центр была поставлена личность, а не коллектив.

В основу буржуазного права были положены следующие принципы.

Утверждается принцип юридического равенства сторон лично свободных людей, поскольку оно является предпосылкой заключения любого договора. До буржуазных революций ни в одном государстве равной для всех гражданской правоспособности не было. Существовали многочисленные категории лиц, правоспособность, которых была ограничена. Она определялась в зависимости от пола, сословной принадлежности. На объем правоспособности влияла религия. В колониях существовало рабство. В Новое время было уничтожено большинство из указанных ограничений и установлено юридическое равенство граждан. Однако и в этот период представительные органы (парламенты) формировались на основе цензового избирательного права, выражали интересы одного класса — третьего сословия, зарождавшейся буржуазии. Парламенты образовывались 10—15% граждан, которые были допущены к избирательным урнам.

С принципом юридического равенства неразрывно связан принцип законности. Граждане несут равную ответственность перед законом. Их правомерное поведение — одно из проявлений законности.

Важным принципом буржуазного права является свобода, понимаемая очень широко. Буржуазное государство провозглашает политические свободы как основу своего общественного строя. Развитие предпринимательства обеспечивается свободой частной собственности, свободой договора⁸.

Принципы равенства, свободы, законности характеризовали буржуазный тип права в целом.

Новейшая государственно-правовая история соприкасается с современностью. Между Новой и Новейшей историей нет такого разрыва, как между Античностью и Средневековьем. Однако ее карта мира в Новое время поражала бедностью палитры, то в Новейшее — большим разнообразием.

При этом процесс образования новых государств вряд ли завершен, тенденция к самоопределению народов проступает более явно, что грозит целостности многих государств. Во многих странах, особенно в новых молодых государствах, проявились самые разнообразные формы государства: от правового государства до военных и военно-гражданских

⁸ Желудков А.В., Буланова А.Г. История государства и права зарубежных стран (конспект лекций). -М., 2000.

диктатур. Это говорит о противоречивости государственно-правовых систем в Новейшее время.

Для Новейшего периода истории характерны не только существенные изменения в политических системах, но и заметная эволюция его судебной правовой системы. Вступление стран в новую стадию социально-экономического и политического развития не могло сказаться и на развитии права, суда и судопроизводства. Обновление, которое произошло, затронуло как их форму, так и содержание.

В Новейшее время судопроизводство развивалось в либеральном направлении, являясь важным элементом и гарантом демократических процедур.

В законодательстве большинства современных стран закреплен порядок формирования судов и определяются принципы, которыми они должны руководствоваться. К их числу относятся: независимость суда, которая обеспечивается рядом гарантий, в том числе и очень часто несменяемостью судей; коллегиальность при рассмотрении большинства дел; профессионализм судей, рассматривающих большинство уголовных, гражданских и прочих дел; право обжалования решений; гласность при судопроизводстве; равноправие и состязательность.

В новейшее время различаются судебные системы с судами универсальной юрисдикции и системы судов специализированных.

Общие суды делятся на две большие группы: суды построенные и действующие по англосаксонской модели, и суды, работающие по континентальной романо-германской модели правосудия.

Тема: История формирования и эволюция основных положений о преступлении в зарубежном законодательстве (до начала XX века)

Несомненный интерес в качестве сравнительной характеристики вызывает исследование развития зарубежного права в области закрепления понятия преступления в период с его становления и до начала XX века.

В 3 – 2 тысячелетиях до н.э. в странах Древнего Востока появлялись первые государственные образования, а вместе с ними создавались нормативные акты. К их числу относятся законы Хаммурапи в Древнем Вавилоне и Законы Ману в Древней Индии.

Право Древнего Востока было неразрывно связано с религией и религиозной моралью, поэтому правовая норма имела религиозное обоснование, а правонарушение рассматривалось как нарушение нормы религии и морали.

В древневосточном праве нельзя было обнаружить представлений об отличиях преступлений от частных правонарушений, не было в нем и

общетеоретических понятий, системности в изложении видов преступлений.

Однако, как отмечала Н.А. Крашенинникова, внутренняя логика изложения норм в этих правовых памятниках все же присутствовала. Она определялась или религиозными концепциями о тяжести, греховности того или иного поведения человека в Древнем Вавилоне, или религиозной концепцией мироздания, сословно – варнового деления в Древней Индии⁹.

ремление представить законы, исходящие от бога, были в обычае всех древних законодателей. Тем самым они пытались предать им большую силу и значимость

Афинское уголовное право в период расцвета демократии (VI в. до н. э.) по своей структуре и содержанию мало чем отличалось от названных ранее нами источников права деспотических государств Древнего Китая, Древней Индии, Древнего Вавилона: в нем отсутствовало определение понятия преступления, в нормативных актах перечислялись лишь отдельные казусы, не существовало классификации преступлений по какому – либо признаку.

Несовершенство норм афинского уголовного права по сравнению с гражданским правом объяснялось, прежде всего, другими задачами, стоящими перед государством в этот период.

Необходимо было развивать экономику, переходя от родовых отношений к рабовладельческим; устрашение законом как основной фактор для этого уже не подходило.

Уголовное право строилось после законов Драконта (VII в. до н. э.), наиболее мягких, но все же существовавших в обществе нормах религии и морали, которые продолжали действовать в области государственных, религиозных, брачно – семейных отношений, не мешая развитию экономики.

Таким образом, мы видим, что теоретический уровень развития правовых норм не определялся лишь волей и желанием законодателя, скорее всего, он был связан с потребностями экономического развития общества и общим состоянием юридической науки в конкретно взятом государстве.

Первая римская кодификация права была проведена в середине V столетия до н. э. Она получила название Законы XII Таблиц¹⁰.

В них не давалось понятия преступления, однако, исходя из содержания, можно было сделать вывод о том, что к преступлениям относились не только те деяния, которые затрагивали интересы государства, но и те, которые наносили частный имущественный вред.

Деяния различались по размеру причиненного ущерба, так, преступления всегда наказывались более сурово (например, поджог дома, поджог хлеба), чем деликты, за которые применялась ответственность в виде

⁹ Крашенинникова Н.А. История права Востока: Курс лекций. - М., 1994. - С. 11.

¹⁰Черниловский З.М. История рабовладельческого государства и права. - М., 1960. - С. 261 – 272; Гущина Л.И., Епифанова Е.В. История государства и права зарубежных стран. Источники права. Часть 1. - Краснодар, - С. 37 – 45.

17

штрафа (например, к деликтам относились побои, членовредительство, оскорбление).

С падением Римской империи и созданием Византийского феодального государства произошли существенные изменения в праве. В течение всей феодальной истории Византии сохранялась сильная императорская власть, которая способствовала не только централизации, укреплению и возвышению государственности, но и созданию крупнейшей правовой кодификации всех времен – свода законов Юстиниана.

Значение его двояко; во – первых, он дает наиболее систематическое изложение римского классического права и римской юриспруденции вообще; во – вторых, он послужил основным источником рецепции римского права в средние века¹¹.

Император Юстиниан – выходец из простых солдат - отличался небывалой активностью, особенно в судебной и правотворческой деятельности. Он полагал, что безопасность государства основывается и укрепляется оружием и законами. Именно поэтому кодификационные работы были проведены в кратчайшие сроки – всего за пять лет (с 529 по 534 год н. э.).

Мы упоминаем о своде законов Юстиниана в работе не случайно: несмотря на то, что он содержал нормы, относившиеся в основном к гражданско – правовым отношениям, в то же время он позволяет судить об уровне развития теории права.

В своде законов детально рассматривались такие понятия как: право, закон, правосудие; теории возникновения права; классификация деления вещей; понятие и требования, предъявляемые к договорам и так далее¹². Нормам уголовного права отводилось ничтожно малое место с одной стороны, а с другой стороны, отдельные титулы, например титул 3 «О злом умысле»¹³, дают возможность судить о высочайшем уровне знаний и юридической техники.

Почему же законодатель не развивал нормы уголовного права? Очевидно, как и в Римском праве, конкретизация понятия преступления, четкое определение их видов при высоком уровне юридической техники в Византии, не нужна была государству.

Такие определения в области уголовного права ограничивали бы, прежде всего, саму верховную власть в ее произволе и выступили бы гарантом прав и свобод личности (но к этому общество еще не было готово).

Среди европейских памятников права раннефеодального общества выделяется Салическая правда, составленная во Франкском государстве на

¹¹ Там же. - С. 205.

¹² Гущина Л.И., Епифанова Е.В. История государства и права зарубежных стран. Источники права. Часть 1. - Краснодар, 2003. - С. 54 – 75.

¹³ Там же. - С. 73.

рубеже V – VI веков, то есть вскоре после завоевания салическими франками бывшей римской провинции в Галии и принятия христианства.

Этот правовой источник представлял собой сборник отдельных казусов, систематизированных по отдельным составам преступлений, выделяемых не только по объекту посягательства, но также по величине штрафов или применению других видов наказания, например, глава X «О краже рабов», глава XIV «О нападениях или грабежах», глава XXVIII «О подстрекательстве» и так далее¹⁴.

Примером английского раннефеодального права являлась Правда короля Этельберта¹⁵, которая была составлена на рубеже VI – VII веков королем Кента одного из небольших англо – саксонских королевств.

В ней еще очень заметны пережитки общинного строя. Она представляет собой сборник казусов, абсолютно не систематизированных и не содержащих каких – либо общетеоретических понятий.

Подобные нормы закреплялись в Правде Инэ¹⁶, которая была разработана в конце VIII века королем англо – саксонского королевства Уэссекс; Правде Альфреда¹⁷, распространившей свое действие на все англо – саксонские королевства; Законы Этельстана¹⁸, представлявшие собой часть обширной кодификации, проведенной в первой половине X века во время правления внука Альфреда Великого.

В VII веке оформилась империя под названием Арабский халифат и, вместе с этим, происходил процесс формирования принципиально отличной от европейской модели права, основывавшейся на единении норм религии и права.

Основой уголовного права шариата (всего письменного мусульманского права) являлось учение о покорности судьбе, о недопустимости сопротивления существующему строю, поскольку он был освящен Аллахом и Мухаммедом, о греховности чувства зависти к богатым и так далее. Поэтому правонарушение, посягающее на господствующий правопорядок, объявлялось одновременно с тем, преступлением против веры, а преступление против веры рассматривалось как преступление против государства.

Все преступления в зависимости от меры наказания делились на два вида: те, за которые виновный должен был ответить своим телом или своей жизнью (например, кража, разбой, прелюбодеяние жены, убийство в разбое и

¹⁴ Салическая правда. Русский пер. Н.П. Грацинского и А.Г. Муравьева. – Казань, 1913; Гущина Л.И., Епифанова Е.В. История государства и права зарубежных стран. Источники права. Часть 1. - Краснодар, 2003. - С. 77, 80.

¹⁵ Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы. - М., 1961. - С. 62 – 64.

¹⁶ Там же. - С. 86 – 89.

¹⁷Там же. - С. 72 - 75.

¹⁸Там же. - С. 78.

т. д.), и те, которые можно было искупить уплатой штрафа (например, умышленное и неосторожное убийство, всевозможные случаи причинения увечий и ран и т. д.)¹⁹.

Так как раннее средневековое феодальное европейское уголовное право основывалось на постановлениях обычного права, на нормах ордонансов, на судебной практике, то оно не исчерпывало всего содержания норм уголовного права.

Понятие преступления в нормах уголовного права Франции, Германии, Англии в этот период не закреплялось, несмотря на то, что, в общем, под преступлением понималось всякое проявление неверности по отношению к королю, сеньору, цеху, гильдии²⁰. Постепенно к числу преступлений стали относить деяния, нарушающие общественный порядок и влекущие за собой наказания, применяемые государственной властью.

В XVI – XVII веках в западноевропейских странах шел бурный процесс формирования новых буржуазных отношений, вспыхивали многочисленные восстания в городах, крестьянские бунты, которые жестоко подавлялись. Вместе с тем старое феодальное право уже не могло регулировать новые отношения.

Поэтому во многих странах после принятия нормативных актов, направленных на установление общественного спокойствия, проводились глобальные кодификационные работы, направленные на совершенствование уголовного законодательства. Вместе с тем развивалась теория уголовного права.

В период абсолютизма в западноевропейском уголовном праве уже сложилась система преступлений. Появился принцип необходимости ответственности за личные виновные действия правонарушителя и вместе с этим постепенно отмирал принцип объективного вменения²¹.

Наиболее прогрессивные принципы уголовного права были закреплены в период Французской буржуазной революции в Декларации прав человека и гражданина 1789 года, например, нет преступления, не указанного в законе (ст. 7²²). Этот же принцип был подтвержден Декларацией прав человека и гражданина 1793 года (ст. 10²³).

Тем самым закреплялась идея о необходимости ограничения круга уголовно – наказуемых деяний и о фиксации в уголовном законе четкого понятия преступления, наметился отход от традиционно сложившихся

¹⁹Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. - М., 1970. - С. 229.

²⁰Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. - М., 1970. - С. 194.

²¹Всеобщая история государства и права. Учебное пособие. Часть 1. Под ред. К.И. Батыра. - М., 1993. - С. 151.

²²Гущина Л.И., Епифанова Е.В. История государства и права зарубежных стран. Источники права. Часть 2. – Краснодар, 2003. - С. 45.

²³ Вопросы государства и права во французской буржуазной революции ХУ111 в. - М., 1940. - С. 181 – 185.

взглядов на преступление, в соответствии с которыми, монархи не стеснялись себя понятием преступления, их классификацией, четким определением составов преступлений и прочей конкретизацией уголовного законодательства.

Исторически первым законодательным актом, давшим понятие преступления, явилась Декларация прав человека и гражданина 1789 года. Ст. 5 характеризовала материально – содержательное свойство любого правонарушения, а именно его вредоносность для общества. Она гласила, что закон вправе запрещать лишь действия вредные для общества.

В последующих французских УК 1791 и 1810 г.г., как отмечают современные исследователи зарубежного права, материальный признак преступлений, содержащийся в этой Декларации, был утрачен. Только в УК 1992 года материальный признак был частично восстановлен.

Достоинство материального понятия преступления состоит в раскрытии его социальной сущности. Оно содержит такой признак, как общественная опасность, с указанием на то, каким социальным интересам причиняет вред преступление²⁴.

Во время Французской революции получила свое развитие концепция естественного права, которая нашла отражение в нормативных актах этого периода. Так, например, в области уголовного права были пересмотрены традиционные взгляды на преступление.

Эту мысль попытались закрепить якобинцы в ряде своих Декретов, например, в Декрете от 10 июня 1794 года четко перечислялись деяния, за совершение которых лица признавались врагами народа²⁵; в Декрете против спекулянтов 26 июля 1793 года²⁶ указывалось на поведение субъектов, которое называлось уголовным преступлением – спекуляцией; в Декрете 17 сентября 1793 года о подозрительных²⁷ закреплялись те позиции, по которым лица объявлялись подозрительными.

Французское уголовное законодательство периода буржуазной революции восприняло передовые политико – правовые учения Руссо, Монтескье, Робеспьера, Марата и других выдающихся философов. Например, Монтескье одним из первых настаивал на том, что закон должен карать только внешние действия, признанные преступными, но не мысли, не намерения.

²⁴ Российское уголовное право: в 2 т. Т. 1. Общая часть: учебн. / Под ред. Л.В. Иногамовой – Хегай, В.С. Комиссарова, А.И. Рарога. – М.: ТК Велби, Изд – во Проспект, 2006. – С. 53.

²⁵ Захер Я.М. Французская революция в документах. 1789 – 1794. - Л., 1926. - С. 359 – 362.

²⁶ Лукин Н.М., Далин В.М. Новая история в документах и материалах. Вып. 1. - М., 1935 - С. 184.

²⁷Революционное правительство во Франции в эпоху Конвента (1792 – 1794). - М., 1927. - С. 116 – 118; Гущина Л.И., Епифанова Е.В. История государства и права зарубежных стран. Источники права. Часть 2. – Краснодар, 2003. - С. 66 – 67.

Тема: ИНСТИТУТ МЕДИАЦИИ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

История медиации уходит своими корнями в глубокую древность. В определенные исторические эпохи существовали разнообразные формы урегулирования конфликтов, предусматривающие целый комплекс мер и решений, способных временно, либо окончательно погасить конфликт сторон в форме, приемлемой для этого конкретно-исторического общества. Процедура медиации - примирительные методы урегулирования споров применялись со времен существования первобытного общества. Необходимостью для привлечения третьей нейтральной стороны для разрешения конфликтов являлось, прежде всего, желание выжить. Наибольшее развитие в древнем мире эта процедура получила в регионах с наиболее развитой торговлей.

Широкое распространение получил институт посредничества в Китае и Японии. В этих странах нормы морали ставили примирение сторон посредством диалога намного выше, чем решение проблемы государственным судом²⁸.

Использование посредников для разрешения споров отмечается с древних времен, историки отмечают подобные случаи ещё в торговле финикийцев и Вавилоне²⁹.

В Древней Греции существовала практика использования посредников (proxenetas).

В некоторых традиционных культурах к фигуре посредника относились с особым уважением и почитали наряду с жрецами или вождями племени³⁰.

В Древнем Риме, начиная с Дигестов Юстиниана, появилось законодательное закрепление положения медиаторов. В римском праве существовал развитый институт мирового соглашения. Римское право рассматривало мировую сделку с процессуальной (как способ прекращения спора) и материальной (как нетипичный вид обязательства) позиций.

Римское право, начиная с кодекса Юстиниана (530—533 н. э.), признавало посредничество³¹.

Римляне использовали различные термины для обозначения понятия «посредник» — internuncius, medium, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor, interpres, и, наконец, mediator³².

²⁸ История медиации//http://profmediacia.ru/index/istorija_mediicii/0-66

²⁹ Комарова Ю.А. Мировая история института медиации // Право. Законодательство. Личность. - Саратов: Изд-во ГОУ ВПО "Саратовская государственная академия права", 2010, № 3 (10). - С. 62-68

³⁰ Медиация// <https://ru.wikipedia.org>

- ³¹ *Кожевников Е.А.* Краткий экскурс в историю возникновения института медиации в гражданском праве // Право и политика. - М.: Nota Bene, 2012, № 12 (156). - С. 2054-2056
- ³² История развития института медиации // <http://buryatia.arbitr.ru/node/2329>

Наиболее типичным результатом примирения спорящих сторон являлась мировая сделка. *Transactio* (мировая сделка) представляла собой соглашение о взаимных уступках, к которому прибегали в случае, когда стороны испытывали трудности в доказывании своих требований («*quasi de re dubia et lite incerta neque finita*»). Неопределенность прав грозила затягиванием процесса и потерей дела, тогда как мировая сделка позволяла хотя бы частично удовлетворить ожидания кредитора: *aliquo dato aliquo retento* (что-то дав, а что-то удержав). *Transactio* поэтому считалась особым основанием для последующего переноса собственности – *causa traditionis* (в отличие от *actum de non petendo*, которое рассматривалось как форма дарения). В конце классической эпохи *transactio* становится самостоятельным источником обязательства в качестве безымянного контракта – *contractus innominatus* – и получает защиту посредством *actio praescriptis verbis*. Таким образом, в римском праве существовал развитый институт мирового соглашения. Римское право рассматривало мировую сделку с процессуальной (как способ прекращения спора) и материальной (как нетипичный вид обязательства) позиций.

Примером тому может служить Таблица 3 Законов 12 Таблиц об ответственности должника. В ней предусматривалась следующая процедура: Должнику давалось 30 дней для возмещения долга. Если должник не отдавал долг, то кредитор его заковывал в оковы и брал к себе. Так должник прибывал в заключение 60 дней и трижды в базарный день его выводили на площадь, оглашая сумму долга в надежде на мирное урегулирование спора и возврата долга кредитору уже не обязательно самим должником, но хотя бы кем-то. При не разрешении ситуации должник отвечал жизнью, а если он был должен нескольким кредиторам, то его разрубали на части. Заметим, что основная деятельность судебных органов сводилась к мирному урегулированию спора и возмещению убытков, причиненных кредитору.

В процессе развития римского права институт мирового соглашения стал известен правовым системам континентальной Европы, а через них и России. В средние века во Франции склонение сторон к миру считалось главной обязанностью церковных судов. В новой истории в Голландии впервые появились судьи примирения. В последствии аналогичные органы были созданы в Англии. Судьи-примирители также существовали в Бельгии и ряде германских земель. В соответствии с австрийским процессуальным законодательством XIX века, всякое дело, прежде чем быть рассмотренным в суде, обсуждалось со сторонами с целью склонения их к миру

Институт медиации в современном виде возник в середине XX в. в США.

Еще в 30 –х годах XX века Роско Паунд написал книгу «О причинах общего недовольства организацией правосудия». В этой работе автор

затрагивал вопрос загруженности судов: какие причины сложившейся ситуации, кто был виноват в этом и возможно ли создать систему

судопроизводства способную изменить ситуацию. Развиваясь, капитализм формировал новую группу людей, влияющую на процесс производства – это профсоюзы. Часто в них входили люди образованные, грамотные, понимающие, как и что можно требовать от работодателя. Участились случаи возникновения трудовых споров в силу того, что к началу XX в. в американской экономике возникла новая форма конфликтов – противостояние между образовавшимися профсоюзами и работодателями. Тогда власти США предложили участникам споров использовать министерство труда в качестве нейтрального посредника. При министерстве труда в 1947 году был создан специальный федеральный орган – Федеральная служба США по медиации и примирительным процедурам (Federal Mediation Conciliation Service, FMCS), который действует и сегодня. Именно в рамках данного процесса и возник термин «медиация».

Хотя эта форма еще не имела характера самостоятельной процедуры, тем не менее она заложила основу для дальнейшего развития института.

Были приняты документы международного уровня: Нью-Йоркская конвенция ООН 1958 г. "О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений", Согласительный регламент Комиссии международного права ООН (ЮНСИТРАЛ), Директива Европейского Парламента и Совета Европейского союза 2008/52/ЕС от 21 мая 2008 г. "О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и коммерческих делах" и др.

В конце 60-х годов появились такие организации, как Neighborhood Justice Centers и Community Mediation - локальные негосударственные организации, деятельность которых была направлена на разрешение конфликтов в семьях, между соседями, а также малообеспеченными лицами. Основной мыслью такой медиации, ориентированной на общественность, была идея предложить определенному кругу лиц, который по финансовым или эмоциональным причинам отказывается от обращения в государственный суд, другую площадку для разрешения споров с более низкими порогами доступа.

Развитию медиации способствовали и особенности американского гражданского процесса, сложившиеся к 60-м годам, а именно некоторые его негативные стороны. Согласно американскому правилу (American rule) каждая сторона сама оплачивает услуги адвоката независимо от исхода дела. Так что для обеих сторон расходы были неизбежны. В экономических спорах, которые носят комплексный характер, эти неизбежные расходы на адвокатов достигали астрономических сумм. К тому же сам процесс по срокам становился чрезмерно затянутым. В итоге, нередко поводом для заключения судебного мирового соглашения становилось просто исчерпание

ресурсов и разочарование. В таких условиях преимущества ADR казались очевидными³³.

Медиация превратилась в самостоятельную процедуру с середины 70-х годов. В 1981 году профессора Гарвардской школы права Роджер Фишер и Уильям Юри опубликовали результаты своих исследований под заголовком «Getting to Yes». Суть Гарвардской концепции, часто определяемой как «совместные действия», основана на разграничении позиции и интересов. Так, в процессе переговоров стороны обозначают свои юридические позиции, которые зачастую являются диаметрально противоположными, что и ведет к невозможности компромисса. В то же время за жесткими позициями сторон (которые представляют собой самостоятельно разработанный вариант решения) стоят, прежде всего, определенные потребности (интересы), которые в отличие от позиций не являются диаметрально противоположными. Если в ходе переговоров удастся определить эти интересы сторон, то будет сделан огромный шаг на пути к достижению соглашения. Медиатор строит переговоры таким образом, чтобы на первый план вышли именно интересы сторон. То есть достигнутое в процессе медиации решение будет являться взаимовыгодным, нет победителей и проигравших - комбинация «win-win».

В 1990 году Конгресс США принял закон о реформировании гражданского судопроизводства, согласно которому на федеральные суды была возложена обязанность содействовать применению альтернативных форм разрешения споров. Во исполнение данной обязанности многие процессуальные кодексы штатов установили довольно широкие права судей по принуждению спорящих сторон к предварительному обращению к медиатору. Параллельно медиация развивалась и во внесудебной области. Сегодня медиация является неотъемлемой частью американской правовой культуры.

В настоящее время медиация – это глобальное транснациональное движение, которое развивается повсеместно в ответ на непрекращающиеся тяжбы и невозможность прийти к решению, что представляет собой всеобщий феномен. Медиация – адекватный ответ на тенденцию к все более частой «подмене» истинных целей обращения в суд (месть, амбиции, желание добиться восстановления права, которое фактически не было нарушено или последствия нарушения которого минимальны), появление «профессиональных сутяжников», в том числе вследствие изменения психологии индивида в глобальном мире.

Тема: ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

³³ Медиация//<http://intermediation.narod.ru/index/0-10>

Первый опыт системных социальных реформ в зарубежных странах относится к 19 веку, когда во многих европейских странах стали «формироваться» государства благоденствия (или социальные государства)³⁴.

Его истоки многие исследователи (E.Huber, F.Werner, H.Braun, M.Niehaus, B.Weher) связывают с развитием социальных функций государства³⁵. Реальным воплощением реализации новых - социальных - функций стало широкое повсеместное внедрение государственного социального страхования, обеспечение социального равенства, создание и бюджетное финансирование государственной социальной помощи и отдельных социальных программ.

Конец 19 в. - первая треть 20 в. ознаменовалась лавинообразным принятием социальных законов и введением принципов социального государства в политику многих стран.

С 70-х годов 19 столетия и до начала Второй мировой войны государственное страхование охватило почти все сферы социальных рисков в большинстве стран Европы и Северной Америки.

Появление концепции социально-ориентированного рыночного государства было связано с необходимостью достижения компромисса – по сути, социального контракта - между государством, работодателями и обществом (работниками), в том числе, под давлением нарастающего социалистического движения в Европе.

В основе социальной политики западных государств вплоть до Второй мировой войны лежала идея о том, что государство должно полностью взять на себя функцию социального обеспечения, стать основным гарантом получения каждым гражданином основных социальных благ, обеспечивать развитие социальной сферы: здравоохранения, образования, культуры и пр.

Наглядным воплощением активной роли государства в социальной сфере стали меры, предпринятые в США («Новый курс») и Великобритании (доклад У. Бевериджа о принципах «государства благоденствия») в 30-40 гг. прошлого века. Основой социальной политики в этих странах стало регулирование вопросов безработицы, реформа налоговой системы, обеспечение базовых условий жизнедеятельности и создание равных стартовых возможностей для граждан.

После Второй мировой войны и вплоть до 70-х гг. 20 в. социал-демократические правительства многих европейских государств попытались на практике реализовать самые смелые идеи концепции государства благоденствия, однако экономический кризис 70-х годов показал

³⁴ Опыт становления Европейской социальной модели в контексте повышения эффективности социальной политики в России. Доклад, Институт Европы РАН. 2007.

³⁵ Там же.

нежизнеспособность и даже ошибочность многих из них. Символами серьезного пересмотра концепции государства благоденствия стали «рейгономика» в США и «тэтчеризм» в Великобритании; внимание многих исследователей привлекла формировавшаяся юго-восточная корпоративная модель, в рамках которой работодатели играют значительную роль в жизни общества. На несколько лет исследования в области социального реформирования были сконцентрированы, в основном, на критике теории государства благоденствия³⁶.

В настоящее время можно определенно сказать, что фокус исследований сместился от констатации кризиса идеи о государстве благоденствия к оцениванию социальной политики зарубежных стран в течение последних 25-30 лет. Более того, и сама концепция государства благоденствия получила различные интерпретации несмотря на то, что все европейские государства сходятся в одном – человек не должен оставаться один на один с рынком; государство должно гарантировать равные социальные права и защиту всем гражданам вне зависимости от жизненных ситуаций, связанных с возможностью осуществления гражданами трудовой деятельности.

На формирование современных моделей социальной защиты оказали влияние разнообразные факторы: уровень экономического развития страны, политические и культурные традиции, уровень развития институтов гражданского общества, а с недавнего времени и такие факторы, как интеграционные процессы в европейском пространстве и глобализационные процессы³⁷.

Модели социального государства. Одной из наиболее часто цитируемых является классификация моделей социального государства, данная Эспинг-Андерсоном в работе «Три мира капиталистического государства благоденствия» (The Three Worlds of Welfare Capitalism): консервативная (корпоративистская), социал-демократическая и либеральная³⁸.

Эти модели различаются как политическими и социальными задачами, решаемыми государством при выработке социальной политики, так и используемыми при ее реализации инструментами.

С середины 70-х годов многие страны существенно увеличивают расходы на социальные выплаты, несмотря на экономический спад. Во многом такая стратегия была связана с необходимостью оказать содействие гражданам, которые оказались в трудной ситуации перед лицом

³⁶ Социальная политика в развитых странах запада: опыт и перспективы//rudocs.exdat.com/docs/index-433994

³⁷ Социальная политика в развитых странах запада: опыт и перспективы//rudocs.exdat.com/

[docs/index-433994](#)

³⁸ Опыт становления Европейской социальной модели в контексте повышения эффективности социальной политики в России. Доклад, Институт Европы РАН. 2007.

27

экономического кризиса. Увеличение социальных расходов прослеживается вплоть до начала 1990-х годов, когда в условиях экономической рецессии многие правительства выбрали стратегию «урезания» получаемых в рамках системы социальной защиты благ. В это время реализуются структурные реформы во Франции с целью «защиты системы социальной защиты», пенсионная реформа в Италии и Испании.

С этого момента система социальной защиты, основанная на страховании начала восприниматься как фактор, усугубляющий экономическую, социальную и даже политическую ситуацию. Правительства европейских стран стали разрабатывать и внедрять новые инструменты реализации социальной политики.

Изменения претерпели механизмы финансирования систем социальной защиты и участия социальных партнеров в управлении фондами. Так, во Франции и Германии в начале нового тысячелетия были реализованы меры, направленные на увеличение налоговой составляющей в финансировании систем социальной защиты. Во Франции также усилилась роль Парламента в разработке социальной политики, а в Голландии появились частные компании, предлагающие услуги в сфере занятости населения.

Основные направления реформ в сфере пенсионного страхования (обеспечения) в зарубежных странах. Одним из наиболее ярких показателей, характеризующих пенсионные реформы в европейских странах, является увеличение возраста выхода на пенсию.

Во многих странах государство активно стимулирует людей к добровольному участию в формировании собственных пенсий посредством негосударственных пенсионных фондов.

Основные направления реформ в сфере занятости в зарубежных странах. В «славное тридцатилетие» или золотую эру государства благоденствия экономическое регулирование было сфокусировано, в основном, на макроэкономических показателях и стимулировании спроса, оставляя политике занятости вспомогательную роль. Однако во времена кризиса, когда кейнсианский подход оказался в тени, фокус сместился на стимулирование предложения в широком смысле, и на рынке труда, в частности³⁹.

На волне экономического спада и увеличения количества безработных, перед правительствами многих государств неизбежно встал вопрос о сокращении размеров соответствующих пособий и объема предоставляемых услуг в сфере занятости. В некоторых странах, особенно с либеральной моделью социальной защиты, именно сокращение пособий по безработице

³⁹ Социальная политика в развитых странах запада: опыт и перспективы//rudoocs.exdat.com/docs/index-433994

является наименее болезненным и «приемлемым» с точки зрения политиков и общества в целом.

Другим вектором изменений стал пересмотр или т.н. «рекалибровка» прав на получение пособий. Реформирование в этом направлении характеризовалось «экстенсивностью», т.е. сокращением прав тех, кто «традиционно» был включен в систему страхования от безработицы с одновременным надением прав на получение пособий и услуг в области занятости тех, кто до этого не был включен в систему социальной защиты. Такой шаг представляется разумным с учетом темпов развития «экономики услуг» и формирования рабочих мест, которые предполагают частичную, временную занятость или другие гибкие формы занятости.

Существенно изменилась и роль государства в вопросах занятости: с пассивной (компенсация утраты заработка в период безработицы) на активную (стимулирование активного поиска работы, а не иждивенчества). Реформы в этой области характеризуются как ужесточением требований по поиску работы, предъявляемых к тем, кто получает пособия по безработице, так и расширением сферы применения разнообразных тренингов, программ обучения, способствующих получению новых знаний и навыков. С другой стороны, наблюдается тенденция к интеграции механизмов, долгое время существовавших более или менее автономно: предоставление услуг в области занятости и выплата пособий; т.е. фактически речь идет о формировании «одного окна»⁴⁰.

Одним из ключевых направлений европейской политики в области занятости является обеспечение гибкости рынка труда (гибких форм занятости) с одновременным предоставлением гарантий защиты (т.н. политика «flexicurity», от английских слов «flexibility» – гибкий и «security» – защита, безопасность). Такой подход реализуется через проведение активной политики в области занятости, включая эффективное обучение потерявших работу, с одновременной модернизацией системы социальной защиты. К активной политике относится также повышение мобильности рабочей силы, поддержка «перехода» сокращенных работников на аналогичную работу. Важным компонентом является и распространение системы пожизненного обучения, регулярного обновления знаний и навыков работников, что является гарантией их востребованности на рынке труда. Для стимулирования более активного участия женщин на рынке труда, во многих странах (в том числе, Дания, Голландия, Швеция, Франция, Великобритания) внедряются меры, способствующие развитию дошкольных учреждений; обеспечивающие пособия и налоговые льготы для матерей, возвращающихся к трудовой деятельности; развиваются специальные программы (образовательные, консультационные), направленные на

⁴⁰ Социальная политика в развитых странах запада: опыт и перспективы//rudocs.exdat.com/docs/index-433994

стимулирование женщин к продолжению трудовой деятельности после рождения детей⁴¹.

Таким образом, анализ направлений реформ в зарубежных странах дает основание сделать вывод о том, что в настоящее время не существует единого подхода к модернизации системы социального обеспечения. Более того, не представляется возможным выделить то, что некоторые авторы называют европейской моделью социальной защиты. Цели и средства, ресурсы, траектория и темпы изменений определяются, с одной стороны, объективными внешними факторами, общими для большинства стран, и, с другой стороны, уникальным опытом и традициями каждой из них в отдельности. Очевидно, что использование зарубежного опыта в части заимствования институтов социальной защиты не приведет к успеху, если не будут воспроизведены базовые условия функционирования этих институтов. К таким условиям можно отнести, в частности, формирование стратегических целевых ориентиров развития социальной сферы: качества жизни, индекса развития человеческого потенциала, включающего в себя уровень образования, состояние здоровья населения и продолжительность жизни; разработку гибких инструментов и механизмов реализации приоритетов в социальной политике.

Тема: ИСТОРИЯ ЗАРОЖДЕНИЯ МЕДИЦИНСКОГО ПРАВА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

На заре человечества лечение было занятием коллективным. Основываясь на собственных знаниях и жизненном опыте, "врачевателем" по необходимости становился любой член общины. Изначально первобытный человек, убежденный в истинности своих верований, самостоятельно выполнял лечебные мероприятия, необходимые магические манипуляции. Со временем же, не всегда получая нужный результат в процессе "самолечения", он стал обращаться к соплеменникам, которые делали это лучшие.

Постепенно всю достаточно сложную систему магических и лечебных мероприятий начинает осуществлять уже какой-то определенный знающий человек - самый мудрый человек в деревне. Так на заре культурной жизни человечества начинает выделяться класс первобытных врачей - вещуны, знахари, шаманы, колдуны.

Люди, занимавшиеся лечением, представляли собой особую социальную группу, окруженную мистической тайной. Но уже тогда неудачное "врачевание" могло повлечь за собой самые неблагоприятные последствия для того, кто решился дать больному настой из трав или изгнать из него злого духа.

⁴¹ Социальная политика в развитых странах запада: опыт и перспективы//rudocs.exdat.com/docs/index-433994

Раскопки древних римских городов позволили сделать достоянием истории жизнь и быт населявших их древних народов, познакомили нас с развитием ремесел и отраслей знаний, и в том числе медицины. Так, в 1771 г. в одном из домов в Помпеях - городе, который в августе 79 г. н. э. был погребен под пеплом внезапно проснувшегося вулкана Везувия, - был найден полный набор медицинских инструментов. Второй набор из 150 античных медицинских инструментов был обнаружен в 1893 г. в Бадане, третий в 1925 г. в Бингене. Античные медицинские инструменты найдены также и на территории бывшего СССР при раскопках Херсонеса и Ольвии. В Херсонесе обнаружена надгробная стела убитого таврами римского врача, принадлежащему крупному римскому военачальнику.

До II в. до н.э. римляне не знали профессиональной медицины, при необходимости лечения им приходилось опираться только на собственные знания в применении домашних средств.

Первые свободные врачи - греки, появившись в столице Римской империи на рубеже III - II вв. до н.э., столкнулись с определенными трудностями.

С одной стороны, не всем в то время было по нраву усиление влияния греческой культуры. Например, знаменитый цензор Марк Порций Катон Старший писал сыну: «Греки - народ распущенный и упрямый. Моими устами вещает оракул, когда я говорю: каждый раз, когда этот народ приносит нам свои знания, он портит все; и будет еще хуже, если они пришлют нам своих врачей. Все они дали друг другу клятву уничтожить всех варваров при помощи медицины, и под именем варваров они подразумевают также и нас самих. Если они требуют вознаграждения за то, что лечат нас, то это лишь для того чтобы втереться в наше доверие и тем вернее погубить нас. Я запрещаю тебе раз и навсегда обращаться к врачам»⁴².

С другой стороны, низкий социальный статус, непрочное правовое положение иностранцев в Риме ни в коей мере не могли способствовать развитию врачевания как профессии.

По мере того как Рим из небольшого города превращался в столицу мира, возрастала потребность во врачебной помощи, что, в свою очередь, вынудило государство обратить внимание на шаткое общественное положение врачей.

Официальным признанием греческой медицины римлянами можно считать эдикт Юлия Цезаря, который был принят в 46 г. до н.э. В соответствии с этим указом местным жителям, обучившимся медицине, а также врачам - выходцам из Египта, Малой Азии или Греции предоставлялось почетное право гражданства.

Более того, со временем статус врача стал приносить его обладателю дополнительные преимущества: «...врачи получили освобождение от

⁴² *Гиро П.* Частная и общественная жизнь римлян. СПб.: Алетейя, 1995. С. 206 - 207.

тягостных обязательств в обществе и определенные льготы. Так, во время войны они и их сыновья освобождались от общей воинской повинности, налогов. Благодаря этому в Риме быть врачом было привлекательно не только для собственных граждан, но и для иностранцев»⁴³.

Уже в период империи император Константин в своем рескрипте в 337 г. н.э. установил: «Ремесленники, живущие в городах, освобождаются от всех повинностей, так как для изучения ремесла требуется досуг, тем более что они желают и сами совершенствоваться, и обучать своих сыновей. Перечень таков: архитекторы, врачи, ветеринары, живописцы, скульпторы... (и еще 33 профессии)»⁴⁴.

Интересной особенностью положения врача в Древнем Риме было получение вознаграждения за труд в виде гонорара (лат. honorarium): в знак уважения к профессии врача римляне благодарили за лечение почетными дарами и подарками. В отличие от платы за физический (рабский) труд, гонорар являлся добровольным выражением признательности. О нем не договаривались заранее, а значит, взыскать в судебном порядке такой подарок было невозможно. Только значительно позднее врачи стали получать гонорар и деньгами.

Важнейшим этапом в развитии древнеримской цивилизации было составление в 451 - 450 гг. до н.э. свода законов, известных под названием Законов XII таблиц (Leges XII tabularum). «Законы были выставлены для обсуждения народом (по обычаю на деревянных выбеленных досках), утверждены народным собранием и приняты в качестве главнейшего свода права»⁴⁵. Став итогом борьбы плебейских масс и патрицианской аристократии, «Законы XII таблиц пустили прочные корни в народной памяти; они циркулировали в списках и еще во время Цицерона заучивались детьми наизусть»⁴⁶.

Положение врача в Римской империи значительно отличалось от положения врача в Древней Греции, где врач был освобожден от обязанностей перед государством.

В медицине Древнего Рима имелось два направления: материалистический и идеалистический.

Материалистические тенденции.

Мировоззрение древних римлян в значительной степени испытывало влияние древнегреческой философии. Атомистическое учение, созданное выдающимися греческими философами-материалистами Левкиппом,

⁴³ Риффель А.В. Указ. соч. С. 6.

⁴⁴ Утченко С.Л. Хрестоматия по истории Древнего Рима: Хрестоматия / Под ред. С.Л. Утченко. М.: Соцэкгиз, 1962. С. 297.

⁴⁵ Романовская В.Б. Курзенин Э.Б. Основы римского частного права: Учебное пособие. - Нижний Новгород: Право, 2000. С. 13.

⁴⁶ *Покровский И.А.* История римского права / Вступит. статья, пер. с лат., научн. ред. и коммент. А.Д. Рудокваса // Нева. 1999. С. 120.

32

Демокритом и Эпикуром, вошло в философию древнего Рима и нашло свое отражение в произведениях виднейшего представителя римского эпикуреизма - поэта Тита Лукреция Кара. Его поэма «De rerum natura» в шести книгах явилась энциклопедией того времени и отразила передовые воззрения римлян в области философии, естествознания, медицины, психологии и истории.

Таким образом, анализируя древнейшие из известных на сегодняшний день источники права, которые были созданы в период существования рабовладельческих цивилизаций, можно сделать вывод, что попытки регламентации медицинской деятельности делались везде, однако, как правило, нормы права затрагивали достаточно узкий круг медицинских проблем. Право имеет особое значение в медицине, поскольку затрагивает важнейшую сторону жизни общества. Элементы правового регулирования медицинской деятельности появились с рождением медицины. На протяжении истории писанные и неписанные законы, касающиеся взаимоотношений врача и пациента, были весьма многообразны.

В рабовладельческом обществе лечение приравнивалось к действию сверхъестественной силы. Поэтому существовала абсолютная ответственность целителя за смерть больного. Законы носили выраженную классовую направленность. Чаще всего врач в своей деятельности обязан был следовать этическим нормам. Однако правила профессиональной этики «не работали» в случае наступления неблагоприятных последствий лечения, что, в свою очередь, вызвало потребность в законодательном закреплении отдельных аспектов медицинской деятельности, таких как порядок доступа к медицинской практике, правовой статус врача, организация медицинской деятельности, а также ответственность врачей в случае неблагоприятного исхода лечения. Создание и законодательное закрепление норм, соблюдение которых могло бы гарантироваться не только нравственными принципами врача, но и силой государственного принуждения, заложило основы института правовой ответственности медицинских работников, развитие которого продолжается параллельно с развитием медицины⁴⁷. С падением Западной Римской империи в 476 г. древняя рабовладельческая система Западного средиземноморья перестала существовать. Наступил новый период истории - эпоха феодализма. Достижения древних рабовладельческих цивилизаций Греции и Рима легли в основу последующего развития европейской, а вместе с ней и мировой культуры⁴⁸.

**Тема: ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ И ЭВОЛЮЦИЯ ИНСТИТУТА
БРАЧНОГО ДОГОВОРА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЗАРУБЕЖНЫХ**

⁴⁷ **Сучкова Т.Е. К вопросу об истоках формирования института юридической ответственности медицинских работников**//justicemaker.ru/view-article.php?id...

⁴⁸ *Ковнер С.* История средневековой медицины. Киев, 1897. Вып. 2. С. 356.

СТРАН

Право как совокупность известных общеобязательных норм (право в объективном смысле) в качестве общей задачи регулирует отношения между людьми. Причем одни из этих отношений регулируются принудительным образом, так что отдельные лица своей волей, своими частными соглашениями их изменить не могут: все определения в этой области исходят из центра, от одной единственной воли – воли государства. Именно так обстоит дело в сфере публичного права (государственного, уголовного и т. д.), которое может быть охарактеризовано как система юридической централизации: все оно проникнуто духом субординации, принципом власти и подчинения⁴⁹.

В других областях отношений государство применяет иной прием: не регулирует их от своего имени и принудительно, а предоставляет такую возможность частной воле и частным соглашениям, само же занимает позицию власти, охраняющей то, что будет установлено частными лицами. Если же государство устанавливает известные нормы, то лишь на тот случай, когда частные лица почему-либо своих определений не дают. Вследствие этого данные нормы носят не принудительный, а лишь восполняющий, диспозитивный характер и могут быть отстранены частной волей. Таким образом, мы имеем здесь прием юридической децентрализации, сферу не субординации, а координации, частной инициативы и частного самоопределения. Это и есть область частного, или гражданского, права. Именно эту мысль имели в виду и римские юристы, когда говорили: «*publicum nus singulorum utilitatem*» «публичное право есть то, что относится к положению римского государства, частное – то, что относится к интересам частных лиц».

Главной сферой гражданского права является область имущественных отношений между отдельными лицами. По справедливости сюда же относится и область семейных отношений, основа которых – брак, покоится на частной воле отдельных лиц.

Гражданское право по своей идее предполагает наличие множества отдельных автономных центров, к которым как бы стягиваются отдельные имущественные объекты (вещи), образуя вокруг каждого особую экономическую сферу, его имущество, хозяйство.

Эти центры хозяйственной жизни называются субъектами гражданского права, а вся совокупность их внутри данного государства составляет то, что мы называем гражданским обществом.

Любую юридическую норму можно перефразировать в условное предложение: если налицо такие-то факторы, то наступают такие-то юридические последствия. Факты, с наступлением которых наступают

⁴⁹ Байгушева Ю.В. Брачный договор // Известие вузов: Правоведение. - 2009. - N 3. - С. 257.

34

юридические последствия, называются юридическими.

Юридические факты можно разделить на события, не зависящие от воли человека (например, естественная смерть, истечение времени), и действия, являющиеся выражением воли человека⁵⁰.

Особенно большое значение имеют те правомерные действия, которые прямо направлены на установление, изменение или прекращение права и обязанностей (сделки). Римские юристы не выработали общего определения понятия «сделка», они знали только отдельные конкретные договоры.

Если в сделке выражается воля двух сторон (например, продавца и покупателя, подрядчика и заказчика), она называется двусторонней, или договором. Но не всякий договор имеет своим последствием установление обязательства. Так, если по соглашению двух лиц производится передача одним лицом другому определенной вещи с целью перенесения права собственности на нее, то следует говорить о договоре, направленном на передачу права собственности, а не на установление обязательства.

Договор, как основание для возникновения обязательств, имеет место только тогда, когда воля договаривающихся направлена на установление именно обязательственных отношений.

Римская договорная система различала два вида договоров: контракты и пакты. К контрактам относился определенный (исчерпывающий) круг договоров, признанных гражданским правом и снабженных исковой защитой.

История римлян известна науке с той поры, когда Рим представлял собой сельскохозяйственную общину, в которой отдельные семьи жили замкнутой хозяйственной жизнью почти без всяких меновых отношений (натуральная система хозяйства).

Понятно, что при таком состоянии хозяйства и обмена не было надобности в развитой системе договоров. Сделки заключались каждым хозяйством так редко, что выполнение даже довольно сложных форм не было обременительным⁵¹.

Развитие договорного права шло в двух направлениях:

- а) по мере усложнения хозяйственной жизни расширялся круг соглашений, пользующихся исковой защитой;
- б) параллельно с этим шло постепенное признание исковой силы за известными видами неформальных соглашений.

В древнереспубликанском римском праве существовали три основных типа обязательственных договоров:

- в форме сложного обряда, совершавшегося с помощью меди и весов (nexum);
- словесный - в форме вопроса и ответа (стипуляция);
- литтеральный (письменный) контракт.

⁵⁰Бондов С.Н. Брачный договор. - М., 2000. – с. 23

⁵¹Бондов С.Н. Брачный договор. - М., 2000. – с. 24

Общим для названных типов договоров был их формальный характер. Трудно предположить, чтобы в отдаленный период римской истории можно было обходиться без продажи и покупки вещей, передачи их во временное пользование и т. п., однако мы не располагаем какими-либо сведениями относительно того, как нужно было в то время оформлять соглашения подобного рода, чтобы они имели обязательную силу.

Даже на высшей ступени развития римское право не пришло к признанию того, что всякое законное соглашение двух сторон об установлении какого-либо обязательства само по себе имеет юридическую силу. В более древнем римском праве проводился прямо противоположный принцип: неформальное соглашение никогда не порождало юридически действительного обязательства. Для каждого отдельного хозяйства вступление в договор было сравнительно редким явлением, как бы событием в жизни, и потому можно было потратить время на выполнение требуемых формальностей⁵².

По мере развития менового хозяйства картина резко меняется: договор перестает быть исключительным явлением, он проникает в повседневную практику каждого хозяйства, получает широкое распространение.

Старые формы заключения договоров уже не соответствовали новому оживленному обороту, не удовлетворяли его потребностей. В конце концов, победили требования, диктовавшиеся уровнем развития производственных отношений. Постепенно отмерла форма договора *пехум*; стимуляция и письменный контракт хотя и продолжали применяться, но их формальные требования были ослаблены. Наряду со старыми формальными договорами появились новые - неформальные. Уже в конце республиканского периода стала широко употребляться такая форма займа, при которой не требовалось выполнения формальных действий: достаточно было соглашения сторон и фактической передачи суммы займа заемщику, чтобы договор получил юридическую силу. Позже был сделан следующий шаг - в определенных случаях без соблюдения каких-либо формальностей юридическая сила признавалась за простым соглашением, даже не сопровождавшимся передачей вещи, по поводу которой договаривались стороны.

Римский юрист Сальвий Юлиан Гай, систематизируя различные виды контрактов, выделил четыре основных: реальные (устанавливающие обязательство путем передачи вещи), вербальные (словесные, устные), литтеральные (письменные) и консенсуальные (при которых обязательство возникает вследствие одного соглашения – независимо от передачи вещи).

В отличие от семей других народов, в которых правовое значение имеет кровное родство, в римской семье юридически значимым было агнатическое родство, основанное на власти и подчинении. Соответственно члены римской семьи делились на подчиненных и главу семьи.

⁵² Паненкова (Черепкова) М.А. Регулирование брачного договора в российском и иностранном праве // Бюллетень нотариальной практики. - 2009. - № 2. – с. 33

36

Так постепенно складывалась римская система имущественных отношений между супругами. Принцип юридической раздельности имущества, и в настоящее время признанный еще немногими законодательствами (в том числе и российским), лежит в основе этой системы.

Византийское брачно-семейное и наследственное право являются дальнейшим развитием положений римского права под влиянием государственной христианской религии и нового уровня развития общественных отношений. Семейное право постепенно изымается из частноправовой сферы. Вопросы заключения и расторжения брака, взаимоотношений членов семьи в значительной степени регулируются каноническими постановлениями. С одной стороны, происходит процесс ограничения по тем или иным основаниям свободы заключения и расторжения брака, с другой - кардинальным образом изменяются внутрисемейные отношения. Византийская семья с течением времени постепенно начинает представлять собой союз лиц, обладающих равными имущественными правами. Помимо супругов имущественную самостоятельность получают и дети, что отражало отход от римских традиций семейного права. Стремление в первую очередь обеспечить имущественное положение родителей, детей и супруга - уходящего в иной мир человека является одним из ярких примеров важности соблюдения морально-этических принципов, положенных в основание византийского права.

В Англии вплоть до 1882 г. имущество супругов по «общему праву» считалось принадлежащим мужу, и даже то, чем владела жена до брака, переходило в собственность мужа.

Восстановление института брачного контракта началось лишь в конце XVIII - начале XIX века во Франции, Англии, Германии, Австрии. Контракт приобретает юридическую силу с того момента, когда на смену церковному приходит так называемый светский брак.

Мусульманам разрешалось заключать полигамные браки. Развод между супругами регулировался законами Шариата, которые предусматривали в качестве оснований к нему взаимное согласие или волеизъявление мужа в одностороннем порядке. Брак между католиками был нерасторжим, позволялась только сепарация – судебное разлучение супругов. Вступить в новый брак супруги, получившие решение о сепарации, не могли. Протестантская Церковь допускала большую свободу разводов, в том числе и при «отвращении супруга к брачной жизни». По иудейским, религиозным законам муж мог развестись с женой при наличии любой серьезной причины. Жена же имела право требовать развода только в строго определенных случаях.

В последнее время семейное право зарубежных стран характеризуется

стабильностью и консервативностью регулирования. В законодательство порой вносились отдельные незначительные изменения, но жесткие

принципы, такие, как главенство мужа, отрицательное отношение к разводу, дискриминация внебрачных детей, установленные еще в XIX или начале XX в., оставались неизменными. После Второй мировой войны в обществе произошли существенные изменения: стало иным экономическое и социальное положение женщин, возросло количество фактически распавшихся браков, увеличилось число внебрачных детей и разводов. Эти факторы обусловили необходимость проведения реформ, и, начиная со второй половины 60-х гг., новые законы были приняты в Англии (1969 г.), во Франции (1970 г.), США (1970 г.), ФРГ (1976 г.). 20 ноября 1989 г. была принята Конвенция о правах ребенка

Тема: Особенности развития института развода в странах Запада

Институт развода является одним из древнейших институтов права. Знакомство с самыми древнейшими сохранившимися до наших дней правовыми памятниками указывает на присутствие данного института. Объясняется это, прежде всего, тем, что институт семьи складывается ещё в период родоплеменной организации общества, намного раньше появления государства и права. Поэтому уже самые первые своды законов, которые представляли собой запись обычного права, санкционировали сложившиеся в течение длительного совместного существования людей правила поведения. К числу таких древних обычаев относился и сформировавшийся веками порядок расторжения семьи.

Самые первые законодательные закрепления института развода мы обнаруживаем в Законах из Эшнуны (Законах царя Билаламы) и Законах царя Хаммурапи, созданных в Древнем Вавилоне во II тыс. до н.э. В этих судебных документах развод существовал, как правило, в форме одностороннего, по желанию мужа, отвержения жены. Так, ст. 141 Законов Хаммурапи гласит: «Если жена человека, которая живёт в доме человека, вознамерится уйти и станет поступать расточительно, станет разорять свой дом и позорить своего мужа, то ее должно изобличить, и если её муж решит покинуть её, – то он может покинуть её, он может ей в путь не давать никакой разводной платы. Если её муж решит не покидать её, то муж её может взять замуж другую женщину, а та женщина должна жить в доме своего мужа, как рабыня»⁵³.

В то же время особенностью древневавилонского права было сохранение ряда пережитков матриархата в правовом регулировании брачно-семейных отношений. Это проявлялось в сохранении отдельных прав у женщины, как субъекта права. В частности, женщина могла иметь основания для развода, правда, в случаях строго оговоренных законом и весьма не многочисленных. Жена была вправе требовать развода лишь в двух случаях: 1) при необоснованном обвинении ее в прелюбодеянии; 2) при нарушении

⁵³ Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. М., Т.1, 1996. С. 17.

мужем верности или оставлении им дома и местности. Об этом, в частности, свидетельствует ст.142 законов Хаммурапи: «Если женщина возненавидит своего мужа и скажет ему: «Не касайся меня», то должно исследовать её дело среди её соседей. Если она целомудренна и беспорочна, а муж её ходит из дома и очень позорит её, то эта женщина невиновна; она может взять своё приданное и уйти в дом своего отца»⁵⁴. В свою очередь, ст. 134 устанавливала правило, согласно которому «если человек будет уведён в плен и в его доме нет средств для пропитания, то его жена может войти в дом другого; эта женщина не виновна»⁵⁵.

Древнеиндийское право полностью лишало женщину права на развод. Этим правом обладал только мужчина, причём законодатель почти не ограничивал для него основания для расторжения брака: право его было, за редким исключением, неограниченным. Целый ряд статей Законов Манавадхармашастра регламентируют данный институт. Так, например, ст. 80 главы IX гласит: «Та, которая предана пьянству, дурной нравственности, постоянно противоречит мужу, поражена неизлечимой болезнью, злобная или расточительная, может быть всегда заменена другой женой», а ст. 81 добавляет: «Жена, не рождающая детей, может быть переменена на восьмом году, рождающая детей мёртвыми – на десятом, рождающая только девочек – на одиннадцатом, но сварливая – немедленно»⁵⁶. Ограничилось право на развод лишь безумных, лишённых варновой принадлежности, больных болезнями, вызванными «грехами», скопцов.

Дальнейшее развитие институт развода получает в период античности. Римское право на разных этапах развития римского государства по-разному регламентировало институт развода. Первоначально, в период становления римского полиса (VIII – VI вв. до н.э.) развод составлял прерогативу мужа, но также и право отца жены при браке *sine manu*. Законы XII таблиц недвусмысленно закрепляли в таблице IV ст. 3, что муж «пользуясь постановлением XII таблиц, приказал своей жене взять принадлежащие ей вещи и, отняв у неё ключ, изгнал её»⁵⁷.

В период республики в связи с эмансипацией женщины развод стал правом каждого из супругов. Римские юристы считали стеснение свободы развода таким же насильем, как и принуждение к вступлению в брак. Поэтому, как указывает И.Б. Новицкий, классическое римское право признавало развод, как по обоюдному согласию супругов («*divortium*»), так и по одностороннему заявлению отказа от брачной жизни («*repudium*») ⁵⁸. Так в Риме, по заявлению римского императора Александра Севера, «издревле установлено, что браки должны быть свободны, а потому не может иметь

⁵⁴Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. – М.: Юрист, Т.1, 1996. – С. 17.

⁵⁵Там же, с.16.

⁵⁶ Там же, с.49.

⁵⁷ Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. – М.: Юрист, Т.1, 1996. – С.80.

⁵⁸ Новицкий И.Б. Римское право. – М.: Гуманитарное знание, 1993. – С. 65.

силы условие, направленное к воспрещению разводиться»⁵⁹. Законодательство периода империи не препятствовало свободе развода по взаимному согласию, ограничиваясь созданием форм, гарантировавших достоверность события, и введением имущественных невыгод для виновного супруга при разводе по одностороннему требованию. В связи с этим появилась необходимость регулировать поводы для развода, при которых ответчик освобождался от штрафов. Такими поводами были признаны бесплодие, сумасшествие, ссылка.

Только при Юстиниане последовало запрещение развода по взаимному согласию, но до IX в. в византийском законодательстве встречаются отступления от этого запрещения. Односторонние заявления о разводе были допущены в случае, если один из супругов нарушил верность, покушался на жизнь своего супруга или допустил какое-либо другое виновное действие, например, государственную измену. Законодательство Юстиниана признавало в качестве поводов к разводу и невиновное поведение, но квалифицируемое, как уважительное основание: неспособность к супружескому сожитию, заразительную болезнь, сумасшествие, бездетное отсутствие и пострижение. Так же, как и в Риме, односторонний развод без уважительной причины сопровождался наложением штрафа.

Развитие брачно-семейного права в феодальных государствах Западной Европы проходило в условиях возрастающего влияния католической церкви.

В самой церкви сначала обнаруживаются колебания по этому вопросу, но потом достигается решительное единение в пользу нерасторжимости брачного союза. Пропаганда этой идеи в старом римском обществе имела мало успеха, но зато молодой германский мир легче поддается настояниям церкви. Полного торжества достигает взгляд католической церкви в XVI веке, в постановлениях Тридентского собора, который окончательно устранил идею развода и допустил взамен лишь разлучение от стола и ложа (*separatio quoad torum et mensam*).

Западная католическая церковь пришла к заключению, что Христос провозгласил брачный союз нерасторжимым и даже прелюбодеяние может повлечь за собой только разлучение от стола и ложа, но не развод. Отрицая возможность развода даже в случае прелюбодеяния, католическая церковь основывается на тексте Евангелия: «Он сказал им: кто разведется с женой своей и женится на другой, тот прелюбодействует от нее» (Ев. от Марка, гл. X, ст. 11): «Всякий разводящийся с женой своей и женящийся на другой прелюбодействует, и всякий женящийся на разведенной с мужем прелюбодействует» (Ев. от Луки, гл. XVI, ст. 18). Сообразно с этим католическое духовенство постепенно достигло полного уничтожения института развода.

⁵⁹ Там же, с. 65-66.

Эта эволюция четко прослеживается в текстах феодальных источниках права. Так, Салическая правда (V – VI вв.) ещё не содержит статей, которые бы закрепляли институт развода. Однако обычное право германцев допускало свободу развода, не требуя ни согласия родственников, ни других формальных оснований. Однако, как указывает Н.А. Крашенникова, Эдикт Теодориха уже делает первые шаги по пути ограничения института развода. В ст. 49 Эдикта «беспричинный» развод запрещается⁶⁰. В дальнейшем под влиянием католической церкви в законодательство феодальных королевств Западной Европы вносятся коррективы, решительно сужающие основания для развода. Так, во Франкском королевстве Капитулярий 744 г., подтверждённый в 789 г. Карлом Великим, устанавливает нерасторжимость брака, объявленного согласно каноническим канонам священным союзом⁶¹.

Во Франции вплоть до XVIII в. брак признавался нерасторжимым, в связи с чем французское законодательство не знало института развода. Даже Парижский парламент, как высший судебный орган не мог признать брак недействительным. Лишь в случае обращения к нему родителей с жалобой на действия своих детей, заключивших брак без их согласия, парламент мог признать такой брак «заключенным незаконно», в результате чего брак не породил юридических последствий.

Некоторые особенности правовой регламентации изучаемого института имели место в средневековой Англии. Англосаксонское обычное право признавало институт развода. Женщина, уходя из семьи мужа в случае развода, получала свою долю семейного имущества (движимое имущество, скот, деньги). Постепенно каноническое право распространяет свое влияние и на Англию. Церковь не признаёт и поэтому не допускает развод. Он мог быть разрешён только в исключительных случаях самим Папой Римским. Однако в XVI в. отказ Папы признать развод Генриха VIII стал поводом к разрыву английских королей с папской курией и установлению своего верховенства над английской церковью. Поэтому согласие на развод теперь мог дать английский парламент⁶².

Напротив, восточная церковь, находившаяся в более тесном единении со светской властью, не выдвинула принципиального возражения против института развода, ссылаясь на Евангелие от Матфея (XIX, 11) - "не все вмещают слово, но кому дано", т.е. нерасторжимость брака есть идеал, но человеческая немощь требует уступок. Все допускаемые византийским законодательством поводы к разводу перешли в каноническое право православной церкви.

Протестантизм, устранив из своей догмы учение о браке, как об одном из таинств, восстановил институт развода. Прелюбодеяние, с точки зрения

⁶⁰ История государства и права зарубежных стран / Под ред. Н.А.Крашенниковой и

О.А.Жидкова. – М.: НОРМА, Ч.1, 2003. – С. 385.

⁶¹ Там же, с. 386.

⁶² Аннерс Э. История европейского права. – М.: Наука, 1996. – С. 197-200.

протестантов, только потому указано в Евангелии как повод к разводу, что лишь о нем и шла речь в беседе Христа с фарисеями, возможны, следовательно, и другие поводы, например, злонамеренное оставление. В дальнейшем секуляризация института брака сделала развод доступным и для католиков.

Только с конца XVIII в. регламентации института развода окончательно переходит в руки светских законодателей. В эпоху Просвещения законодательство Западной Европы легализирует институт развода. Так, в Пруссии Эдикт Фридриха II 1782 г. допускает свободный развод по обоюдному согласию в случае отсутствия у супругов общих детей. Во Франции в период буржуазной революции законом от 20 сентября 1792 г. провозглашается свобода развода по обоюдному согласию и по несходству характеров. Революционной новеллой стало то, что для этого не требовалось обращения в суд. Развод понимался, как право, вытекающее из личной свободы человека - "во имя индивидуальной свободы, несовместимой с нерасторжимостью супружества" и как следствие приравнивания брака к обыкновенным гражданским договорам. Как мы видим, французские революционеры восприняли римскую трактовку данного института⁶³.

В течение XVII-XIX вв. правовое регулирование института развода в странах Запада претерпело определённые изменения. Прежде всего это выразилось в легализации данного института. В одних странах это произошло раньше, в других – позже, тем не менее, институт развода получает законодательное закрепление. Другой особенностью данного этапа развития изучаемого института является сохранявшаяся дискриминация женщин, как субъектов брачно-семейных правоотношений, в вопросах расторжения брака.

Тема. История возникновения института уполномоченного по правам ребенка

Уполномоченный по правам ребенка является сравнительно новым институтом в мировой практике. Впервые пост Уполномоченного по правам ребенка появился в Норвегии в соответствии с законом от 5 марта 1981 года, после многолетней дискуссии, начавшейся еще в 60-е годы XX века. Норвежский Барнеомбудет (Barneombudet) является независимым защитником прав детей в возрасте до 17 лет. Срок его полномочий исчисляется 4 годами, и может быть продлен не более, чем на один срок подряд. Уполномоченный по правам ребенка в Норвегии сам определяет методы своей деятельности и первоочередные задачи, имеет гарантированный доступ ко всем документам, имеющимся в распоряжении

⁶³ Всемирная история государства и права / Под ред. А.В. Крутских. – М.: ИНФРА-М, 2001. – С. 284.

42

властей, а также институтов, занимающихся правами детей; он также самостоятельно решает, какие вопросы входят в его компетенцию и какие средства при их разрешении он использует. Администрация Уполномоченного по правам ребенка в Норвегии подчинена Министерству по делам детей и семьи. Оно определяет бюджет Администрации, который впоследствии утверждается норвежским парламентом. При Администрации Уполномоченного функционирует группа экспертов, составляющая постоянно действующий Консультативный комитет Уполномоченного. Норвежский Омбудсмен по правам ребенка стал образцом защитника прав ребенка. Этот образец был воспринят в других государствах, хотя модели деятельности Уполномоченного по правам ребенка довольно разнообразны.

Польша - единственное государство, в котором Уполномоченный по правам ребенка обладает конституционным статусом. Работа над созданием в Польше института Уполномоченного по правам ребенка началась по инициативе неправительственных организаций и обществ, занимавшихся проблемами, связанными с правами ребенка. Как результат их усилий, в 1997 году в Конституцию Республики Польша (п.4ст.72) было внесено положение, обеспечивающее правовую основу для создания института Уполномоченного по правам ребенка.⁶⁴

В деятельности уполномоченных по правам ребенка можно выделить общие черты, заключающиеся в выполнении ими следующих функций:

1. защита прав конкретного ребенка и представительство его интересов;
2. расследование дел по индивидуальным жалобам детей;
3. наблюдение за осуществлением законодательства, касающегося защиты интересов детей;
4. внесение рекомендаций в государственные органы по изменению законодательства в области охраны прав детей;
5. содействие повышению информированности о правах ребенка как самих детей, так и взрослых;
6. действие в качестве посредника в случаях возникновения конфликтов между детьми и родителями;
7. представление докладов о проделанной работе и о положении дел в вопросе соблюдения прав ребенка.

В некоторых странах уполномоченные по правам ребенка обладают более узкой компетенцией. Например, в Финляндии омбудсмен выступает исключительно в качестве защитника по индивидуальным жалобам, подаваемым либо самими детьми, либо от их имени. В Норвегии уполномоченный по правам ребенка наряду с защитой интересов отдельных детей представляет интересы норвежских детей в целом. Шведский омбудсмен не обладает полномочиями по рассмотрению конкретных дел и

⁶⁴ <http://www.kursach.com./biblio/00010100/>

работает по упрочению и расширению прав и интересов всех детей.

Как показывает опыт государств, создавших у себя институты уполномоченных по правам ребенка, наличие данных институтов является важным механизмом защиты прав и интересов детей, поскольку омбудсмены по правам ребенка являются независимыми органами, наделенными правом выступать от имени детей и одновременно сосредоточивающими свою деятельность исключительно на защите их интересов.

Рассмотрев формирование института Уполномоченного по правам ребенка в зарубежных странах можно сказать, что компетенция, функции и цели деятельности практически одинаковы и необходимы для защиты прав и законных интересов детей. В этих странах институт Уполномоченного по правам ребенка развивается достаточно стремительно и основывается на демократических принципах, поэтому они могут служить в качестве примера для развития в России этого института.

Тема. Исторически первые формы договора купли – продажи

Договор купли-продажи является одним из основных видов обязательств по передаче имущества в собственность или в иное вещное право. Известная нам история правового регулирования этого договора насчитывает почти 4 тысячи лет. В процессе развития правовых систем происходил естественный отбор правовых норм о купле-продаже. Еще в древнейшие времена, с появлением частной собственности, возникает и получает большое распространение договор, направленный на обращение вещей, на переход их из одного хозяйства в другое. Такой договор вошел в употребление еще до того, как появились деньги, и представлял собой, как отмечал выдающийся римский юрист Павел, непосредственный обмен вещи на вещь, т.е. мену (*permutatio*)⁶⁵. Это соответствовало общим экономическим условиям общества, только что переходившего от натурального хозяйства к меновому.

В этих словах Павла рисуется историческая преемственность непосредственного обмена товара на товар, как первичной формы меновых сделок, и пришедший ей на смену договор обмена товара на деньги. Дальнейшее развитие привело к такому договору, когда немедленной передачи товара, с одной стороны, цены – с другой, могло и не быть, т.е. пришли к договору, по которому стороны принимают на себя взаимные обязательства: одна – передать товар, другая – уплатить за него цену⁶⁶².

Однако отголоски того периода в развитии римского права, когда денег еще не было и оборот довольствовался непосредственной меной товара на

⁶⁵ *Дернбург Г.* Пандекты. Т.2. Вып.3. Обязательственное право. М.: Юрист, 1999. С.136. ² Там же. С.145.

товар, можно проследить очень долго. Мы находим эти отголоски в спорах юристов, принадлежавших к школам сабиньянцев и прокульянцев. Даже юрист III в. н.э. Павел, приводя споры сабиньянцев и прокульянцев по вопросу о том, «*an sine nummis venditio dici hodieque posit...veluti si ego togam dedi,ut tunicam acciperem*» (т. е. можно ли в настоящее время назвать продажей договор, в котором одна сторона обязуется отдать другой стороне какую-нибудь вещь не за деньги, а за другую вещь, например, если я даю тебе верхнее платье, тогу, а взамен получаю исподнюю одежду, тунику), не говорит категорически и безусловно, что подобного рода договор не может быть признан куплей-продажей, а называет вопрос спорным – *dubitatur* (представляет известные эмпения). Поставив этот вопрос, Павел дает нам историческую справку, что юристы сабиньянской школы (сам Сабин, Кассий) считали такую сделку куплей-продажей. Гай в своих Институциях⁶⁷ сочувственно приводит слова Сабина, что если лицо продает земельный участок и получает в качестве цены за него раба, то следует отношение понимать так, что продан участок, за который в качестве покупной цены передан раб. Наоборот, юристы прокульянской школы (Прокул, Нерва) уже выделяли такой договор из купли-продажи в особый договор мены – *permutation*⁶⁸. Павел признает более правильным взгляд прокульянцев и подкрепляет эту точку зрения таким соображением: если по договору вещь обменивается не на деньги; а на другую вещь, то это не соответствует смыслу купли-продажи: одно дело – продавать, другое – покупать. Павел подчеркивал, что «мы различаем продавца и покупателя; должны поэтому различать *merx*, товар, и *pretium*, цена»⁶⁹.

Таким образом, в Древнем Риме эта последняя точка зрения, что купля-продажа предполагает передачу вещи не за какую-либо другую вещь, а за деньги, восторжествовала. При этом, с развитием торговли и хозяйственной жизни вообще все большее значение приобретала купля-продажа не на наличные, а в кредит: исполнение договора купли-продажи происходит не одновременно с его заключением; устанавливается обоюдное обязательство: на стороне продавца – предоставить покупателю вещь, на стороне покупателя – уплатить за нее покупную цену⁷⁰.

Основная хозяйственная цель договора купли-продажи заключается в том, чтобы получить в хозяйство покупателя те или иные нужные для него вещи. Наиболее эффективное правовое средство для достижения этой цели состоит в том, чтобы сделать покупателя собственником не-обходимых вещей. Древнейшее право так и подходило к задаче: *mancipatio* была одновременно и древнейшей формой купли-продажи и способом приобретения права собственности. Как указывает Д.В. Дождев,

⁶⁷ Памятники римского права. Институции Юстиниана. М.: Зерцало, 1998. С.41.

⁶⁸ *Муромцев С.А.* Указ. соч. С.71-73.

⁶⁹ Памятники римского права. Институции Юстиниана. М.: Зерцало, 1998. С.83.

⁷⁰ *Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. М.: СПАРК, 1996. С.98.

классическое римское право не связывало, однако, с договором купли-продажи непосредственно такого правового результата. Оно разделяет обязательственный момент (принятие на себя продавцом обязательства предоставить покупателю обладание продаваемыми вещами) и момент получения покупателем права на вещь. Этот последний результат (получение покупателем непосредственного права на вещь) основывается на особом титуле, каким является фактическая передача проданной вещи покупателю⁷¹.

Предметом купли-продажи, согласно взглядам римских юристов, может быть все, что не изъято из оборота и, в первую очередь – телесные вещи и, по общему правилу, принадлежащие продавцу. Однако ни тот, ни другой признак, т.е. ни существование вещей в натуре в момент заключения договора, ни принадлежность их в этот момент продавцу, не являются безусловно необходимыми. Отмеченное разграничение обязательственно-правового и вещно-правового моментов расширяло сферу применения договора купли-продажи.

Так, по римскому праву не было препятствий к заключению договоров купли-продажи чужих вещей, т.е. не принадлежащих продавцу. Ульпиан отмечал, что не может быть сомнения в возможности продать чужую вещь: заключая такой договор, продавец берет на себя обязательство получить вещь от ее собственника и передать покупателю⁷². Как чисто обязательственный, акт купли-продажи и в этом случае получает действительную силу. Конечно, отмечали римские юристы, может случиться, что продавцу не удастся получить вещь от собственника, и он не сможет передать ее покупателю или хотя бы фактически и передаст, но не обеспечит обладания ею. Ульпиан поэтому сейчас же добавляет: «*sed res emptori auferri potest*», т.е. вещь может быть отобрана от покупателя (предполагается, ее собственником). В этом случае продавцу придется отвечать перед покупателем за понесенный последним ущерб, а если продавец заведомо продал чужую вещь, причем покупателю не было известно, что вещь не принадлежит продавцу, в этом усматривалась недобросовестность продавца, и покупатель мог искать с продавца возмещения своего интереса, даже не ожидая отобрания вещи собственником⁷³.

Последовательное проведение обязательственной природы договора купли-продажи позволяло удовлетворить и другую потребность хозяйственной жизни. Именно с развитием менового хозяйства нередко встречалась надобность продать, например, продукты сельского хозяйства раньше, чем они поспели (*fructum olivae pendentis vendere* – Дигесты, т. 18, титул 39)⁷⁴. Такие договоры о продаже будущего урожая были допущены в римском праве. В этом случае говорили о продаже вещи будущей или

⁷¹ Дождев Д.В. Указ. соч. С.167.

- ⁷² Дигесты Юстиниана. М.: Статут, 2005. С.335
- ⁷³ *Дернбург Г.* Указ. соч. С.221.
- ⁷⁴ Дигесты Юстиниана. М.: Статут, 2005. С.218.

ожидаемой – *rei futuratae sivi speratae*. Такого рода продажа считается совершенной под отлагательным условием, т.е. ее правовые последствия должны возникнуть не немедленно, по заключении договора, а только по получении урожая.

От продажи будущей или ожидаемой вещи римские юристы отличали продажу одних шансов на получение вещи (*emptio spei*, покупка надежды, например, улова рыбы). Эта последняя разновидность по существу как бы выходит за пределы купли-продажи и принадлежит скорее к, так называемым, рисковым договорам (*alea emitur* – покупается шанс, возможность – Дигесты, т.18, титул 4)⁷⁵.

В источниках римского права нет достаточно четких указаний относительно практики купли-продажи вещей, определяемых родовыми признаками. Быть может, это объясняется историческим развитием договора купли-продажи. Если первоначально купля-продажа совершалась в форме манципации, т.е. непосредственной передачи продаваемой вещи в собственность покупателя, то в дальнейшем, конечно, нужно было требовать, чтобы предмет купли-продажи был индивидуализирован, представлял собой *certa species* – определенную индивидуальную вещь⁷⁶. Если продажа непосредственно переносит на покупателя право собственности, то нельзя продать зерно или масло «вообще», а только выделенное, конкретизированное (с помощью тары или посредством указаний на территориальное нахождение продаваемого товара) количество зерна, масла и т.п. Например, такое-то количество масла в двух определенных сосудах, такое-то количество зерна, находящееся на таком-то складе, и т.п. Этот принцип получил выражение в римской формулировке: «*Priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit*», т. е. до тех пор, пока не отлили из общего количества проданное вино, оно почти как бы не продано. Наоборот, если продается, допустим, все то зерно, какое находится *in horreis* (в данных амбарах), ключи от которых переданы покупателю, купля-продажа считается вполне завершённой⁷⁷.

Обязательство сдать известное количество вещей, определенных родовыми признаками, без ближайшей конкретизации предмета договора устанавливалось в Риме с помощью стипуляции. Эта договорная форма, видимо, удовлетворяла потребности практической жизни, вследствие чего можно было обходиться без купли-продажи вещей, определенных родовыми признаками.

Договор купли-продажи в римском праве мог иметь своим предметом также *res incorporalis* – бестелесную вещь.

Второй существенный элемент купли-продажи – цена. «Договор купли-продажи считается заключенным, – указывал Гай, – когда договорились о

⁷⁵ Там же. С.256.

⁷⁶ *Графский В.Т.* Всеобщая история государства и права. М.: Норма, 2005. С.184.

⁷⁷ *Дернбург Г.* Указ. соч. С.221-223.

цене, хотя бы цена и не была еще уплачена»⁷⁸. Цена должна выражаться в денежной сумме (*numerata pecunia*): в этом отличие договора купли-продажи от договора мены, при которой эквивалентом вещи, отмечал Гай, передаваемой одной стороной, является также какая-нибудь вещь, даваемая, в свою очередь, другой стороной⁷⁹.

Цена должна быть определенной – *certum*. Впрочем, между римскими юристами существовали большие разногласия по вопросу о том, до какой степени должна непременно доходить эта определенность. Общеизвестно было, что цена не может быть поставлена в зависимость от усмотрения покупателя: *quanti velis* (сколько пожелаешь), *quanti aequum puta veris* (сколько признаешь, справедливым) и т.п. Но определить цену путем ссылки на заключение третьего сведущего лица (*quanti Titius rem aestimaverit* – во сколько, оценит вещь Тиций) юристы прокульянской школы признавали допустимым⁸⁰.

Признавалось возможным определить цену и такими ссылками, как например: «покупаю вещь за ту цену, за которую ты сам ее приобрел», и даже «за ту сумму, какая имеется в кассе (*in arca*)». Ульпиан объясняет допустимость такого определения цены тем, что в подобных случаях имеется не неопределенность по существу (*in rei veritate incertum*)⁸¹.

Продавец принимает на себя по договору купли-продажи обязательство предоставить вещь покупателю. Римские юристы не говорят, что продавец обязан перенести на покупателя право собственности на вещь. Ульпиан замечает, что если кто продает земельный участок, то нет необходимости переносить право собственности на покупателя. Римские юристы предпочитали выражаться так, что продавец был обязан предоставить *habere licere*. т.е. обеспеченную правом возможность обладания и таким путем предоставить беспрепятственное, свободное, прочное обладание проданной вещью⁸². Противопоставляя передачу беспрепятственного и прочного обладания проданной вещью перенесению права собственности, римские юристы не забывали все же, что специфической особенностью договора купли-продажи является намерение сторон передать вещь окончательно, так, чтобы она стала вещью покупателя. Если стороны не имеют в виду переход вещи в собственность покупателя, то можно говорить о найме вещи, о каком-либо другом договоре, но только не о купле-продаже, говорит Лабейон⁸³. Еще нагляднее рассуждение Ульпиана. Первая обязанность продавца, говорит этот юрист, *rem praestare, id est tradere* — предоставить покупателю вещь, т.е. совершить в его пользу *traditio*. Далее юрист различает два случая. Если

⁷⁸ Памятники римского права. Институции Юстиниана. М.: Зерцало, 1998. С.321.

⁷⁹ Там же. С.323.

⁸⁰ Графский В.Т. Указ. соч. С. 89-91.

⁸¹ *Дернбург Г.* Указ. соч. С.227.

⁸² *Дигесты Юстиниана.* М.: Статут, 2005. С.134.

⁸³ *Графский В.Т.* Указ. соч. С. 198-202

продавец был собственником вещи, то передачей вещи он делает собственником и покупателя; а так как традиция вещи приводит к перенесению права собственности только в том случае, если передача совершена именно с таким намерением, то, следовательно, Ульпиан исходит из того положения, что по договору купли-продажи стороны конечной целью имеют перенесение на покупателя права собственности. После этого Ульпиан останавливается на другом возможном случае, а именно если продавец сам не был собственником: естественно, что он не сделает тогда собственником и покупателя, а, следовательно, вещь может быть виндицирована ее собственником, продавец будет тогда нести ответственность *evictionis nomine*, за эвикцию вещи. Если продавец отчуждал вещь, на которую не имел права, но эвикция произошла не в то время, когда вещь находилась во владении покупателя, приобретшего от него эту вещь, а после того, как вещь прошла через несколько рук, так что вещь отчуждена от одного из последующих ее приобретателей, то иски на основании эвикции должны предъявляться последовательно каждым покупателем к своему продавцу, пока не дойдут до непосредственного виновника отчуждения не принадлежащей ему вещи⁸⁴.

Важным вкладом Древнего Рима в мировую правовую науку стал институт ответственности продавца за недостатки проданной вещи. Таким образом, продавец обязан предоставить покупателю свободное и спокойное обладание вещью (дать *vacuam possessionem*) и обеспечить покупателя от эвикции проданной вещи со стороны третьих лиц, а если эвикция произойдет - возместить покупателю ущерб⁸⁵. Этим не исчерпывается ответственность продавца: он обязан предоставить вещь в надлежащем состоянии и по качеству: если вещь передана в таком виде, что или ее невозможно использовать по назначению или она обесценена вследствие имеющихся в ней недостатков, в этом нельзя видеть исполнение продавцом принятой на себя по договору обязанности.

Римское право классического периода внесло еще одно правило, до сих пор остающееся одним из непреложных принципов права - в соответствии с переходом на покупателя с момента заключения договора несения риска случайной гибели или порчи проданной вещи, к нему поступают и всякого рода случайные приращения, улучшения и т.п. последствия, последовавшие в результате заключения договора.

Таким образом, договор купли-продажи, возникший в числе самых древних договоров, получил классическую правовую регламентацию в римском праве. Целый ряд принципов, выявленных и безупречно сформулированных римскими юристами, по сей день остаются основополагающими в правовом механизме регулирования договорных правоотношений.

⁸⁴ *Исаев И.А.* История государства и права России. М.: Бек, 1993. С.67.

⁸⁵ История государства и права зарубежных стран / Отв. ред. Н.А.Крашениникова. Т.1. М.: Норма, 2005. С.101

Тема. Становление института «юридического лица» в истории права

В юридической литературе нет единого мнения по поводу того, где искать истоки понятия юридического лица. Многие ученые относят создание понятия юридического лица к числу важнейших заслуг римского частного права.⁸⁶

Ведущие отечественные правоведы отмечают, что издревле в имущественных отношениях участвовали наряду с физическими лицами и некоторые объединения, определенным образом организованные и располагавшие известными имущественными средствами. Еще в древние времена существовали в Риме частные корпорации: союзы с религиозными целями (*sodalitates, collegia sodalicia*), профессиональные союзы ремесленников (*fabrorum, pistorum*). Много новых корпораций появляется в период республики, среди которых необходимо особо отметить *collegia publicanorum*- объединение предпринимателей, бравшие на откуп государственные доходы, управлявшие на основе договоров государственными имениями и обладавшие значительным имуществом. Однако это рассматривалось римским правом либо как имущество, принадлежавшее каждому из его участников в определенной доле, либо более примитивно, как имущество, принадлежащее одному из участников, казначею, ведущему дела объединения и ответственному перед его членами.⁸⁷ Поэтому применительно к данным объединениям можно говорить о наличии в той или иной степени организованности, осуществлявшейся с определенной целью - объединение имущества, но главный, квалифицирующий субъекта права признак - выступление вонне от своего имени здесь отсутствует, поэтому вряд ли можно говорить о попытке ввести в систему правоотношений новый тип субъекта. И все же появление таких образований свидетельствует об ограниченности субъективного состава частноправовых отношений.

Институт юридического лица не нашел своего полного оформления в римском праве. Тем не менее, положительным итогом всего хода развития римского права в этом направлении явилось следующее. Римские юристы признали, что:

- 1) Корпорация может рассматриваться в сфере частного права так же, как рассматривается физическое лицо;
- 2) Юридическое существование корпорации не прекращается и не нарушается с выходом отдельных членов из состава объединения.
- 3) Имущество корпорации обособленно от имущества ее членов, притом это не совместно всем членам принадлежащее имущество, а

⁸⁶Ченцов. Н.В. Римское частное право. Учебное пособие. - Тверь. , 1995. - С. 26.

⁸⁷Римское частное право: Учебник. / Под ред. И.Б.Новицкого и И.С.Перетерского. - М.: Юристъ, 1997.- С. 116.

имущество корпорации как целого, как особого субъекта прав (“если что-либо должны корпорации, то мы не должны ее отдельным членам того, что должна корпорация, не должны ее отдельные члены ” Дигесты, книга 3, титул 4, фрагмент 7, параграф 1)⁸⁸;

4) Корпорация вступает в правовые отношения с другими лицами при посредстве физических лиц, уполномоченных на то в установленном порядке.

Обозначив, таким образом, ряд принципиальных идей, римские юристы не сделали тех выводов из них, которые могли бы лечь в основу развития нового института частного права - института юридического лица

Настоящее же развитие конструкция юридического лица получила в новое время, когда появляются крупные торговые предприятия, в которых вырабатывается техника коллективного ведения крупных дел. Здесь уже сама жизнь подсказывает необходимость детальной разработки статуса этих объединений и регламентации их правового положения.

Термин “юридическое лицо” был впервые использован в гражданском праве. Развитие института юридического лица было тесно связано с бурным ростом капиталистической экономики, требовавшей капиталов. Бурное развитие экономики середины – конца XIX в. дало мощный импульс развитию учения о юридических лицах. Появились оригинальные исследования проблем юридических лиц таких авторов, как Савиньи, Иеринг, Гирке, Дернбург, Саллель и других, преимущественно немецких и французских цивилистов, которые заложили основы современного понимания этого института.

В XIX в. значение института юридического лица еще более возрастает вследствие усложнения инфраструктуры и интернационализации предпринимательской деятельности, расширения государственного вмешательства в экономику, появления новых информационных технологий. Соответственно этому резко увеличивается объем законодательства о юридических лицах и отчасти повышается его качество. Наука гражданского права относит к числу центральных проблемы теории юридического лица, совершенствования и практического применения этого института.

Институт юридического лица стал правовой формой такой концентрации. Детальное теоретическое осмысление феномена юридического лица осуществлялось в Германии в рамках работы над Германским Гражданским Уложением. Старое, феодальное германское право не пошло в этом вопросе дальше признания понятия физического лица, и по признанию самих разработчиков Уложения формула, объявляющая, что имущество организованного социального союза есть личная собственность нового идеального субъекта, и на этом основании вводящая также

⁸⁸ Дигесты (Пандекты) // Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т.1.
/ Под общ. ред. К.И.Батыра, Е.В.Поликарповой. - М.: Юристь, 1996. - С.128-236.

социальное, общественное имущество в круг гражданского права и резко отделяющая его от имущества отдельных членов союза - формула юридического лица, найдена в области римского права и принята нами на почве рецепции римского права.⁸⁹

Удачность разработки института юридического лица в германском праве во многом объясняется тем, что идеи римских цивилистов легли на благоприятную почву в виде интенсивно развивающихся экономических отношений. Бурная индустриализация страны, резкая активизация различного рода социальных групп хозяйственных и нехозяйственных объединений объективно требовали максимально четкого юридического оформления организации как самостоятельного субъекта права. И Германское Гражданское Уложение, принятое в 1896 году уделило статусу юридических лиц значительное внимание. В самом Уложении юридическим лицам посвящено около 70 параграфов. Кроме того, в Германии как и во многих других странах нормы, регламентирующие правовое положение отдельных видов юридических лиц, собраны в так называемом специальном законодательстве.

Из всего выше сказанного можно сделать вывод, что, несмотря на то, что римские юристы приблизились к понятию «юридического лица», окончательно данный институт права был сформирован в конце XIX века и закреплен законодательно в Германском Гражданском Уложении.⁹⁰ Таким образом, история юридического лица имеет глубокие корни, заложенные еще в древнеримском праве. Появление юридических лиц обусловлено было необходимостью объединения усилий многих людей для ведения производства, товарно-денежных отношений.

В течение XIX - XX вв. «юридические лица» были одной из излюбленных тем в западной цивилистической литературе. Разработано множество различных по своему содержанию и направленности теорий. Они различаются в зависимости от той исторической эпохи, в условиях которой предпринималась попытка выяснить сущность юридического лица.

Тема: Возникновение акционерных обществ и их правовое регулирование в странах Запада

В юридической науке нет единого мнения по вопросу о начальном этапе развития акционерных компаний, как формы организации капитала. Одни исследователи считают, что появление акционерных компаний стало следствием необходимости огромной концентрации капитала для, в первую очередь, торговли с отдаленными колониями и странами. Эта

⁸⁹ Савельев. В. А. Гражданский кодекс Германии (история, система, институты). Учебное пособие. - М.,

1994.- С. 25.

⁹⁰ Гущина Л.И., Епифанова Е.В. История государства и права зарубежных стран. Учебно-методическое пособие. Краснодар, 2000 .- С.106.

необходимость возникла в Эпоху великих географических открытий (с конца XV в.). Основные черты акционерных компаний наиболее четко прослеживались в компаниях, которые впервые появились в Голландии в XVI веке. Правда, многие ученые придерживаются иной точки зрения и обнаруживают черты, присущие акционерным компаниям у юридических лиц в более раннем времени. В этом случае, родиной акционерных обществ называется и средневековая Италия, даже и Древний Рим. А. И. Каминка утверждал, что мнение о том, что голландские акционерные компании являются старейшими, сложилось лишь потому, что они были столь яркими, что обратили на себя внимание всей Европы

Тем не менее, многие исследователи считают, что самые ранние исторические формы, которые могут рассматриваться, как прообраз акционерных обществ, мы обнаруживаем в Древнем Риме. Как на одну из древнейших переходных форм к акционерным компаниям они указывают на *societates vectigalium publicorum*, в основании которых лежала передача в аренду государственных доходов на основании договоров, заключавшихся с одним или несколькими лицами на 3, 5 или даже до 100 лет, которые несли неограниченную имущественную ответственность перед государством и вносили определенный залог. В состав товарищества входили полные товарищи и вкладчики, отвечавшие только суммой вклада. Трудно не согласиться с мнением Д.В. Дождева, что по своему характеру эти организации довольно похожи на современные коммандитные товарищества, но сходства с акционерными компаниями в них трудно обнаружить, тем более, что существеннейшей чертой акционерной компании - акций, еще не было, равно как и отчуждаемость долей историческими источниками скорее опровергается, чем подтверждается

На протяжении XIII и XIV столетий получили особое развитие так называемые *communitates*, *societates* или *colonnae*, основанные на том, что некоторые лица отдавали свои деньги или товары капитану какого-нибудь отправляющегося в плавание корабля, вследствие чего образовывался общий фонд (*columna comunis*), доли участников являлись отчуждаемыми и имели рыночную цену. Но еще не было понятия "акция" и имущественная ответственность членом могла превышать размер сделанного вклада [49, 346].

Законодательное признание акционерные компании впервые получили во Франции. *Code de commerce* (торговый кодекс 1810 г.) представляет первую попытку сформулировать правила, касающиеся акционерных компаний

Весь начальный период становления и развития акционерного дела в Европе характеризовался периодическими массовыми банкротствами,

которые явились следствием ажиотажа вокруг акционерных обществ. Голандская Ост - Индская и Вест - Индские компании разорились достаточно

быстро, в 30-е годы XVII столетия в Голландии ознаменовались многочисленными банкротствами. В 20-е годы XVIII столетия спекуляция акциями в Англии достигла угрожающих размеров. История сохранила множество примеров создания акционерных компаний с самыми различными целями: один шутник напечатал в газетах, что в известном вымышленном месте будет открыта, в ближайший вторник, подписка на акции суммой 2 млн. фунтов стерлингов для предприятия, имеющего целью растапливать опилки и из них лить масло, щели и щепки [85, 89]. Вся эта вакханалия вынудила английский парламент принять 11 июня 1720 г. знаменитый Bubble-Act (закон о мыльных пузырях), который запретил основание компаний с ограниченной ответственностью. В 1734 г. был издан Акт Джона Бернордса, запретивший спекуляцию акциями и ценными бумагами. Английский парламент в дальнейшем принял еще ряд актов, которые должны были внести порядок в процесс образования акционерных компаний, среди них особо выделяется Акт Роберта Пилля - 14 июля 1841 г. (запрет на учреждение акционерных банков, состоявших более чем из 6 членов, вводит концессионную систему, солидарную ответственность)

В настоящее время законодательство зарубежных стран достаточно детально регламентирует положение акционерных обществ. Основным источником акционерного права в современных государствах является закон. Даже в Англии и США роль прецедентов в правовом регулировании, организации и функционировании акционерных компаний незначительна по сравнению с ролью и значением закона.

Во многих странах ныне действующие законы приняты достаточно давно, что свидетельствует о том, что закон правильно и полно отражает сущность этой формы юридического лица. В качестве примера можно привести французский закон «О торговых товариществах» от 27 июля 1965 г.; закон ФРГ «Об акционерных обществах» от 6 сентября 1965 г.; в Финляндии действует закон об акционерных обществах от 29 сентября 1978 г., а в Великобритании - «Закон о компаниях» 1985 г.

Быстро развивающаяся правоприменительная практика требовала развития правового механизма регулирования процесса функционирования данной формы юридического лица. В течение всего XIX века во французской юридической доктрине, по существу, безраздельно господствовала договорная теория правовой природы акционерных обществ. Названная концепция соответствовала политике экономического либерализма, которой буржуазные государства придерживались в эпоху промышленного капитализма. Договорная концепция имела несомненные положительные последствия на практике. В частности, требования об отмене разрешительного порядка возникновения акционерных обществ обосновывались ссылками на свободу договора. Из договорной теории также

следовало, что его участники сами, своей волей определяют отношения

между собой. Но со временем все очевиднее стали видны и недостатки этой теории:

1). Невозможность изменения устава, так как это требовало бы единодушного согласия всех сторон, его заключившего; 2). Права органов управления признавались, в силу договора, правами поверенных. Но это противоречило интересам третьих лиц, с которыми общество вступало в правоотношения; так как сделки, совершенные управляющими за пределами полномочий, делегированных акционерами, не связывали само общество

В результате на смену договорной теории пришла институциональная теория. Известный юрист Ж. Ринер усматривал в акционерном обществе, прежде всего, механизм аккумуляции капиталов. В 1980 г. во Франции вышла книга Ж. Пэлюссо «Анонимное общество: юридическая техника организации предприятия», в которой автор пытается объяснить юридическую природу акционерного общества через категорию «предприятие». Акционерное общество – это совокупность юридических правил, техники, приемов, предназначенных для того, чтобы юридически организовать и регламентировать жизнь экономического организма – предприятия. Акционерное общество постепенно приспосабливается к нуждам предприятия. «Предприятие – продолжает автор, - не ограничивается тем, что обращает себе на пользу технику организации общества, оно идет гораздо дальше и устанавливает верховенство своего собственного интереса над интересами акционеров. Другой французский юрист М. Деспак утверждает, что коллектив акционеров из полновластного хозяина предприятия превратился в его слугу

Около 60 лет назад Берли и Минз выпустили свою книгу "Современная акционерная компания и частная собственность". В этой книге распыление акций рассматривалось как основа теории контроля управляющих. Иными словами, с увеличением масштабов акционерных компаний и приобретением акций все большим числом людей ее, становится возможно контролировать, даже не имея абсолютного большинства акций. Чем сильнее распыление акций, тем меньше их число требуется для того, чтобы контролировать акционерную компанию. В конечном счете, ее оказывается возможным контролировать, вообще не располагая акциями. Эту же мысль выразил Х. Окумура: "Управляющие не представляют ни акционеров, ни работников. Они представляют корпорации".

