

Грудницкая С.Н.

*Институт экономико-правовых исследований НАН Украины,
заведующая сектором, доктор юридических наук, профессор*

Переверзева Л.А.

*Институт экономико-правовых исследований НАН Украины,
аспирант*

ДВУМ КОДЕКСАМ БЫТЬ

Не так давно на брифинге в Минюсте Украины получил огласку законопроект «О внесении изменений в Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей» и другие законодательные акты относительно усовершенствования основ организации и функционирования судебной власти в соответствии с европейскими стандартами», в заключительных положениях которого запроектирована обязанность Кабмина Украины в годичный срок внести в Верховную Раду законопроект о признании утратившим силу Хозяйственного кодекса Украины.

Подобная идея не имеет ничего общего с европейскими стандартами и является не более чем очередным выпадом цивилистов против хозяйственников в непрекращающемся споре, основания которого зарождались еще у истоков нашей цивилизации.

Хотелось бы ввести неискушенную общественность, представителей власти и других специалистов в курс дела, показав, что этот спор генетически присущий нашей цивилизации, является пружиной ее развития, и нет оснований полагать, что он должен прекратиться. Об этом свидетельствует тысячелетняя история развития европейского права.

Обусловлена эта особенность спецификой человеческого познания мира. Процесс научного познания связан с деятельностью субъекта, который добывает свои знания либо опытным путём, либо путём сложных логических операций, т. е. теоретически. В истории большинства наук, в том числе науки хозяйственного права, эмпирическое познание составляет первую стадию их развития, вторая же связана с переходом к теоретическому познанию. Есть также науки, сразу

возникающие как теоретические, к ним относится цивилистика. Подобная двойственность имеет место не только в юриспруденции, но и в точных науках, в науке в целом. Она обусловлена тем, что используются разные методы познания окружающей действительности, которые взаимодополняют друг друга, находясь вместе с тем в противоречии (диалектически взаимодействуют по закону единства и борьбы противоположностей). Противоречие состоит в том, что в эмпирическом познании опираются на опыт, а в теоретическом на мышление. История науки знает немало случаев, когда закон, открытый в ходе эмпирического исследования, позднее был открыт уже как теоретический (так было, например, с законом Бойля-Мариотта). Возможны и обратные ситуации. То есть имеем два разных подхода к познанию, которые (еще раз с подчеркиванием) не исключают, а взаимодополняют друг друга (так в бухгалтерском балансе актив и пассив разным путем должны вести к одному итогу).

Возможности человеческого познания ограничены, никто не может претендовать на истину в последней инстанции. Это обуславливает идею парности подходов к познанию окружающей действительности, что в принципе отвечает наблюдаемому в разных сферах жизни так называемому «закону парности», начиная с пары цепей в молекуле ДНК.

Использование двух подходов в юридической науке имеет давнюю традицию, зарождение которой приходится на начало 2 тысячелетия. Тогда в ранней схоластике сформировались два противоположных направления — реализм и номинализм. Спор между реалистами и номиналистами возник в связи с проблемой единичного и общего, как она ставилась еще у Аристотеля. Сторонники реализма утверждали, что универсалии (всеобщее) являются духовными сущностями и существуют реально, т.е. речь шла о реализме идей, который позже перерос в идеализм. Такая точка зрения в общем восходит к Платону. В крайнем варианте реализм исходил из того, что реально существует только общее (идеи), а индивидуальное реально не существует. Приверженцы номинализма, напротив, утверждали, что реально существуют только отдельные предметы, а общее (в крайнем варианте) — только имена, слова.

Для средневековых реалистов познание возможно лишь с помощью разума, ибо лишь разум способен постигать общее. Итогом стало провозглашение идеи универсальности классического римского права, что положило начало формированию догматической доктрины права (школа *artium liberalium* или болонская школа). Рецепция римского права в Германии была произведена по случайно найденной около 1050 г. рукописи части кодекса Юстиниана - Пандектов. Около 1100 г. итальянский юрист Ирнерий, основатель школы глоссаторов, толковавших (на полях) римские законы, сделал единственную сохранившуюся рукопись Пандектов объектом настоящей правовой схоластики. Рецепция римского права в западноевропейских странах заложила новую тенденцию с самого начала сводить правовой материал в навсегда упорядоченный и исчерпывающе обобщающий кодекс, в котором всякий вообще мыслимый в будущем случай будет решен заранее [1, с.65]. Римские юристы, как говорит известный русский цивилист XIX века Н.С.Суворов, были мало расположены заниматься спекуляциями, отрешенными от действительности, и умозрительное оперирование фикциями можно всецело отнести на счет средневековой юриспруденции [2, с.61].

Вместе с тем, наряду с Болонской школой, существовали школы по исследованию эволюционирующего римского права, которое после распада Римской империи сохраняло действие на территории Западной Европы и продолжало свое развитие в связке с правом германских народов (орлеанская школа и другие). Т.е. с XI века нужно различать римское право, подвергнутое догматической переработке, и продолжавшее действовать римское право, не подвергавшееся ей. Интересны «Выдержки из римских законов» Петра («*Exceptiones Petri*»), произведение XI в., которое представляет собой самостоятельное систематическое изложение исторически эволюционировавшего (модифицированного) римского права. Оно предназначается в предисловии для Одиллона, судьи в Валансе (южная Франция). Источником для автора являлся весь Кодекс Юстиниана, не только Дигесты. Сохранился найденный в XVI в. учебник «Сокращенное изложение римского права» («*Brachylogus juris civilis*»), который был написан в XI-XII вв., по видимому, в Орлеане, вне всякого влияния

Болонской школы, на основании юстиниановского законодательства и *Breviarium Alaricianum* «и настолько ясно, что долго был в ходу и после того, как влияние Болонской школы стало повсеместным» [3, с.276].

Эволюционный характер свойственен для правового развития в целом. Он характерен и для Кодекса Юстиниана, который содержит не только Дигесты периода классического римского права, ставшие в средневековье основным предметом толкований, но также императорские конституции и новеллы постклассического периода. Как пишет О.Шпенглер, *«условия жизни за 2-3 столетия успели во многом измениться, и обычные решения классических юристов оказывались иногда устаревшими. Одним словом, чувствовалась общая потребность в полном и официальном пересмотре всей правовой системы. К тому времени, когда «Дигесты» и «Институции» были закончены, Кодекс, изданный в 529 году, оказался уже во многом устаревшим. Чтобы согласовать его с новыми частями свода, нужно было переработать его заново... 16 ноября 534 г. был опубликован взамен прежнего Кодекс новой редакции. Этим составление свода было закончено. Выходившие после того указы называются новеллами... Новеллы рассматриваются как последняя, заключительная часть юстиниановского законодательства»* [1, с.258-260].

По сути, Кодекс Юстиниана является уже источником византийского права, составлялся он после падения в 476 г. Западной римской империи. После ее завоевания германцами римское право продолжало действовать по отношению к бывшим подданным римского государства и их потомкам. Некоторые из германских королей даже издали официальные сборники римского права. Вследствие этого для римского населения оставались в силе источники римского права – в одних местах доюстиниановские, в других юстиниановский кодекс. В частности, в Италии был введен в действие Кодекс Юстиниана, так как поначалу германцы в Италии считались наместниками византийского императора. Во Франции и Испании силу закона имел *Breviarium Alaricianum*, представляющий собой предюстиниановскую кодификацию римского законодательства, действовавшего на территории этих стран. В VII в. в Испании он был заменен новым вестготским кодексом, который объединял римское и готское право; во

Франции же он оставался действовать еще долгое время, особенно в южной, которая даже называлась поэтому «страною писаного права», в противоположность северной, где получили преобладание франкские обычаи и которая называлась «страной обычного права».

Начиная с 500г. западная предкультура создала несколько типов германского племенного права (варварского права): вест- и остготское, бургундское, франкское, лангобардское (варварские правды). Постепенно были созданы германско-романские кодексы: в Южной Франции Вестготский (писаное право), в Италии вплоть до зрелого Возрождения существовал почти чисто германский лангобардский кодекс [1, с.77].

Юриспруденция доболонского периода находилась в исключительных условиях необычного смешения наций и правовых систем. Юристы привыкли одну систему восполнять другой, для восполнения пробелов обращались к более разработанному римскому праву, расценивая его как общее право. С другой стороны, романисты принимали во внимание право лангобардское. В тех случаях, когда правовые системы сталкивались между собой и противоречили друг другу, юриспруденция считала себя вправе выбирать между ними по соображениям справедливости как верховного критерия всякого права. Отсюда дальнейшее воззрение, что норма несправедливая при применении может быть отвергнута и заменена правилом, диктуемым справедливостью. Если же справедливость представляется противоречащей писаному праву, должно судить сообразовывая с ней» - это правило отражено и в «*Exceptiones Petri*» и «*Brachylogus juris civilis*» (11-12 в.) [3, с.271-276, 284].

В противоположность прежней свободе обращения с позитивным правом и свободе судейского усмотрения, Болонская школа требовала, чтобы судья, отказавшись от своих субъективных представлений о справедливости, держался положительных норм закона, то есть "Corpus Juris Civilis". Уже Ирнерий провозгласил, что в случае конфликта между jus и aequitas разрешение его принадлежит теперь только законодательной власти.

Это в целом имело прогрессивный характер и подталкивало к развитию в том же направлении романо-германское право. Параллельно с развитием

пандектного права происходила постепенная кодификация торговых обычаев и зарождение торгового (коммерческого) законодательства, его дальнейшее развитие.

Таким образом, в течение многих веков шло параллельное развитие двух ветвей права, что получило название дуализма права. Наряду к пандектным правом развивалось романо-германское право. Творение итальянского юриста Бартоло (1314-1357г.) - комментарий к кодификации Юстиниана [4, с.112] - вступило в силу в Испании и Германии в качестве «римского права». Происходит начавшееся в Германии бурное развитие готических племенных прав («Саксонское зеркало», 1230; «Швабское зеркало», 1274). Юристы поздней готики объединили каноническое и германское право в единое целое, предназначенное для практического использования [1, с.79]. В готическом праве отразились и формирование национальных государств, усиление городов и городских торговых и ремесленных кругов [4, с.331]. Городское право было правом городского самоуправления и рыночных отношений в городах [5, с.109].

Нужно подчеркнуть, украинское правовое развитие, как и сейчас, в целом вписывалось в основные тенденции развития права Запада, право Украины по существу всегда принадлежало романо-германской правовой семье [5, с.115]. Древнерусское торговое право развивалось в одном направлении со всем европейским торговым правом [1, с.112]. Г.В.Вернадский обнаруживает в Киевской Руси следы влияния византийского права [6, с.189]. «Русская правда» - один из крупнейших правовых источников средневековой Европы, который в течение столетий оказывал существенное влияние на жизнь не только на территории Киевской Руси, но и за ее пределами. Его нормы вошли в почти неизменном виде в Литовский статут [5, с.107]. С конца XV века до середины XIX века (в Галицко-Волынской земле – с начала XIV века до середины XVIII века) во многих городах Украины применялось Магдебургское право [5, с.109].

В XVI в. в Англии великий юрист Коук защищает германское право, которому продолжают следовать на практике, от последней совершенной Тюдорами попытки вытеснить его правом пандектным [1, с.81]. Без влияния

пандектного права правовая система англосаксонских стран постепенно трансформировалась в систему общего права.

На континенте пандектное право продолжало действовать наряду с обычным торговым правом (в Германии XVI-XIX вв.) [4, с.962]. К XIX веку это вылилось в параллельную кодификацию пандектного права и торгового права, с установлением приоритета торговых кодексов. Лишь во Франции юриспруденция барокко обратилась к еще более раннему тексту – не схоластическому, а византийскому [1, с.79-80]. Тем не менее в обоих случаях в системе континентального права речь идет о двух кодификациях – пандектного и торгового (коммерческого) права, где коммерческим или торговым кодексам отдают приоритет, вытекающий из приоритета специальных норм перед общими или же приоритета эмпирического знания перед чистой теорией.

На протяжении веков сосуществование и развитие двух ветвей права происходило в жесточайших спорах, но это то и хорошо согласно известному выражению «в споре рождается истина», по крайней мере, в споре становится возможным максимально приблизиться к ней и не уйти в сторону.

С учетом этого ставить вопрос об отмене Хозяйственного кодекса было бы серьезной ошибкой. Хозяйственный кодекс разработан на практическом материале, уже прошел определенную апробацию и получил общую положительную оценку не только отечественных, но и зарубежных специалистов (разумеется, никто не говорит, что его не нужно совершенствовать). В любом случае такой кодекс необходим. С другой стороны, отказываться от цивилистики также контрпродуктивно, поскольку научный поиск в области создания идеальной модели реальности (чистой теории) может способствовать появлению новых знаний, которые находят живой отклик в эмпирике (хотя эмпирическим путем не могли быть получены). И хорошо, что в нашей стране, также как и в других европейских странах, принято сразу два кодекса, и практики имеют возможность дать им свою оценку.

Последние события, происходящие в нашей стране, свидетельствуют о всплеске народного запроса на обеспечение справедливости в обществе, в том числе справедливости законодательства. Давайте же не отменять Хозяйственный

кодекс, а предоставим возможность практикам доказывать справедливость (или напротив несправедливость) тех или иных норм Хозяйственного или же Цивильного кодекса Украины в каждом конкретном случае, участвуя таким образом в правотворчестве. Учтем при этом обязанность судей обеспечивать соблюдение конституционных прав и свобод при принятии решений, пользоваться нормами раздела II Конституции Украины как нормами прямого действия. А этот раздел, кстати говоря, содержит статью 22, согласно которой гарантированные права и свободы человека и гражданина не являются исчерпывающими, и статью 23, устанавливающую пределы свободы каждого, которая заканчивается там, где начинается свобода других. Это, собственно говоря, согласно нормам традиционной морали и является содержанием справедливости.

Призываем законодателя не рубить с плеча с подачи отдельных групп консультантов, а оставить вопрос на рассмотрение широкой общественности. В новых условиях суды смогут еще раз оценить адекватность тех или иных норм кодексов практическим потребностям и задачам обеспечения справедливости, а главное будет предоставлена возможность принять участие в этом процессе широкой общественности, что соответствует ныне открывшейся долгожданной возможности демократизации общественных отношений.

Тем более что взятый курс на евроинтеграцию предполагает сближение с европейским правом, а в европейских странах, как известно, существует два кодекса, при этом на наднациональном уровне речь идет об инкорпорации хозяйственного права ЕС.

В новых исторических условиях ни одной из научных школ не стоит заниматься ни «приватизацией» европейских ценностей, ни перетягиваем каната. Кто, например, обращаясь к европейскому опыту, говорил о правах трудовых коллективов на участие в управлении предприятиями? Хозяйственники (не цивилисты) пытались донести это прежней власти с первых лет независимости Украины. Таких примеров будет много, когда власть упорно не слышала, но часто ведь и слышала, и в Хозяйственном кодексе закреплено много норм из европейского опыта. Бедой предшествующего периода было то, что из-за

коррупции законодательство во многом хорошее не работало. Сейчас мы можем столкнуться с ситуацией, когда повсеместно станет работать, возможно, не очень хорошее законодательство. Нельзя забывать, что в отличие от эмпирического исследования, которое имеет своим объектом живую действительность, для теоретического объектом является ее идеализированная модель. Для того чтобы теория стала знанием о реальности (а не знанием об идеальной ее модели), необходимо провести ее проверку на “живом” практическом материале. И в этом тонком процессе для юристов самое главное не впасть в состояние, в котором они уже находились, например, в XVI веке. Тогда комментаторская (постгlossаторская) юриспруденция стала вызывать всеобщее неудовольствие, юристов осыпали насмешливыми прозвищами - *juris perditū* вместо *juris peritū* («подлые правоведы» вместо «искусные правоведы» (игра латинскими словами *perditus* – *peritus*), “*Juristen böse Christen*” (юристы плохие христиане) и т.д. По свидетельству французского юриста XVI в. Ф. Хотмана (*Franciscus Hotomanus*) в его любопытном сочинении “*Antitribonian*”, господство комментаторов привело правосудие к такому состоянию, что общество возненавидело юристов, как крючкотворов, софистов и обманщиков (“*sophistes, chicaneurs, abuseurs et imposteurs de justice*”) [3].

Давайте же не будем отмечать огромную часть европейского опыта по кодификации хозяйственного законодательства под притворным лозунгом приведения к европейским стандартам, отменять скопом большое количество уже внедренных в наше законодательство европейских ценностей (справедливых норм). И подходить более сбалансировано при разработке законопроектов. При проведении судебной реформы постараться не подменить задачу преодоления коррупции в органах судебной власти «реформированием ради реформирования», что может стать в итоге отказом от сбалансированной веками системы сдержек и противовесов в науке в пользу исключительного выбора цивилистических научных сентенций. Эффективная судебная реформа предполагает демократизацию судебной власти, что настоятельно требует перехода к принципу выборности судей, а вовсе не изменения структуры судебной системы. Для примера есть соответствующий европейский опыт, скажем, во Франции

коммерческие суды формируются путем выборов судей, организуемых Торгово-промышленной палатой, т.е. судьи выбираются субъектами хозяйствования. Почему-то в наметках законопроекта о правах предприятий на участие в формировании и контроле судебной власти не идет речи.

Хочется еще раз подчеркнуть, нам представилась долгожданная возможность демократизации общественных отношений. Именно это направление развития отвечает европейским ценностям, все остальное, что не ведет к демократизации, не отвечает им. Давайте не будем об этом забывать и квалифицированно используем эту уникальную возможность.

Список использованных источников:

1. Шпенглер О. Закат Европы : в 2-х т. / О. Шпенглер ; пер. с нем. И.И. Маханькова. – М. : Айрис-пресс, 2003. – Т. 2. – 528 с. – (Библиотека истории и культуры).

2. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву / Н.С. Суворов. – М. : Статут, 2000. – 299 с. – (Классика российской цивилистики).

3. Покровский И.А. История римского права [Электронный ресурс] / И.А. Покровский. – М. : Статут, 2004. – 540 с. – Режим доступа : http://civil.consultant.ru/elib/books/25/page_32.html.

4. Советский энциклопедический словарь / Гл. ред. А.М. Прохоров. – 4-е изд. – М. : Советская энциклопедия, 1988. – 1600 с.

5. Хозяйственное право : Учебник / Под ред. В.К. Мамутова. – К. : Юринком Интер, 2002. – 912 с.