

На правах рукописи

Ульбашев Алим Хусейнович

**ПРОБЛЕМЫ КОДИФИКАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА
В ГОСУДАРСТВЕ ИЗРАИЛЬ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

Автореферат диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Москва – 2016



Диссертация выполнена в Федеральном государственном бюджетном образовательном
учреждении высшего образования
«Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова» (юридический факультет)

Научный руководитель: **Суханов Евгений Алексеевич,**
Заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук,
профессор, ФГБОУ ВО «Московский государственный
университет имени М.В. Ломоносова»

Официальные оппоненты: **Комаров Александр Сергеевич,**
доктор юридических наук, профессор,
ФГБОУ ВО «Всероссийская академия внешней торговли
Министерства экономического развития РФ»

Синицын Сергей Андреевич,
кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник,
ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве РФ»

Ведущая организация: **ФГАОУ ВО «Российский университет дружбы народов»**

Защита состоится «15» марта 2017 г. в 15 часов 00 минут на заседании диссертационного
совета Д 501.002.18 на базе Федерального государственного бюджетного образовательного
учреждения высшего образования «Московский государственный университет имени
М.В. Ломоносова» по адресу: 119991 г. Москва, ГСП-1, Ленинские горы, д. 1, стр. 13-14 (4-й
гуманитарный корпус), юридический факультет, ауд. 535А.

С диссертацией можно ознакомиться в отделе диссертаций научной библиотеки МГУ
имени М.В. Ломоносова по адресу: 119992 г. Москва, Ломоносовский проспект, д. 27,
Фундаментальная библиотека, сектор А, 8 этаж, комната 812 и на сайте www.istina.msu.ru.

Автореферат разослан «___» _____ 2017 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета

Ломакин Дмитрий Владимирович

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертационного исследования. Несмотря на то, что Государство Израиль возникло на современной политической карте мира сравнительно недавно, за минувшие семьдесят лет израильскому законодателю удалось накопить значительный опыт в области правотворчества (в первую очередь, в сфере частного права). Особенно важно то, что данный опыт во многом опирается на историческое наследие еврейского народа.

Сегодня гражданское право Израиля представляет собой «лабораторию мировой цивилистики», в которой синтезированы различные правовые традиции и культуры (еврейская, английская, романо-германская). Объяснения данному феномену лежат в области истории еврейского народа, его борьбы за собственную независимость и национальную государственность, а также в сфере религии, культуры и социального устройства.

Продолжающаяся на протяжении последних десятилетий реформа гражданского законодательства в еврейском государстве, имеющая своей главной целью создание единого кодифицированного источника гражданского права – Гражданского кодекса Израиля, представляет собой большой интерес для науки частного права, что объясняется не только научно-теоретическими (гносеологическими) соображениями, но также и рядом прагматических предпосылок.

Во-первых, следует отметить расширение экономических, политических и социальных контактов между Россией и Израилем. В существующих условиях перед отечественным правоприменителем регулярно возникают вопросы установления содержания норм израильского

права¹. Однако решение подобной задачи оказывается достаточно затруднительным в условиях, когда у российского юриста отсутствуют базовые представления о системе израильского частного права, его основных источниках, тенденциях развития национальной цивилистической мысли и т.д. В этом плане изучение процесса кодификации как магистрального пути развития гражданского законодательства Израиля позволяет рельефно показать основные проблемы и этапы эволюции частного права в еврейском государстве, а также его современное состояние.

Во-вторых, нельзя не учитывать и то, что проблема законодательной унификации в целом и вопросы правовых заимствований в частности являются одними из центральных в науке сравнительного частного права². В условиях интернационализации хозяйственных связей и повсеместной унификации гражданского законодательства принципиальное значение имеет недопущение механистического копирования правовых институтов и норм. Законодательная логика в различных правопорядках может существенно различаться (в силу исторических, экономических, культурных и иных социогенных условий), по причине чего результат и последствия имплементации текстуально идентичных норм в различных правопорядках могут существенно дифференцироваться. Таким образом, любое правовое заимствование должно быть адаптированным, адекватным и пригодным к реалиям конкретного национального правопорядка.

¹ См., напр.: Постановление ФАС Московского округа от 08.07.1998 по делу № А40-1465/1998; Постановление ФАС Московского округа от 06.12.2012 по делу № А40-20244/2012; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.04.2013 по делу № А56-95030/2009; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.09.2008 по делу № А53-22498/2007; Постановление Президиума Астраханского областного суда от 19.05.2015 по делу № 44г-16/2015 и др.

² См., напр.: Тилле А.А. Социалистическое сравнительное правоведение. М., 1975. С. 124 и далее; Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право. М., 2011. С. 31-35; Glendon M.A., Carozza P.G., Picker C.B. Comparative Legal Traditions. St. Paul, 2008. P. 5 ff. и др.

Стоит отметить, что израильский законодатель в своей правотворческой практике неоднократно обращался к заимствованиям из зарубежных правовых систем, вносил в национальное законодательство (в первую очередь, гражданское) нормы и целые институты, ранее ему неизвестные. За подобными заимствованиями следовал сложный процесс адаптации правоприменительной практики к новеллам: в некоторых случаях заимствования становились неотъемлемым элементом общего механизма гражданско-правового регулирования и доказывали свою эффективность, в других, напротив, оставались «мертворожденными» и нереализованными. При этом нередко «донорами» новелл для израильского законодателя становились правовые системы стран общего права (Англия и США). Кодификация гражданского права в Израиле поставила вопрос об обоснованности таких заимствований и заставила израильского законодателя пересмотреть свою позицию по ряду принципиальных вопросов.

Аналогичным образом в последнее время российский законодатель активно обращается к английскому и американскому праву, включая в национальное гражданское законодательство некоторые англо-американские институты и нормы, хотя целесообразность таких заимствований не всегда представляется разумной и обоснованной. В этом плане израильский опыт может быть показательным и полезным для российского законодателя и цивилистической доктрины при принятии решений о заимствовании тех или иных правовых институтов и норм из зарубежного права.

Таким образом, изучение израильского гражданского права позволяет выявить общие тенденции развития англо-американских и континентально-европейских подходов, а также перспективы их реализации в законодательстве и правоприменительной практике современных правовых систем.

Изложенными соображениями обусловлен выбор темы настоящего диссертационного исследования.

Степень научной разработанности темы. Частное право Государства Израиль остается *terra incognita* для российской цивилистической доктрины¹.

В настоящее время общие проблемы становления и развития израильской правовой системы затрагиваются в ряде компаративистских исследований (В.И. Лафитский, М.Н. Марченко, В.Е. Чиркин и др.), в работах специалистов по еврейскому праву (А.А. Каневский, Д.Я. Примаков и др.), по конституционному праву (В.П. Воробьев, Д.Г. Шустров и др.), по трудовому праву (Л. Зрейк) и т.д. О состоянии и уровне развития гражданского законодательства в Израиле можно в целом судить по сборнику законодательных актов, переведенных и опубликованных в 2003 г. М.С. Хейфец и Н.Э. Лившиц².

Однако проблемам развития израильского гражданского права в целом и его кодификации в частности до настоящего времени не посвящено ни одной самостоятельной работы на русском языке³. В то же время в западной

¹ Причины для несколько тенденциозного изучения правовой системы Государства Израиль возникли еще в советский период. В Советском Союзе, поддерживавшем арабские страны в их военно-политическом противостоянии с Израилем, практически не проводились полноценные исследования в области израилеведения (в том числе юристами). Немногочисленные работы были посвящены, по большей мере, вопросам международного права и носили скорее политический и резко критический характер (см., напр.: Международный сионизм: история и политика: Сб. ст. / Под ред. В.Н. Киселева, Г.С. Никитина, А.Ф. Федченко. М., 1977; Ибрагим М.И. Ответственность Израиля за международные преступления против палестинского народа: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984; Мушаораб И.А. Международно-правовая ответственность Израиля за материальный ущерб, причиненный Ливану: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984). В последующем – уже в современной России – был опубликован ряд серьезных исследований в области истории, государственного устройства, публичного права и внешней политики Израиля (см., напр.: Еврейское государство в начале XXI века: антология современной израильской общественно-политической мысли: Сб. ст. / Под ред. А.Д. Эпштейна. М.; Иерусалим, 2008; Звягельская И.Д. История Государства Израиль. М., 2012; Гейзель З. Политические структуры Государства Израиль. М.; Иерусалим, 2013 и др.).

² Гражданское законодательство Израиля / Сост., предисл. и пер. с ивр. М.С. Хейфец; науч. ред. Н.Э. Лившиц. СПб., 2003.

³ Более того, российской правовой доктрине практически ничего неизвестно о существовании самой проблемы кодификации частного права в еврейском государстве (автору удалось выявить в русскоязычной литературе лишь несколько упоминаний о разработке Гражданского кодекса в Израиле: Воробьев В.П. Государство Израиль:

цивилистической литературе законотворческий и кодификационный опыт Израиля уже становился предметом глубокого научного анализа¹.

Основу настоящего исследования составили работы израильских цивилистов, главным образом разработчиков проекта Гражданского кодекса Израиля: Арона Барака, Иешуа Вайсмана, Мигеля Дойча, Эяля Замира, Дафны Левинсон-Замир, Авигдора Левонтина, Нили Коэн, Биркия Лифшица, Менахема Маутнера, Альфредо Мордехая Рабелло, Ширли Реннер, Аллена Цисблата, Габриэлы Шалев, Таны Шпаниц, Ури Ядина и др. Идеологической основой исследования послужили взгляды основоположников израильской цивилистики и последовательных сионистов Гада Тедесского и Ицхака Инглара на кодификацию гражданского права в еврейском государстве. Вместе с тем автор старался исходить из необходимости учета непреходящего значения еврейского права для развития израильского частного права и его кодификации (Моше Зильберг, Менахем Элон и др.).

Объект и предмет диссертационного исследования. Объектом настоящего исследования является опыт кодификации гражданского (частного) права в Государстве Израиль. Понятие «опыт кодификации гражданского (частного) права» охватывает не только конечный результат деятельности законодателя и израильских цивилистов по разработке проекта первого Гражданского кодекса еврейского государства, но также и

правовые основы возникновения и статус личности. М., 2001. С. 27; Примаков Д.Я. История еврейского и израильского права. М., 2015. С. 143-149). При этом случайные упоминания некоторыми российскими юристами о Гражданском кодексе Израиля как об акте, уже принятом и действующем, являются недостоверными и ошибочными.

¹ См., напр.: Beiträge zum deutschen und israelischen Privatrecht. Deutsch-israelisches Juristensymposium (Köln 1975). Peter Hanstein. 1977; Zeltner W.Z. Das Vertragsrecht des Staates Israel // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ). 1975. Jg. 39. Heft 1; The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective / Ed. by K. Siehr, R. Zimmerman. Tübingen, 2008 и др.; см. также о современном состоянии кодификации частного права в Израиле: Zamir E. Private Law Codification in a Mixed Legal System – The Israeli Successful Experience // The Scope and Structure of Civil Codes / J.C. Rivera (ed.). Springer. 2013.

предшествующий кодификации процесс становления и развития национального гражданского права. При этом кодификация рассматривается как комплексный, исторически и практически обусловленный процесс по систематизации, гармонизации и унификации израильского гражданского законодательства.

Предметом диссертационного исследования являются законодательные и доктринальные подходы к пониманию кодификации гражданского права в Израиле, ее сущности, целей и задач, а также система действующих источников частного права еврейского государства. В предмет исследования также вошли положения разработанного проекта Гражданского кодекса Израиля (далее также – ПГК Израиля)¹.

Цели и задачи диссертационного исследования. Главная цель настоящего исследования состоит в раскрытии опыта израильского законодателя и цивилистической доктрины в решении проблем кодификации и совершенствования гражданского права.

Достижение указанной цели обеспечивается решением следующих основных задач настоящего диссертационного исследования:

- 1) освещение израильского правотворческого опыта в сфере национального частного права;
- 2) исследование исторических предпосылок и этапов кодификации гражданского права в Израиле;
- 3) изучение источников действующего израильского частного права и выявление проблем правоприменения, обусловивших необходимость кодификации гражданского законодательства;

¹ Полный текст ПГК Израиля на иврите был опубликован на официальных сайтах Кнессета и Министерства юстиции еврейского государства, курировавшего работу над созданием кодекса. Полный текст ПГК Израиля на английском языке доступен: *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective* / Ed. by K. Siehr, R. Zimmerman. Tübingen, 2008. P. 249-365.

- 4) выделение основных целей и задач реформирования, выражающегося в комплексной кодификации гражданского законодательства;
- 5) анализ ПГК Израиля, его структуры и основных разделов, а также сравнение израильского опыта кодификации гражданского права с аналогичными зарубежными кодификациями;
- 6) определение потенциальной роли и места будущего Гражданского кодекса Израиля в правоприменительной практике.

Методологическая и теоретическая основа исследования. В диссертационном исследовании использованы основные общенаучные методы (в первую очередь, диалектический метод познания, метод системного анализа, дедукция и индукция, методы сравнений и аналогий и ряд других), а также формально-юридический метод и метод правового моделирования. Настоящее исследование проведено на основе комбинированного использования сравнительно-правового и историко-правового методов, что в конечном счете позволило, с одной стороны, выявить исключительные особенности развития израильского частного права, с другой стороны, установить его сходства с другими правовыми системами.

На примере кодификации гражданского права в Израиле в исследовании последовательно подвергаются критике методы экономического анализа права (*Law & Economics*) за их непригодность к анализу законотворческой деятельности¹.

¹ Вместе с тем в предмет настоящего исследования не входит полное и завершенное изложение критики *Law & Economics* и прочих смежных экономических «школ» *in corpore*, претендующих на господство в западной (главным образом американской) юриспруденции. Напротив, формат, композиция и задачи данной работы требуют предельной концентрации собственно на самой гражданско-правовой кодификации в Государстве Израиль. Однако возросшая популярность экономической методологии (в т.ч. в еврейском государстве) требует от автора обозначения собственной позиции по данному вопросу, а также разрешения вопроса о принципиальной применимости данной методологии при разработке и принятии Гражданского кодекса в Израиле.

Теоретическую основу диссертационного исследования составили работы известных русских, советских и российских ученых, внесших значительный вклад в развитие отечественной компаративистики и теории правотворчества, среди которых Г.Е. Авилов, Ю.Г. Басин, В.В. Безбах, М.И. Брагинский, И.Л. Брауде, А.В. Венедиктов, М.М. Винавер, В.П. Грибанов, С.А. Голунский, С.Л. Зивс, Д.Л. Златопольский, О.С. Иоффе, В.И. Кофман, А.С. Комаров, М.И. Кулагин, А.П. Лопухин, А.Л. Маковский, И.А. Покровский, В.К. Пучинский, М.С. Строгович, Е.А. Суханов, А.А. Тилле, Ю.К. Толстой, Е.А. Флейшиц, М.Д. Шаргородский и др.

Работа также написана с опорой на работы известных западных правоведов: Т. Аридзуми, К.Ф. Быдлински, С. Вагацума, Л. Дюги, Л. Жюллио де ла Морандьер, Р. Кабриак, Ж. Карбонье, Х. Кётц, Х. Коциоль, А.Ф.Ю. Тибо, К. Цвайгерт, Р. Циммерман, Л. Эннексерус и др.

Нормативную правовую основу диссертационного исследования составили нормы гражданского законодательства Государства Израиль, а также ряда других правопорядков (включая Англию, Германию, Испанию, Россию, США, Францию, Швейцарию, Шотландию, Японию, страны Восточной Европы и др.).

Эмпирическая основа диссертационного исследования включает решения израильских и других национальных судов. В работе особое внимание уделено практике Верховного суда Израиля и проблеме отражения в тексте ПГК Израиля сформировавшихся судебных доктрин и подходов.

Важно отметить, что в центре проводимого исследования были положения ПГК Израиля. При этом рассмотрение отдельных разделов ПГК Израиля требовало также изучения текущих законопроектных материалов, протоколов заседаний комитетов высшего законодательного органа Израиля – Кнессета и т.п. Как верно отмечал руководитель рабочей группы по подготовке ПГК Израиля А. Барак, «публикация таких материалов по истории разработки кодекса очень ценна. Подобные сведения важны для

последующей интерпретации кодекса и выявления его отмирающих положений»¹.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в том, что в нем впервые в российской цивилистической доктрине проведен комплексный анализ системы источников израильского гражданского (частного) права в их историческом развитии, выявлены тенденции развития гражданского законодательства в еврейском государстве. Настоящая работа является первым самостоятельным русскоязычным исследованием, посвященным особенностям кодификации гражданского права в Государстве Израиль, содержащим анализ основных разделов и положений будущего Гражданского кодекса Израиля.

По итогам проведенного диссертационного исследования автором сформулированы **основные положения, выносимые на защиту:**

1. Показано, что израильское гражданское (частное) право исторически развивалось под влиянием трех правовых традиций: еврейской, английской и романо-германской (континентальной). С момента возрождения еврейской государственности в 1948 г. усилилась тенденция по «континентализации» частного права Израиля, т.е. заимствования правовых конструкций, подходов и норм, выработанных в романо-германской правовой семье (преимущественно в германском, французском и швейцарском правопорядках). Кодификация гражданского права является логически последовательным и объективно необходимым этапом в развитии израильского частного права в рамках его «континентализации».
2. Доказано, что определение предмета будущего Гражданского кодекса стало следствием политического решения израильского законодателя, основанного на учете исторических, социально-экономических и культурных предпосылок развития гражданского законодательства в

¹ Barak A. The Civil Code Interpretation in Israel // Israel among Nations / Ed. by A.E. Kellerman, K. Siehr, T. Einhorn. Hague, 1998. P. 9-10.

Израиле. В настоящее время законопроект предлагает регламентацию гражданско-правового статуса личности, договорных и иных обязательственных отношений, оснований возникновения и порядка осуществления права собственности и иных имущественных прав, отношений в области наследования, защиты гражданских прав и т.д. Несмотря на то, что в актуальной редакции проекта Гражданского кодекса Израиля отсутствуют нормы корпоративного, семейного, «потребительского», коллизионного права, а также нормы права интеллектуальной собственности и ряда других традиционных институтов и отраслей частного права, к регулируемым ими отношениям в субсидиарном порядке подлежат применению общие положения Гражданского кодекса. Указанное обстоятельство свидетельствует о единстве системы гражданского (частного) права Государства Израиль. Кроме того, принятие законопроекта не исключает дальнейшего легального расширения предмета регулирования будущего Гражданского кодекса.

3. Установлено, что решение израильского законодателя о включении в проект Гражданского кодекса специальных положений, призванных регулировать торговые (коммерческие) отношения, основано на исторически сформировавшейся и практически обоснованной в Израиле концепции единства частного права. В законопроекте не содержатся нормы, отсылающие к специальному (автономному) торговому законодательству, что свидетельствует о подчиненности правовых актов, регулирующих торговую деятельность, общим принципам и нормам гражданского права, т.е. об отсутствии дуализма в израильском частном праве.
4. Обосновано, что проект Гражданского кодекса Израиля в целом соответствует европейским образцам гражданско-правовой кодификации и во многом согласуется с традициями германской пандектистики (в законопроекте выделены общая и особенная части,

предпринята попытка разграничения норм вещного и обязательственного права). Тем не менее отдельные разделы документа сохраняют влияние романской правовой культуры (в первую очередь положения о лицах, исковой давности и др.).

5. Аргументировано, что принятие Гражданского кодекса Израиля потребует комплексной реформы всего массива законодательства в области частного права путем его всеобъемлющей систематизации, гармонизации и унификации, что также должно упрочить единообразие правоприменительной практики в Израиле. Гражданский кодекс Израиля в случае его принятия станет своеобразной «конституцией» национального гражданского законодательства, системообразующим источником частного права, определяющим модель развития всей частноправовой системы страны. По этой причине в случае возникновения коллизий между общими положениями Гражданского кодекса Израиля (*lex generalis*) и специальными нормами гражданского законодательства (*lex specialis*), первые должны пользоваться приоритетом по отношению к последним, если иное прямо не допускается нормами самого Гражданского кодекса (подобно тому, как это предусмотрено статьей 3 Гражданского кодекса Российской Федерации).
6. Доказано, что принятие Гражданского кодекса не приведет к ограничению действия религиозных норм (в первую очередь еврейско-правовых), поскольку законопроект исходит из традиционного разграничения сфер действия религиозного и секулярного права. В связи с этим проект Гражданского кодекса не предусматривает применение норм гражданского законодательства к отношениям, регулируемым религиозным правом (заключение и расторжение брака и т.д.).
7. Обосновано, что рассматриваемый законопроект являет собой современный пример удачного сочетания как национально-

исторического опыта правового регулирования (включающего религиозно-правовые традиции, сохраняющие важное юридическое значение), так и зарубежного опыта правового развития. В законопроекте сочетается «пандектная основа» систематизации при сохранении принципиального единства частного права. Данный подход может служить примером для систематизации гражданского законодательства в правовых порядках с переходной к рынку экономикой. Такой путь развития гражданского законодательства подтверждает, что единая кодификация частного права на принципиальной базе пандектной системы является правилом, а не исключением для большинства современных правовых порядков (включая смешанные правовые системы).

Теоретическая значимость исследования состоит в системном анализе эволюции израильского частного права и проблем его кодификации в Государстве Израиль. В основе диссертационного исследования лежит критический анализ доктринальных подходов о существе, задачах и практической реализации кодификации гражданского законодательства в еврейском государстве.

Практическая значимость исследования объясняется тем, что выводы и положения диссертационного исследования могут быть использованы в законотворческой и правоприменительной деятельности, а также в изучении и преподавании гражданского и сравнительного частного права.

Апробация результатов исследования. Диссертационная работа выполнена и обсуждена на кафедре гражданского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова. Кроме того, основные выводы, приведенные в настоящем исследовании, обсуждались на юридическом факультете Еврейского университета в Иерусалиме (Израиль), а также с руководителем рабочей группы (комиссии) по подготовке проекта Гражданского кодекса Израиля,

председателем Верховного суда еврейского государства в отставке Ароном Бараком (Междисциплинарный центр в Герцлии, Израиль).

Основные положения диссертации изложены в пяти статьях, опубликованных в ведущих рецензируемых журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации для публикации результатов диссертационных исследований на соискание ученой степени кандидата наук.

Основные выводы диссертации представлены на Международной научной конференции «Ломоносов в Женеве – 2015» (Международный центр «Ломоносов», Женева, 2015); на X Международной школе-практикуме молодых ученых-юристов «Правотворчество и юридическая наука: современные проблемы» (Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Москва, 2015); на XXIII Международной конференции по иудаике (Центр научных работников и преподавателей иудаики в вузах «Сэфер», Москва, 2016); на Международной конференции «Новое в науке и образовании» (Международный еврейский институт экономики, финансов и права, Москва, 2016).

Структура диссертационного исследования предопределяется предметом, целями и задачами. Работа состоит из введения, трех глав, включающих девять параграфов, а также заключения и библиографического списка использованных источников.

КРАТКОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **Введении** обосновывается актуальность избранной темы диссертации, характеризуется степень ее научной разработанности, определяются цели и задачи, предмет и объект исследования, формулируются основные положения, выносимые на защиту, а также раскрывается теоретическая и методологическая основа диссертационного исследования, содержится информация о практической значимости и апробации результатов данного исследования.

Глава 1 «Гражданское (частное) право в системе права Государства Израиль» содержит три параграфа.

В первом параграфе **«Формирование и развитие гражданского (частного) права в правовой системе Израиля»** исследуется общий исторический контекст становления и эволюции системы израильского частного права и его основных институтов.

Возрождение еврейской национальной государственности в 1948 г. не означало искусственного создания совершенно нового политического образования, не обладающего собственной политической и правовой историей. Напротив, Государство Израиль унаследовало уникальный опыт правового (и в первую очередь, частноправового) регулирования, вполне сопоставимого с наиболее развитыми западными правовыми порядками по своей разработанности и функциональности.

Совокупность правовых норм и правил, регулирующих главным образом имущественные отношения и традиционно относящихся в европейских правовых порядках к отрасли гражданского (частного) права, стала формироваться в Государстве Израиль задолго до международно-правового признания еврейской национальной государственности. Так, израильское национальное частное право исторически развивалось, испытывая в разное время детерминирующее влияние главным образом трех правовых традиций и культур:

- 1) религиозная (иудейская) традиция¹;
- 2) правовая традиция Османской империи (важным компонентом которой долгое время было исламское право, с XIX века в ней усилились романские черты, «унаследованные» из Гражданского кодекса Наполеона в свод гражданских законов самой Османской империи – *Межсель*, или *Маджалла* (полн. тур. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, сокр. *Mecelle*))²;
- 3) англо-саксонская правовая традиция³.

Важный этап в развитии частного права связан с признанием независимости Израиля в 1948 г. С этого момента национальным законодателем ведется последовательная политика по «континентализации» гражданского законодательства, восприятия главным образом континентально-европейских подходов к регулированию имущественных отношений⁴. В особенности в 1960-1980-е гг. было разработано и принято

¹ См., напр.: Tedeschi G., Zemach Y.S. Codification and Case Law in Israel // The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions / Ed. by J. Dainow. New Orleans (LA), 1974. P. 273; Shalev G., Herman S. A Source Study of Israel's Contract Codification // Louisiana Law Review. 1975. Vol. 35. № 5. P. 1091 и др.

² См., напр.: Akzin B. Codification in a New State: A Case Study of Israel // The American Journal of Comparative Law. 1956. Vol. 5. № 1. P. 46.

³ Tedeschi G. Studies in Israel Law. Jerusalem, 1960. P. 70-83.

⁴ Мы намеренно не используем широко распространенный в компаративистской литературе термин «европеизация» частного права (в том числе применительно к кодификации частного права в Израиле: Zamir E. European Tradition, the Conventions on International Sales and Israeli Contract Law. Jerusalem, 1994. P. 507-508 ff.), поскольку считаем, что о «европеизации» корректно говорить лишь в контексте евроинтеграции, реализации правотворческих и правоприменительных функций органов Евросоюза (Ширвиндт А.М. Сравнительное правоведение как научная дисциплина и унификация частного права (по поводу работы Р. Циммерманна «Европеизация частного права и сравнительное правоведение») // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. № 1. С. 632-633). При этом, как известно, Израиль не является страной-членом Евросоюза, в евроинтеграции не участвует, в связи с чем характеризовать внутреннюю частнопроводную политику Израиля сквозь призму «европеизации» представляется необоснованным. Более того, «чисто» географически к Европе относится и Англия, правовая система которой, как известно, относится к общему праву, в силу чего в слове «европеизация» не выражается континентальная, романо-германская специфика эволюции израильского частного права.

несколько десятков законов, основанных во многом на западноевропейских образцах.

В настоящее время тот факт, что израильское частное право относится к числу смешанных правовых систем, создает в национальной судебной практике серьезные проблемы, обусловленные внутренней эклектичностью законодательства.

Корреляция неотмененных, несистематизированных и не сведенных в целостную иерархию норм османского, английского и современного национального права приводит к многочисленным коллизиям. *Inter alia*, серьезные проблемы порождает соприкосновение религиозного и секулярного регулирования. К примеру, брачно-семейные отношения регулируются как нормами светского позитивного права, так и правилами *галахи*, в некоторых случаях конкурирующими между собой, в результате чего возникают вопросы как материально-правового, так и процессуального характера: от выбора применимого права напрямую зависит подведомственность спора светским (государственным) или раввинатским (иным религиозным) судам (*бэйт дин* 'ам).

Сложнейшее сочетание правовых культур и традиций (зачастую разнополярных, построенных на различной правовой логике), составляющих основу «генетического кода» современной израильской юридической действительности, поставило перед юристами Израиля задачу по внутренней гармонизации и унификации национального частного права в этой ближневосточной стране. Главным инструментом подобной гармонизации «отцы-основатели» израильской государственности видели кодификацию гражданского законодательства – создание единого Гражданского кодекса Израиля¹.

¹ См. подр.: Barak A. Introduction to the Israeli Draft Civil Code // The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective / Ed. by K. Siehr, R. Zimmermann. Tübingen, 2008. P. 1-15. См. также: Kedar N. Law, Culture and Civil Codification in a Mixed Legal System // Canadian Journal of Law and Comparative Society. 2007. Vol. 22. № 2. P. 177-195.

Во втором параграфе «Система источников израильского гражданского права» рассматривается иерархия действующих источников гражданского (частного) права в Государстве Израиль, при этом значительное внимание уделяется проблеме дуализма частного права.

Несмотря на то, что в XIX веке Палестина испытывала опосредованное влияние французского права (здесь Османская империя служила проводником французских идей для *Эрец Исраэль*), тем не менее концепция дуализма частного права ни тогда, ни в последующем не нашла практической реализации в местных законах.

Тенденции развития источников израильского частного права несомненно подтверждают общеевропейскую (континентальную) направленность гражданского права этой ближневосточной страны, в то время как отдельные «английско-правовые экстерналии» скорее носят исторически обусловленный характер и вовсе не опровергают обоснованность и перспективность «континентализации» гражданского (частного) права Израиля.

В настоящее время вопрос, является ли то или иное нормативное предписание «правом» или «неправом» в *строгом смысле*, по общему правилу разрешается в соответствии с Законом «О толковании терминов» 1981 г. В статье 3 данного Закона прямо перечисляются источники *права (дин)*, первым из которых назван *закон (хок)*, то есть акт, принятый Кнессетом. Следует отметить, что основной массив источников гражданского права, сконцентрирован в статутных нормах (в первую очередь, в нормах *хок*, а также *пкуда*, т.е. ордонансов, принятых в период Британского мандата).

Необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что в Израиле статутное регулирование превалирует над судебным (первое предопределяет последнее, несмотря на сильную английскую традицию). Иными словами, частное право исторически развивалось таким образом, что судам отводилось все же второстепенное (пусть и немаловажное) место в частноправовом

регулировании имущественных отношений, нежели законодательной власти, что дополнительно подтверждает то, что Израиль в большей мере тяготеет к континентальной правовой семье и вправе эволюционировать именно в этом направлении.

Гражданское право Израиля, оставаясь все еще официально некодифицированным, состоит из двух крупных блоков: группы законов, которую с некоторой условностью можно назвать общей частью гражданского права, и соответственно другой (более объемной) группы статутов, фактически составляющих его особенную часть. Такая дихотомия внутренне, имманентно присуща израильскому частному праву, в силу чего будущая кодификация гражданского законодательства должна формализовать и усилить подобную систематику.

В первую группу можно выделить нормы о лицах (в настоящее время распределены по законам «О дееспособности и опеке» 1962 г., «О представительстве» 1965 г., «О толковании» 1981 г., «О банковском лицензировании» 1981 г., «О компаниях» 1999 г. и др.), о праве собственности («О недвижимом имуществе» 1969 г., «О движимом имуществе» 1971 г. и др.), общие положения об обязательствах («О договорах (Способы защиты интересов стороны, пострадавшей от нарушения договора)» 1970 г., «О договорах (Общие положения)» 1973 г., «О стандартных (типовых) договорах» 1982 г., «О залоге» 1967 г. и др., а также «Об исковой давности» 1958 г., «О возмещении вреда» 1968 г. и др.).

Неписаную (неформализованную) особенную часть частного права еврейского государства составляет множество специальных законов, посвященных отдельным обязательствам (законы «О купле-продаже» 1968 г., «О дарении» 1968 г., «Об аренде и ссуде» 1971 г., «О договорах об оказании услуг» 1974 г., «О неосновательном обогащении» 1979 г., «О страховании» 1981 г., «О банковском обслуживании» 1981 г., «О публичных (обязательных) тендерах» 1992 г. и др.), а также «О наследовании» 1965 г.,

«О патентах» 1967 г., «О коммуникациях» 1981 г., «О копирайте» 2007 г. и др.

Приведенные обстоятельства свидетельствуют о наличии некоторой устойчивой тенденции по разделению в израильском гражданском законодательстве общих и специальных норм, что согласуется с пандектной (германской) законодательной традицией¹. В силу сказанного пандектная кодификация частного права в Израиле станет кульминацией развития национального гражданского законодательства, общий вектор которого нами определяется как «континентализация».

Вместе с тем развитие источников гражданского права Израиля на современном этапе характеризуется и определенными сложностями.

Во-первых, источники израильского гражданского права остаются весьма разрозненными: в настоящее время продолжает действовать большое количество правовых актов, принятых в периоды османского владычества и Британского мандата, в силу чего возникают вопросы практического характера о соотношении и иерархии таких актов.

Во-вторых, объемность и раздробленность источников частного права и рост массива судебной практики стали причиной казуистичности, противоречивости законодательства, поскольку на протяжении десятилетий с момента воссоздания еврейской государственности в 1948 г. законодатель не ставил перед собой четкой цели по систематизации, гармонизации и унификации частного права в целом.

Во многом руководствуясь изложенными соображениями, израильский законодатель принял политическое решение по масштабной реформе частного права, в основе которой будет принятие Гражданского кодекса еврейского государства. Вместе с тем законодатель и израильские цивилисты (в первую очередь, разработчики ПГК Израиля) хорошо осознают

¹ См. подр. о пандектной систематизации законодательства: Thibaut A.F.J. System des Pandektenrechts. Jena, 1803; Thibaut A.F.J. Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland, Nachdr. der Ausg. Heidelberg, 1814.

нежелательность революционных изменений и различного рода «шоковых терапий» в гражданском законодательстве, а также исходят из необходимости сохранения стабильности и предсказуемости в израильской правоприменительной практике, что в свою очередь является главным условием нормального развития гражданского оборота.

В третьем параграфе «Задачи кодификации гражданского права в Государстве Израиль» раскрываются цели и мотивы продолжающейся систематизации частного права в Израиле, выражающейся в разработке первого национального Гражданского кодекса.

Несомненно, принятие Гражданского кодекса в Израиле следует рассматривать как важный шаг по институционализации соответствующей отрасли права и ее совершенствования. Однако разработка кодекса не стала случайной – кодификация призвана решать масштабные задачи, стоящие перед законодателем и правоприменением, в противном случае была бы размыта грань между кодексом и специальными гражданскими законами.

Анализ источников израильского гражданского права выявил объемность нормативного материала, в некоторой степени его архаичность, раздробленность и бессистемность. В таких условиях закономерной является задача по *систематизации* источников гражданского права, по структурной и количественной оптимизации, упорядочению законодательного массива. В условиях множественности источников гражданского права, как следствие, неизбежной их противоречивости, кодификация гражданского права в Израиле позволит внести в правовое регулирование *системность* и определить *иерархию гражданских законов* (по терминологии Г. Тедесского, тем самым обеспечить «централизацию» частного права).

Однако помимо количественной и структурной ревизии норм гражданского законодательства, кодификация выполняет и более сложную задачу по *качественной модернизации* гражданско-правового инструментария. В израильской цивилистической литературе неоднократно указывалось, что основной задачей кодификации частного права в еврейском

государстве является *гармонизация, т.е. согласование норм гражданского законодательства.*

К задаче гармонизации примыкает задача по *унификации* терминов и понятий, а также способов их толковании. Любопытный пример приводит А. Барак: в израильском гражданском законодательстве не определено содержание термина «собственность» (ивр. *nehes*), несмотря на его основополагающее значение для частного права. Так, в одних законах указанное понятие собственности сводится к фактическому обладанию вещью («телесная концепция права собственности»), в других нормативных актах право собственности считается сохраняющимся также и при неосуществлении фактического обладания вещью (абстрактная концепция права собственности)¹. Задача ПГК Израиля в этом отношении является абсолютно ясной – внести терминологическую ясность и унифицировать гражданское законодательство.

Вместе с тем израильскими цивилистами и политиками высказывались также весьма критические замечания и оценки в отношении самой идеи создания единого Гражданского кодекса еврейского государства.

Традиционно к идее кодификации гражданского права с высокой степенью осторожности относятся представители «правого» крыла израильского политического истеблишмента и юридического сообщества, отстаивающие идеи повышения регулятивной роли еврейского (иудейского) права в израильской правовой системе. В этой связи кодификация гражданского права рассматривается как наступление на еврейское право, сокращение сферы действия последнего. Наиболее четко данная проблема нашла отражение в многостраничном Заключение Департамента еврейского права Министерства юстиции Израиля, в котором была изложена глубокая и

¹ Barak A. Opening Address Towards Codification of the Civil Law // Tel Aviv University. Studies in Law. 1975. № 1. P. 15.

последовательная критика большинства положений законопроекта¹. Вместе с тем анализ законопроекта подтверждает, что нормы ПГК Израиля не предусматривают «вторжения» светского законодателя в сферу действия *галахи*, однако они также не допускают встречного процесса «евреизации» гражданского (частного) права, по крайней мере, на настоящем этапе.

В израильской цивилистике также критически утверждается, что «кодификация в принципе лишена всякого смысла, поскольку представляет собой простую компиляцию законов» (У. Прокаччи). Замечания такого рода связаны, по всей видимости, с непониманием сущности кодификации. Справедливо критикуя Р. Кабрию, А.Л. Маковский указывает, что принятие кодекса не тождественно принятию ординарного закона, поскольку представляет собой *систематизацию права*². Кодификация отличается от обычной законотворческой деятельности не только по своим масштабам (по количественному признаку), но и по качественным показателям, в силу чего ее нельзя путать ни с консолидацией, ни с инкорпорацией.

В израильской цивилистической доктрине и судебной практике нередко выявлялись множественные противоречия, коллизии, сложности толкования институтов и норм права, зародившихся в национальном праве в различные исторические эпохи и восходящих к разным правовым порядкам (османскому и английскому). В этих условиях жизненно важное значение кодификации как способа систематизации, гармонизации, унификации национального частного права никаких сомнений вызывать не может.

Критика взглядов А. Барака и других разработчиков ПГК Израиля на кодификацию гражданского (частного) права традиционно ведется представителями тель-авивской школы и одним из ее лидеров Д. Фридманом, называющим кодификацию гражданского права в Израиле «фиктивной». Автор считает, что продолжающаяся кодификация гражданского права

¹ Заключение Департамента еврейского права Министерства юстиции Израиля (июнь 2011 г.) (доступ: <http://www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Pages/default.aspx>, на ивр.).

² Маковский А.Л. О кодификации гражданского права. М., 2010. С. 6.

призвана объединить «лоскутные» и противоречивые законы, в связи с чем она лишается единой идеологии, которой обладают «классические» кодексы (e.g., Кодекс Наполеона или *BGB*). Д. Фридман приходит к выводу, что кодификация гражданского права в таких условиях оказывается неперспективной¹. Вместе с тем данные доводы вызывают некоторые сомнения. В первую очередь, ПГК Израиля снабжен специальными общими положениями (принципами), призванными служить идеологической основой для закона в будущем. Кроме того, действующие гражданские законы (главным образом та их часть, которая была принята в 1960-1970-е гг. и которая составит основу будущего Гражданского кодекса), изначально разрабатывались и принимались с целью их последующей унификации в рамках единого кодекса, поэтому эти законы сохраняют идеологическое и нормативное единообразие. Более того, технические противоречия, имевшиеся в гражданском законодательстве, во многом были учтены и в значительной мере устранены в ходе подготовки законопроекта. Таким образом, замечания Д. Фридмана носят вполне устранимый характер и не опровергают принципиальной перспективности частноправовой кодификации в Израиле.

Представляется, что в условиях израильского правопорядка кодификация гражданского права окажется лучшим средством решения задач, стоящих перед законодателем и правоприменительной практикой, поэтому ей не может быть предложено аналогов².

Глава 2 «Кодификация гражданского права в Государстве Израиль на современном этапе» состоит из трех параграфов.

¹ Примаков Д.Я. История еврейского и израильского права. М., 2015. С. 147; ср.: Фридман Д. Снова к вопросу о толковании нового израильского законодательства // Юридический вестник Тель-Авивского университета. 1976. № 3 (на ивр.).

² Ср.: Einhorn T. The Common Law Foundations of the Israeli Draft Civil Code: A Critical Review of a Paradigm-Shifting Endeavor // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. 2016. № 80. P. 99.

В первом параграфе «Основные этапы кодификации гражданского права в Государстве Израиль» последовательно изложены основные вехи становления и развития современных законодательных и доктринальных представлений о будущем израильского гражданского законодательства, начиная с 1948 г.

Впервые в Израиле идея кодификации применительно к гражданскому праву на серьезном доктринальном уровне была актуализирована представителями иерусалимской цивилистической школы («ортодоксальными цивилистами» Гадом Тедесским и Ицхаком Инглардом). Тем не менее, выбирая между еврейским, английским и континентальным будущим национального права, «отцы-основатели» израильского частного права отмечали то, что ни еврейское, ни английское, ни европейское право в «чистом» виде не могут рассматриваться в качестве *исключительной* основы для кодификации гражданского законодательства. Поэтому, избрав «континентализацию» в качестве магистрального пути развития национального частного права, израильский законодатель не стал отказываться от доказавших свою эффективность еврейско-правовых норм и институтов английского права, используемых в рамках частноправового регулирования. Напротив, законодателю предстояло найти оптимальный баланс в законодательстве, уравновесив еврейское, османское, английское и новое «континентальное» право.

Разработку Гражданского кодекса почти на всех стадиях курировало Министерство юстиции Израиля, которое и сформировало рабочую группу из ведущих израильских ученых-теоретиков, судей, адвокатов и других представителей юридического сообщества. Интенсивная работа над проектом началась уже во второй половине 1970-х гг. и продолжилась до начала 2000-х гг.

«Отцами-основателями» израильского Гражданского кодекса стали Иешуа Вайсман, Мигель Дойч, Эяль Замир, Ицхак Инглард, Дафна Левинсон-Замир, Авиغدор Левонтин, Биркияо Лифшиц, Альфредо Мордехай

Рабелло, Гад Тедесский, Габриэла Шалев и др. Изначально рабочую группу возглавлял известный профессор-компаративист Ури Ядин, но вскоре его сменила на этом посту Тана Шпаниц, при этом «мозговым центром» кодификационной группы был и остается Арон Барак¹.

Первый проект Гражданского кодекса Израиля в целом был подготовлен Министерством юстиции Израиля в 2004 г., к детальной работе над ним Кнессет приступил в июне 2011 г.

Во втором параграфе «Проект Гражданского кодекса Израиля 2011 г.: система и общая характеристика» отмечается, что в целом работу над ПГК Израиля можно охарактеризовать как поиск компромисса между институционной и пандектной моделями кодификации.

Так, в ПГК Израиля выделены общая и особенная части, что сближает его с пандектными кодификациями. В частности, структурно ПГК Израиля состоит почти из одной тысячи статей и включает семь разделов: (1) принципы гражданского права, (2) сделки, (3) обязательства, (4) право собственности, (5) наследование, (6) сроки исковой давности и (7) заключительные положения. Первые три раздела составляют общую часть, четыре последующих – соответственно особенную часть. Разделы включают главы, которые в отдельных случаях объединяются в подразделы (так, например, в разделе об обязательствах выделены подразделы об общих положениях, об отдельных видах обязательств и т.д.).

ПГК Израиля открывается разделом, посвященным принципиальным положениям Гражданского кодекса. Сам этот раздел, в свою очередь, состоит из двух глав: собственно фундаментальных принципов гражданского права (помимо самих принципов частного права здесь называются и цели данного закона) и дефиниций. Одним из завоеваний разработки ПГК Израиля

¹ Barak A. Introduction to the Israeli Draft Civil Code // The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective / Ed. by K. Siehr, R. Zimmermann. Tübingen, 2008. P. 6-7.

является то, что в качестве основного начала гражданского права провозглашен принцип добросовестности¹.

К общей части ПГК Израиля также относятся нормы раздела о сделках и представительстве. ПГК Израиля содержит достаточно большое количество норм, посвященных правосубъектности физических лиц и представительству; при этом данные положения необоснованно «растворены» в нормах о сделках (нормы о представительстве включены в раздел 2, посвященный сделкам, хотя и обособлены в самостоятельную главу).

Разделы 3, 4 и 5 посвящены соответственно обязательствам, праву собственности и наследованию, составляющим основу уже особенной части.

При этом примечательно, что главы ПГК Израиля, посвященные исковой давности (раздел 6 «Сроки исковой защиты»), рассматриваются в законодательном органе страны – Кнессете – отдельно от общей концепции законопроекта, что объясняется одним из ведущих израильских цивилистов Исразлем Гиладом специфической юридической природой положений о сроках исковой давности².

В израильской цивилистической доктрине на протяжении всего времени разработки единого Гражданского кодекса активно обсуждался вопрос о предмете регулирования будущего закона. Как показывает анализ ПГК Израиля, разработчики законопроекта исходили если не из полного совпадения предмета Гражданского кодекса и предмета гражданского (частного) права, то, по крайней мере, из того, что кодекс должен служить фундаментом, основанием отрасли права. Так, в соответствии с существующими европейскими традициями, предметом кодекса (равно как

¹ Ср.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 2009. С. 30 - 31.

² Gilead I. Limitation of Civil Actions // The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective / Ed. by K. Siehr, R. Zimmermann. Tübingen, 2008. P. 323.

отрасли гражданского права) стали частные (главным образом имущественные) отношения.

Вместе с тем в ПГК Израиля отсутствуют нормы корпоративного права, права интеллектуальной собственности, «потребительского» права, международного частного права и некоторых других традиционных для европейских правовых сфер гражданско-правового регулирования. Тем не менее члены рабочей группы понимают, что Гражданский кодекс по своей природе является центральным актом в иерархии источников гражданского права, в силу чего он должен быть всеобъемлющим, охватывать наиболее широкий круг общественных отношений, составляющих предмет гражданско-правового регулирования. Поэтому, даже в случае принятия законопроекта без указанных разделов, нельзя исключать того, что в будущем закон будет дополнен соответствующими главами. В любом случае общие положения Гражданского кодекса будут применимы ко всем частноправовым отношениям¹.

В параграфе 3 «Гражданский кодекс в правовой системе Израиля: проблемы правоприменения и судебного правотворчества» указывается, что принятие Гражданского кодекса в Израиле неизбежно поставит вопрос о роли и месте будущего закона в системе и иерархии действующих источников гражданского права. Кодификация такой значительной части национального законодательства, как частное право, является для еврейского государства во многом уникальным и беспрецедентным явлением, поэтому законодателю предстоит разработать комплекс мер по «встраиванию» будущего Гражданского кодекса в действующий механизм правового регулирования.

Тот факт, что разработчики ПГК Израиля предпочли излишней детальной абстрактности при формулировании ряда основополагающих норм законопроекта (главным образом в общих положениях билля), не может

¹ Barak A. Opening Address Towards Codification of the Civil Law // Tel Aviv University. Studies in Law. 1975. № 1. P. 15.

не свидетельствовать о намерении законодателя сохранить за судебной властью и в последующем праворазвивающую функцию при генерировании новых подходов в правоприменении, «не связывать судьям руки» (А. Барак, М. Ландау). Однако Гражданский кодекс Израиля не будет принят до тех пор, пока юридическим сообществом не будет достигнут компромисс о пределах судебного толкования и его основных методах.

В любом случае практическая реализация норм закона будет во многом зависеть от «живого права», от того, как конкретная норма будет прочтена израильскими судьями. Оценивая перспективы гражданско-правовой кодификации в Израиле для правоприменения, Э. Замир отмечает, что исходной характеристикой для еврейского государства является то, что его правовая система по своей природе является смешанной, содержит черты и признаки как общего права, так и романо-германской правовой традиции. При этом самым существенным «наследием» английского права является *судебный активизм*, т.е. активность судов в правотворчестве¹. ПГК Израиля учитывает эту национальную особенность еврейского государства, поэтому, с одной стороны, идет по пути кодификации и «континентализации» частного права, с другой стороны, отводит судам важное место в применении отдельных норм, устанавливает лишь общие и достаточно широкие рамки для толкования положений будущего Гражданского кодекса.

Глава 3 «Разработка отдельных разделов Гражданского кодекса Израиля» включает три параграфа.

¹ Zamir E. Private Law Codification in a Mixed Legal System – The Israeli Successful Experience // The Scope and Structure of Civil Codes / Ed. by J.C. Rivera, Heidelberg, New York, London. 2013. P. 248.

Вместе с тем нельзя не отметить, что для еврейско-правовой традиции характерно понимание судов (*бэйт дин*) в качестве не только строго судебных, правоприменительных органов (инстанций по разрешению споров), но также и как правотворческих образований, формирующих общие правила поведения для всех членов еврейского общества (Windows Onto Jewish Legal Culture: Fourteen Explanatory Essays / Ed. by H. Ben-Menachem, A. Edrei, N.S. Hecht. London, New York, 2011. Vol. 1. P. 98-99).

В первом параграфе «Общая часть проекта Гражданского кодекса Израиля: цели, принципы и значение» оцениваются перспективы выделения Общей части в рамках кодификации частного права для последующего правоприменения, а также рассматриваются наиболее важные положения данного раздела законопроекта.

Прагматическое предназначение Общей части Гражданского кодекса состоит в решении задач, стоящих перед правоприменением, в создании для судов дополнительных правотворческих возможностей при выявлении пробелов в праве (явления неизбежного для частного права, призванного регулировать самый широкий круг общественных отношений). Принимая во внимание то обстоятельство, что к работе над ПГК Израиля были привлечены ведущие израильские профессора, к тому же обладающие обширным судебским опытом, неудивительно, что законопроект открывается с параграфа, посвященного фундаментальным принципам. При этом в указанном разделе упоминаются как собственно сами принципы, так и цели закона. В целом же можно констатировать, что данный раздел является одним из самых «судебноориентированных» в силу следующих обстоятельств.

В статье 1 проекта среди целей Гражданского кодекса названы: (1) обеспечение законности, справедливости и разумности; (2) повышение стабильности, определенности и эффективности правосудия; (3) недопущение нарушения гарантируемых законом прав; и (4) защита законных ожиданий сторон. По сути, данные цели Гражданского кодекса обращены к суду: в случае пробельности или неполноты законодательного регулирования, именно судья будет вправе разрешить конкретный спор с учетом заданных законодателем общих целевых установок и правовых рамок.

Статья 2 ПГК Израиля устанавливает, что все права должны осуществляться, сделки совершаться и обязательства исполняться в соответствии с фундаментальным принципом гражданского права –

принципом добросовестности. Следует согласиться с образной оценкой принципа добросовестности, данной М. Элоном, как «души» любой правовой системы. Несомненно, статья 2 ПГК Израиля, в случае принятия данного законопроекта сможет стать «душой частного права» еврейского государства, тогда как судебная власть получит мощный практический инструментарий по модификации частноправового регулирования и имплементации нравственных начал в гражданский (имущественный) оборот.

Законопроект также содержит некоторые иные положения, относящиеся к принципам гражданского права.

В любом случае принятие Гражданского кодекса сыграет важную роль для унификации толкования терминов и понятий. Так, глава 2 раздела 1 ПГК Израиля всецело посвящена определению основных терминов и понятий. Немаловажно отметить, что выделение данной главы позволит консолидировать частноправовую терминологию. Тот факт, что в ПГК Израиля содержится большое количество дефиниций и определений, конечно же, отражает континентальное влияние. Стремление разработчиков законопроекта достичь предельной ясности и конкретности в толковании терминов и основных институтов, закрепленных в ПГК Израиля, тем не менее вызвало критику в профессиональном сообществе, опасавшемся, что тем самым на суды будет наброшена «смирительная рубашка». Однако главным и важным контраргументом здесь было то, что включение в ПГК Израиля дефиниций позволит добиться единообразия в правоприменении, поскольку в настоящее время отсутствует национальная традиция применения многих основополагающих понятий гражданского права (сделки, право собственности и т.д.)¹. Включение соответствующих дефиниций позволит в некоторой мере нивелировать сложности толкования, существующие в смешанных правовых системах.

¹ Sanilevici R. Codification of "Patrimonial Law" in Israel – Questions of Systematization (A comparative essay) // Essays on European Law and Israel / Ed. by A.M. Rabello. Jerusalem, 1996. P. 151-152.

Во втором параграфе «Развитие договорного права в свете кодификации израильского гражданского законодательства» признается, что договор представляет собой один из важнейших институтов израильского частного права. Вместе с тем в законодательстве не содержится полного и исчерпывающего определения договора.

Даже поверхностный обзор ПГК Израиля выявляет некоторые особенности систематики будущего Гражданского кодекса. В первую очередь, обращает на себя внимание то, что раздел 3 законопроекта, посвященный обязательствам, предшествует разделу 4, посвященному праву собственности. Для большинства классических кодификаций гражданского права (включая гражданские кодексы Франции, Квебека, Нидерландов, Японии и ряд других) характерно иное построение: нормы вещного права предшествуют нормам обязательственного (в том числе договорного) права. По всей видимости, на израильского законодателя в этом плане оказал влияние немецкий *BGB*.

Несмотря на то, что договорному праву в ПГК Израиля отведены два специальных подраздела в разделе 3 законопроекта («Общие положения о договорах» и «Отдельные виды договоров»), большое регулятивное значение для договорных обязательств будут иметь также нормы, содержащиеся в разделе 2 законопроекта («Сделки»), включающем также положения о представительстве, и подразделах 1 («Общие положения об обязательствах») и 6 («Ответственность за нарушение обязательств») раздела 3 ПГК Израиля.

Давая общую характеристику положениям о договорах ПГК Израиля, можно отметить, что законодатель не привнес существенных изменений в данную сферу частного права. Большинство новелл (по сравнению с действующими законами о контрактах) носят редакционный характер. Этому есть и практическое объяснение: в 1960-1970-е гг. израильский законодатель принял большое количество законодательных актов в сфере договорного права, содержащих как общие положения, так и нормы об отдельных видах договорных обязательств. Тогда принятие этих законов приходило на смену

действовавшему османскому законодательству (*Межселль*) и позволило существенно модернизировать национальное договорное право¹.

Вместе с тем ПГК Израиля характеризуется стремлением его разработчиков к абстракциям высокого уровня, формализации принципов и правил общего поведения. Поэтому, по всей видимости, упущением ПГК Израиля является то, что в законопроекте прямо не сформулирован принцип свободы договора ни в разделе, посвященном общим принципам гражданского права, ни в разделе, включающем общие положения договорного права².

Важно отметить, что в основе большинства действующих израильских законов о договорах (контрактах) лежат соответствующие разделы гражданских кодексов наиболее развитых европейских правовых порядков (Германии, Франции, Швейцарии и т.д.). Таким образом, «континентализация» в сфере договорного права представляет собой не абстрактную цель, а закономерный и единственно возможный этап в развитии израильского гражданского законодательства о контрактах. Поэтому предстоит лишь внести некоторую системность в законодательство, отказаться от дублирования нормативного материала, учесть наработки судебной практики, что в целом и было сделано при разработке первоначального текста законопроекта. По итогам завершения основных работ по подготовке ПГК Израиля можно резюмировать, что положения о договорах в законопроекте носят эволюционный характер, каких-либо радикальных изменений выявить в проекте закона практически не удастся.

В третьем параграфе «Право собственности на недвижимое имущество в проекте Гражданского кодекса Израиля: традиции и

¹ См. также: Shalev G. From Common Law to Independence: Supreme Court decisions on Contract Law in 1975 // Tel Aviv University. Studies in Law. 1976. № 2.

² Вместе с тем принцип свободы договора известен ряду источников еврейского права: Deutch S. Contract Law and Consumer Protection in Israel // New York Law School International Law Society Journal. 1993. № 14. P. 270.

новеллы» отмечается, что практически половина раздела 4 ПГК Израиля состоит из норм, определяющих оборотоспособность недвижимого имущества (земли, здания и т.д.), порядок совершения в их отношении сделок и т.д., в чем также прослеживается сильное влияние *BGB*. Данному обстоятельству есть исторические основания: гражданско-правовое регулирование оборота недвижимого имущества (главным образом земель) традиционно занимало важное место в системе частного права, действовавшего на территории *Эрец Исраэль*.

Земля представляет собой совершенно уникальное социально-экономическое благо, представляющее не только частный, но и публичный интерес. Уже поэтому законодательствами многих стран мира установлен сложный порядок регистрации сделок в отношении земель. Следуя подобной логике, раздел 4 ПГК Израиля открывается с положений, регулирующих порядок заключения сделок в отношении земель и зданий, возведенных на их территории. Нужно отметить, что официально в Израиле используется титульная система регистрации Торренса, в соответствии с которой передача права собственности на недвижимое имущество происходит в момент внесения записи в реестр, а не в момент совершения сделки (заключения договора). Однако на практике в Израиле, равно как и в России, данный механизм работает с некоторыми изъятиями и исключениями, поскольку не все земли внесены в соответствующие реестры и о них отсутствует достоверная и полная информация. Поэтому, как полагает И. Вайсман, ПГК Израиля должен в некоторой степени сгладить существующие сложности¹. Так, статья 713 ПГК Израиля предусматривает следующее правило: в случае фактического несовершения действий по регистрации земель в реестре стороны сделки в любом случае признаются взявшими на себя обязательства по регистрации (т.е. рассматриваются в качестве намерившихся оформить и тем самым завершить сделку).

¹ Weisman J. Hurdles in the Codification of the Law of Property // *European Legal Traditions and Israel* / Ed. by A.M. Rabello. Jerusalem, 1994. P. 519.

Одним из действенных механизмов по обеспечению транспарентности оборота земель может стать закрепление принципа открытости реестров, что позволит дополнительно устанавливать наличие признаков добросовестности в действиях лиц, приобретающих незарегистрированные земельные участки (отсутствие информации о земельном участке в реестре будет рассматриваться в качестве дополнительного условия добросовестности действий покупателя).

Положительно оценивая успехи израильского законодателя по систематизации данного блока гражданского законодательства, нужно признать, что решение по сохранению в ПГК Израиля института траста кажется несколько противоречивым и не соответствующим общей тенденции по «континентализации» в условиях, когда практика применения данного института в еврейском государстве до настоящего времени остается несколько неоднозначной. Возможно, последующая доработка ПГК Израиля позволит в некоторой мере уменьшить риски существования данного института в израильской правовой системе.

В **Заключении** приводятся краткие выводы диссертационного исследования, обозначаются основные пути развития израильского частного права в будущем.

По итогам настоящего исследования автором опубликованы следующие статьи по теме диссертации в ведущих рецензируемых научных изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки РФ для публикации результатов диссертационного исследования:

1. Ульбашев А.Х. О кодификации гражданского права в Государстве Израиль // Вестник гражданского права. 2015. Том 15. № 4 (2,25 п.л.).
2. Ульбашев А.Х. Договор в системе частного права Израиля: основные понятия и тенденции развития // Законодательство. 2016. № 2 (0,8 п.л.).

3. Ульбашев А.Х. Принципы договорного права и новый Гражданский кодекс Израиля // Законодательство. 2016. № 4 (0,85 п.л.).
4. Ульбашев А.Х. Реформа положений о договорах и договорной ответственности в Государстве Израиль // Законодательство. 2016. № 5 (0,75 п.л.).
5. Ульбашев А.Х. Правовые принципы как основа кодификации израильского гражданского права // Государство и право. 2016. № 9 (0,5 п.л.).