

А. В. Аргунов

ОСОБОЕ ПРОИЗВОДСТВО В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИИ И ФРАНЦИИ



Алексей Аргунов

**Особое производство в
гражданском процессуальном
праве России и Франции**

«Проспект»

Аргунов А. В.

Особое производство в гражданском процессуальном праве России и Франции / А. В. Аргунов — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-210356-0

В настоящем издании проводится сравнительно-правовой и историко-правовой анализ особого производства в гражданском процессуальном праве России и Франции. Предлагается оригинальный взгляд на особое производство как на самостоятельную процессуальную форму охранительной деятельности. Рассматриваются проблемы принципов, субъектов особого производства, категорий дел особого производства, перспективы его развития. Для юристов-ученых и практиков, студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов.

ISBN 978-5-39-210356-0

© Аргунов А. В.
© Проспект

Содержание

Алексей Владимирович Аргунов	5
ВСТУПИТЕЛЬНАЯ СТАТЬЯ	6
ПРЕДИСЛОВИЕ	7
ГЛАВА 1	10
Конец ознакомительного фрагмента.	45

Алексей Владимирович Аргунов
ОСОБОЕ ПРОИЗВОДСТВО В ГРАЖДАНСКОМ
ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИИ И ФРАНЦИИ



[битая ссылка] ebooks@prospekt.org

ВСТУПИТЕЛЬНАЯ СТАТЬЯ

Каждому юристу известно, что в гражданском процессе рассматриваются и разрешаются дела особого производства. Однако мало кто сможет ответить на вопрос, что же особого заключается в этих делах и почему этот вид гражданского судопроизводства имеет такое странное наименование.

Научные работы, посвященные исследованию особого производства, в российской юридической литературе практически не встречаются. Этот факт уже сам по себе предопределяет полезность для отечественной юриспруденции любой новой работы, посвященной данной теме. В особенности это касается и представляемой на суд читателя монографии А.В. Аргунова, поскольку она посвящена не только российскому, но и французскому особому производству.

Занимательность этой книги заключается в том, что в ней не просто проанализировано отечественное и зарубежное законодательство на предмет их сравнения, но рассмотрены такие мало кому известные аспекты темы, как историческое развитие бесспорной юрисдикции в Древнем Риме, России и Франции, освещены доктринальные позиции российских дореволюционных, советских, а также французских ученых-процессуалистов, и сделано все это на заслуживающем похвалы уровне.

Монография написана в критическом ключе. Объясняется и оправдывается это тем, что умозаключения авторов, исследовавших особое производство в советское время, о сущности, предмете судебной деятельности, принципах и других ключевых вопросах темы стали в российской науке практически догмами.

В то же время сравнительно-правовой и историко-правовой аспекты проблематики до сих пор были мало исследованы.

Таким образом, получается, что ученые, рассматривая различные грани явления, оперируют одними и теми же научными фактами, а многие современные труды основаны на тех же самых идеях, что и труды полувековой давности. Процессуалисты работают в рамках одной парадигмы, сформированной еще в советское время.

Изначальная задача автора заключалась в том, чтобы обнаружить новые научные факты, на основе которых можно предложить альтернативную гипотезу правовой природы особого производства, что позволило бы оживить дискуссию по теме.

И, кажется, эта задача выполнена. По крайней мере А.В. Аргуновым сделаны интересные выводы, имеющие значение для процессуальной науки, которые могут и должны стать основой для возобновления дискуссий об особом производстве в гражданском процессуальном праве.

Конечно, идеи автора этой книги, касающиеся действия принципов гражданского процесса в особом производстве, необходимости создания новой процессуальной формы для рассмотрения дел особого производства, являются более чем дискуссионными. Вполне возможно, они не будут восприняты российской наукой всерьез. Тем не менее они, безусловно, требуют детального обсуждения научным сообществом. Кроме того, авторский анализ проблематики отличается тем, что им привлечен большой объем новых и интересных для дискуссии научных фактов, которые можно интерпретировать по-разному, не соглашаясь или солидаризируясь с данной в работе их интерпретацией.

Все вышеизложенное позволяет рекомендовать работу для внимательного прочтения.

Доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации
Каллистратова Римма Федоровна

ПРЕДИСЛОВИЕ

Навещающая больного,
каждый раз все отчетливей вижу:
поздняя осень.
Такахама Кеси

Судебная реформа в России, о которой принято писать во введениях к диссертационным и иным монографическим работам, давно приняла затяжной характер, превратившись из временного в нормальное и неудивительное положение дел. При этом результаты ее далеки от идеала. Возможно, существующее положение дел просто стало привычным, и кажется, что реальность всегда была такой, как есть, но могла (могла ли?) и должна была бы быть лучше... В любом случае прогрессом в области особого производства в гражданском процессе судебная реформа похвастаться не может. И это можно понять и объяснить. Но после уяснения причин и условий оказывается сложным смириться с ними. Главное – не испытывать иллюзий, что особое производство настолько хорошо, что не нуждается в улучшении.

Традиция российского правоведения относит дела, рассматриваемые судами в порядке особого производства, к делам бесспорного характера.

Вероятно, бесспорность дел особого производства влияет каким-то образом на то, что практика не так быстро обнаруживает пробелы в правовом регулировании общественных отношений, возникающих в этой сфере. От бесспорной юрисдикции в целом веет странным запустением.

Однако очень скоро необходимость реформирования коснется и этих институтов права, прежде всего особого производства в гражданском и арбитражном процессе. Недаром на протяжении многих лет одним из средств ускорения гражданского судопроизводства, разгрузки судебной системы считается освобождение ее от выполнения «непрофильных функций», в т. ч. от функций по рассмотрению бесспорных дел¹.

Такого же мнения придерживается и Комитет Министров Совета Европы, полагая, что сегодня суды должны сосредоточиться в основном на рассмотрении спорных дел. Комитет Министров рекомендует европейским странам реформировать свои судебные системы, в т. ч. при помощи исключения бесспорных дел из судебной подведомственности (Рекомендация Комитета Министров Совета Европы от 16.09.1986 № R (86) 12 «О мерах по предотвращению и уменьшению чрезмерной нагрузки на судей»)².

Таким образом, желание разгрузить судебную систему рано или поздно приведет российских правоведов к более глубокому изучению феномена особого производства.

На сегодняшний день отечественная наука не может похвастаться большим количеством серьезных исследований в этом направлении. К сожалению, можно констатировать такое положение дел, при котором многие вопросы не только не разрешены, но даже и не поставлены.

Среди последних работ можно назвать монографию А.А. Мельникова «Особое производство в гражданском процессе», вышедшую в свет в 1964 г., труд А.В. Юдина «Особое производство в арбитражном процессе» (2003) и две диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук – А.Ю. Францифорова «Сущность особого производства (теоретические и практические аспекты)» (2009) и автора этой монографии «Особое производство в гражданском процессуальном праве России и Франции» (2011).

Однако первая работа была написана 47 лет назад, соответственно многие ее положения устарели, вторая посвящена исследованию особого производства только в арбитражном процессе, но содержит некоторые общие положения, применимые к особому производству в граж-

данском процессе, третья же хотя и посвящена исследованию общей части особого производства в гражданском процессуальном праве, но по своему содержанию основана на достижениях советской процессуальной науки в области исследования особого производства, что позволяет охарактеризовать ее как недостаточно полную и одностороннюю.

Мое диссертационное исследование также далеко от идеала в том смысле, что в нем мне пришлось придерживаться определенной концептуальной схемы и защищать верность одной из гипотез сущности особого производства, в то время как я четко осознаю, что верными могут быть сразу все возможные гипотезы и главное не в сущности этого производства, а в его эффективности. Однако мне представляется полезным опубликовать указанное диссертационное исследование с учетом доработок и дополнений в виде настоящего монографического труда, поскольку предложенная гипотеза особого производства требует дальнейшего и более глубокого обсуждения.

Итак, особое производство в гражданском и арбитражном процессе России можно отнести к числу малоисследованных. Современные работы, посвященные особому производству в зарубежном гражданском процессе (в т. ч. в гражданском процессе Франции), вообще отсутствуют.

Со времени выхода в свет первого известного сегодня исследования особого (охранительного) производства, выполненного с учетом опыта иностранного законодательства и доктрины, работы С.И. Зарудного «Охранительные законы частного гражданского права. Опыт исследования о системе русских гражданских законов», вышедшей в 1859 г. и написанной для подготовки Устава гражданского судопроизводства 1864 г., прошло более 150 лет³.

Последний труд по охранительному производству (научная статья), в котором автор обращается к практическому опыту и теории стран западной Европы по указанной теме, написан в 1913 г. Г.Ф. Блюменфельдом⁴. С даты его выхода в свет прошло почти 100 лет.

С тех пор в России не выходило ни одной работы по особому (охранительному) производству, в которой авторы бы анализировали законодательство или доктрину западноевропейских стран в этой сфере.

В то же время изучение особого производства в российском гражданском процессуальном праве само по себе без сравнения этого института с зарубежными аналогами не может быть достаточно плодотворным.

Учитывая схожесть и в определенных деталях преемственность российского гражданского процессуального права от французского и немецкого гражданского процессуального права, интересный материал для анализа может дать изучение нормативных концепций особого производства и их теоретического осмысления учеными именно этих стран.

В то же время, принимая во внимание отсутствие в российской юридической науке специализированных работ, посвященных указанной тематике, а также учитывая объем настоящей работы и ограниченность способностей автора, мне придется остановиться на сравнительном исследовании концепций особого производства России и Франции.

Анализ концепции особого производства, закрепленной в гражданском процессуальном праве Франции, ввиду редкого обращения российских ученых к исследованию гражданского процесса этой страны кажется актуальным. Кроме того, следует учитывать и то, что современное российское гражданское процессуальное право является наследником нашего дореволюционного гражданского процессуального права, которое, в свою очередь, имело много заимствований из французского права. Известно, что авторы судебной реформы 1864 г. при разработке Устава гражданского судопроизводства в качестве основы использовали наиболее современный на то время в Европе процессуальный акт – французский Code de procedure civile 1806 г.

Таким образом, изучение российского особого производства в сравнительно-правовом аспекте (в сравнении с французским особым производством) позволит не только ввести в

научный дискурс новые факты, но и сделать некоторые интересные и нетривиальные (хочется верить!) выводы.

Возможно, детальное рассмотрение французского особого производства окажется когда-нибудь полезным и отечественному законодателю при реформировании российского особого производства.

Кроме того, в науке гражданского процессуального права имеется пробел и в области исторических знаний о развитии форм разрешения бесспорных гражданских дел до XIX века, т. е. до периода, предшествующего принятию Устава гражданского судопроизводства 1864 г. Этим объясняется мое обращение к истории не только (и не столько) особого производства, которое является продуктом Новейшего времени, но к истории всей бесспорной юрисдикции.

Представляется, что небольшое количество работ, посвященных российскому (советскому) особому производству, истории бесспорной юрисдикции, и практически полное отсутствие сведений об особом производстве в странах Западной Европы имеет следствием определенное «окаменение» научной мысли.

Все это отражается не только на полноте наших знаний об особом производстве, но и некоторым образом тормозит развитие законодательства и судебной практики в данной сфере.

В завершение хотелось бы сердечно поблагодарить всех, кто помогал мне при написании настоящей работы, прежде всего своих родных, а также сотрудников кафедры гражданского, арбитражного и административного процессуального права и научного отдела гражданского, арбитражного и административного процесса Российской академии правосудия с Риммой Федоровной Каллистратовой во главе. Отдельно признателен Е.А. Борисовой, С.В. Моисееву, С.В. Никитину, Д.А. Фурсову и А.В. Юдину за внимание, уделенное моей работе, и ценные замечания.

ГЛАВА 1

ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ОСОБОГО ПРОИЗВОДСТВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИИ И ФРАНЦИИ

§ 1. *Jurisdictio voluntario*: отправная точка в истории развития бесспорной юрисдикции в России и Франции

Независимо от того, как называется судебное производство по рассмотрению определенных категорий гражданских дел бесспорного характера в законодательствах различных стран, и даже независимо от того, какие именно дела в тот или иной период развития конкретного государства рассматриваются судами в порядке такого производства, можно утверждать, что в гражданском процессе западноевропейских и восточноевропейских стран они обладают общими чертами и имеют общее историческое прошлое⁵.

Как правило, такие судебные производства отличаются от искового тем, что их правила предназначены для рассмотрения и разрешения дел, по которым нет необходимости разрешать какие-либо споры, в этих делах часто отсутствуют стороны с противоположными интересами.

В российском гражданском процессуальном праве также существует судебное производство, правила которого призваны обеспечить рассмотрение и разрешение дел бесспорного характера, оно называется особым [подраздел IV Гражданского процессуального кодекса РФ (далее – ГПК РФ)]⁶.

Во французском гражданском процессуальном праве порядок рассмотрения бесспорных дел называется *juridiction gracieuse* (бесспорное производство) – ст. 25 *Nouveau Code de procedure civile* (Новый гражданский процессуальный кодекс Франции, далее – НГПК Франции).

Как российские, так и французские авторы, исследовавшие историю своих бесспорных судебных производств (далее – особого производства), указывают на их преемственность от римской добровольной юрисдикции – *jurisdictio voluntario*⁷.

При этом традиционно считается, что в римском праве *jurisdictio voluntario* противопоставлялась *jurisdictio contentiosa*, т. е. юрисдикции спорной.

Однако, предвзято исследованию концепции *jurisdictio voluntario* в римском праве, необходимо отметить, что остается до конца не разрешенным вопрос о самом существовании в римском праве такой концепции. Авторы, изучавшие данную проблему, отмечают крайнюю бедность источников, в которых бы упоминалось это понятие. Данное обстоятельство позволило, например, Г.Ф. Блюменфельду предположить, что возникновение понятия *jurisdictio voluntario* вообще связано с деятельностью глоссаторов, которые, комментируя «один фрагмент Марциана, помещенный в Дигесты Юстиниана», разделили юрисдикцию на *voluntaria* и *contentiosa*, т. е. на спорную и бесспорную. Однако указанный фрагмент из Дигест не «давал ей (Глоссе) твердой точки опоры»⁸. Такого же мнения придерживаются и многие современные западноевропейские исследователи, например французский исследователь F. Roumy, немецкий A. Wacke и др.⁹.

Учитывая это, говорить о сложившейся во времена Римской Империи четкой концепции *jurisdictio voluntario* не совсем верно. Однако это не значит, что римские магистраты не обладали полномочиями по рассмотрению и разрешению дел бесспорного характера.

Кроме того, формы рассмотрения этих дел за многовековую историю развития права в Древнем Риме претерпели определенную эволюцию. Со времени появления легисакционного процесса до той эпохи, когда он был повсеместно заменен процессом экстраординарным, не говоря уже о смутном времени раннего Средневековья, в этой сфере многое изменилось, что будет показано далее. Глоссаторы, видимо, воспринимали *jurisdictio voluntario* такой, какой она существовала в их время. Соответственно и понимание *jurisdictio voluntario* как противопоставления *jurisdictio contentiosa* у римских юристов могло отсутствовать. Все это свидетельствует в пользу того, что противопоставление *jurisdictio voluntario* и *jurisdictio contentiosa* вполне вероятно появилось лишь в трудах глоссаторов.

И все же как в российской, так и во французской юридической литературе (прежде всего романистике) понятие *jurisdictio voluntario* часто используется для описания полномочий римских магистратов по рассмотрению бесспорных дел. Именно в этом смысле оно является общепризнанным. В таком значении это понятие будет использоваться и в этой работе.

Для того чтобы понять суть *jurisdictio voluntario* и ее отличие от *jurisdictio contentiosa*, необходимо сначала исследовать понятие *jurisdictio*, поскольку оно имеет родовое значение как для спорной, так и для добровольной юрисдикции.

Следует отметить, что понятие *jurisdictio* было известно римскому праву уже в период монархии (с 753 по 510 г. до н. э.).

Д.В. Дождев отмечает, что «с самого раннего периода своей правовой истории римляне различали особую судебную власть (*iurisdictio*), которой обладали цари, начиная с Ромула. Разбирая частные споры и конфликты, царь определял, что является *ius* (*ius dicere*), и выносил санкции за правонарушения»¹⁰.

В период республики полномочиями по *ius dicere* были наделены магистраты: «право государственных судебных магистратов организовывать для разрешения каждого отдельного спора судебное разбирательство присяжных судей, решающих дело по существу, называется юрисдикцией (*iurisdictio*)»¹¹.

Как полагает Д.В. Дождев, «*ius dicere*» относился к первой фазе гражданского судебного разбирательства (*in iure*), на которой устанавливалось существо дела и определялись подходящие процессуальные средства. Опираясь на свое право (*ius iuris dicendi*), магистрат (претор) предписывал судье, на каком основании выносить приговор по делу»¹².

Деятельность магистратов – консулов и преторов в легисакционном и формулярном процессах в стадии *in iure* – состояла в признании права иска и назначении судьи, в определении того, в чьих руках будет находиться спорный предмет до окончания спора, а также в наблюдении за регулярностью процессуальных действий, в признании искового права истца в случае, когда ответчик действовал вопреки предписаниям¹³.

Содержание юрисдикции римские юристы определяли «в трех священных словах» – *tria verba solemnna* (Маркобий, 1.16.14): *do, dico, addico*¹⁴.

Do (*dare*) означает назначение судьи, выбранного сторонами или магистратом, и полномочие предоставить тот или иной иск или отклонить его.

Dico (*ius dicere*) подразумевает все заявления магистрата, относящиеся к праву, которые следует применить в данном процессе.

Addico (*addicere*) подразумевает акты, которые трактуют право в пользу одной из сторон процесса (видимо, при отсутствии спора о праве)¹⁵.

Однако необходимо отметить, что понятие *jurisdictio* употребляется в источниках в различных смыслах (в широком и узком).

В широком смысле понятие *jurisdictio* обозначает власть римских магистратов в судебной сфере; в объем этого понятия включается широкий спектр полномочий магистрата – законодательных [издание эдиктов), административных (необходимых для выполнения судебной функции – *imperium mixtum*), судебных (разбирательство гражданских дел (в стадии *in jure* – в легисакционном и формулярном процессе)]¹⁶.

В узком смысле *jurisdictio* обозначает власть магистрата разбирать и разрешать гражданские дела путем исследования фактов и применения норм права. В этом контексте в понятие *jurisdictio* не включаются полномочия магистрата по исполнению судебных актов, вводу во владение недвижимым имуществом и т. д., т. е. *jurisdictio* противопоставляется *imperium mixtum*¹⁷.

Поскольку в *jurisdictio* одни источники включают, а другие противопоставляют ей *imperium*, без определения понятия *imperium* установить область применения понятия *jurisdictio* затруднительно.

В отличие от *jurisdictio*, понимаемой в узком смысле, *imperio* обозначает административную, полицейскую власть, которой также были наделены магистраты. *Imperio* разделяется на *merum* и *mixtum*. *Imperio merum* относится к власти магистрата в уголовно-правовой сфере. *Imperio mixtum* обозначает совокупность полномочий магистрата, необходимых для эффективного осуществления функции правосудия в гражданско-правовой сфере¹⁸. Среди полномочий, относящихся к *imperio mixtum*, источники называют полномочия по принудительному исполнению судебных актов, по принятию необходимых для проведения судебного разбирательства мер, в т. ч. мер по расследованию фактических обстоятельств дел, охранительных мер¹⁹.

Таким образом, понятие *jurisdictio* в римском праве обозначало полномочия магистрата, касающиеся осуществления им правосудия. Для осуществления правосудия магистрату требовались полномочия, различные по своей природе, как законодательные, административные, так и чисто судебные²⁰.

Итак, исследовав в общих чертах область применения понятия *jurisdictio* в римском праве, следует задаться аналогичным вопросом в отношении понятия *jurisdictio voluntario*.

В российской и во французской литературе, посвященной этому вопросу, отмечается, что понятие *jurisdictio voluntario* обозначает полномочия магистрата рассматривать и разрешать дела бесспорного характера²¹. Как отмечал L. Bonjean, «говорят, что магистрат осуществляет добровольную юрисдикцию, когда он участвует в урегулировании отношений граждан, но не путем разрешения спора, разногласия, а путем придания акту, который в его присутствии по обоюдному согласию совершают стороны, свойства публичности и достоверности (*solennite*), без которых акт сторон либо вообще не будет иметь правовой силы, либо будет иметь меньшую правовую силу. Слово "добровольный" означает не то, что магистрат может по своей воле удовлетворить просьбу граждан или отказать в ее удовлетворении, а то, что полномочия магистрата осуществляются *inter volentes*, т. е. между согласными, для подтверждения актов, которые граждане совершают по своей воле. При осуществлении добровольной юрисдикции магистрат никого не принуждает к исполнению, поскольку не разрешает спора (по крайней мере, серьезного спора), он санкционирует, ратифицирует, подтверждает, но не разрешает по существу, не принимает решений»²².

Ученые полагают, что *jurisdictio voluntario* осуществлялась двумя способами (в двух формах) в зависимости от типа римского процесса²³.

Первый способ – это рассмотрение бесспорных дел в порядке искового производства. Отличие порядка рассмотрения таких дел от порядка рассмотрения дел, в которых действительно имелся спор, заключалось в том, что процесс оканчивался на стадии *in jure* ввиду того,

что никакой необходимости осуществлять доказательственную деятельность при согласии сторон фиктивного, по сути, спора не было, а следовательно, не было необходимости в стадии *apud iudicio*.

Так, например, к бесспорным делам, рассматриваемым по правилам искового процесса *legis actiones*, относились дела *manumissio vindicta* (отпущение рабов на волю), *adoptio* (усыновление), *emancipatio* (эмансипация) и *in jure cessio* (уступка собственности)²⁴. В этих делах стороны не спорили между собой, но для придания своим действиям правовой силы вынуждены были участвовать в фиктивном исковом процессе. Исковой процесс применялся ввиду неразвитости иных процессуальных форм и по прошествии некоторого периода времени, в связи с появлением другой, более соответствующей бесспорному характеру дел формы, перестал использоваться в сфере *iurisdictio voluntario*.

Второй способ осуществления *iurisdictio voluntario*, возникший позднее, – это деятельность магистратов, связанная с внесением в судебный протокол (*gesta*) некоторых сделок, совершаемых при помощи табеллионов, в письменной форме. При этом некоторые сделки (дарение, вскрытие завещания) обязательно должны были быть «явлены» перед судами под страхом их недействительности, некоторые же вносились в судебный протокол по усмотрению контрагентов (купля, передача, сделки по опекунамским делам) с целью придания указанным актам свойства публичности, а также для приобретения возможности восстановления акта в случае его утраты²⁵.

Так, по закону Цинция о дарах и подношениях (*lex Cincia de donis et muneribus*) 204 г. до н. э. для совершения дарения свыше определенной суммы требовалось совершение *mancipatio* или *traditio*. Совершение же акта в форме *stipulatio* не имело юридических последствий. Со времени императора Константина *mancipatio* и *traditio* заменяются новой формой – внесением в судебные протоколы, без всякого различия, будет ли предмет дара передан или только обещан²⁶. Процедура внесения в судебные протоколы отдельных сделок называлась *insinuatio* (инсинуация) и заключалась в удостоверении магистратом акта, внесения его в протокол и выдаче заинтересованному лицу выписки из него²⁷.

Таким образом, видно, что на этапе своего зарождения добровольная юрисдикция осуществлялась в форме фиктивного искового процесса, который проводился по согласной воле обеих сторон. Видимо, поэтому юрисдикция магистрата в этой сфере получила название добровольной. Однако с развитием права, появлением новых форм процесса в Риме появляется и новая форма рассмотрения бесспорных дел – внесение актов в судебный протокол. Эта форма непосредственно не связана с судопроизводством, она является прообразом современной нотариальной формы деятельности.

Из этого можно сделать вывод о том, что римское право эволюционировало в направлении отказа от применения исковой формы рассмотрения бесспорных дел и создания упрощенной судебной формы их рассмотрения – инсинуации (внесения акта в судебный протокол).

Применительно к этой более поздней форме осуществления деятельности магистрата в сфере добровольной юрисдикции можно сказать, что она, скорее, похожа на форму административной, а не судебной деятельности. В этом смысле полномочия магистрата по внесению в судебный протокол бесспорных актов можно отнести не к *iurisdictio* магистрата, а к его *imperio mixtum*.

Как уже отмечалось выше, в источниках (пусть и не всегда последовательно) проводится разделение функций магистрата на *iurisdictio* и *imperium mixtum*²⁸.

Тем не менее среди полномочий, которые источники относят к *imperium mixtum*, отсутствуют полномочия по рассмотрению и разрешению бесспорных дел (дел особого производства). Означает ли это, что римские юристы проводили четкое различие между полномочиями магистрата в сфере рассмотрения бесспорных дел, наделяя их особым, юрисдикционным,

характером и иными полномочиями (*imperium mixtum*), которые были необходимы для осуществления юрисдикционной функции, но сами при этом не являлись юрисдикционными?

Учитывая отсутствие четкого указания в источниках на область применения понятия *jurisdictio voluntario* и принимая во внимание то обстоятельство, что в римском праве существовало две формы рассмотрения бесспорных дел, первая из которых, без сомнения, была юрисдикционной, поскольку являлась формой рассмотрения спорных дел, применявшейся на ранних этапах развития права и для рассмотрения дел бесспорного характера, и вторая, появившаяся позднее и, следовательно, учитывающая все особенности рассмотрения бесспорных дел, в отношении которой уже могут появиться определенные сомнения в ее юрисдикционности, думается, что ответить на этот вопрос можно отрицательно.

Могли ли полномочия магистрата, называемые сегодня *jurisdictio voluntario*, относиться не к *jurisdictio*, а к *imperio mixtum*? Думается, могли. Однако это касается только такой формы рассмотрения бесспорных дел, как внесение актов в судебный протокол.

В подтверждение тезиса можно сослаться на то обстоятельство, что в некоторых отрывках из Дигест Юстиниана, посвященных таким «классическим» делам добровольной юрисдикции, как эмансипация, усыновление, опека и попечительство, говорится об *imperio*, осуществляемом магистратом²⁹, и только лишь в одном фрагменте применительно к этим делам упоминается понятие *jurisdictio voluntario*.

Кроме того, косвенным подтверждением правильности утверждения является то обстоятельство, что магистраты могли своей властью манципировать себя, отпускать своих рабов на волю или совершить усыновление самого себя, в то время как юрисдикцию в отношении самих себя они осуществлять не могли (именно в римском праве был сформулирован принцип: «никто не может быть судьей в своем собственном деле»).

Так, в одном из фрагментов Дигест, принадлежащем перу Павла, отмечается, что «если сын семейства является консулом или презесом, то он может самого себя освободить из-под власти или совершить усыновление самого себя»³⁰, в другом фрагменте Модестин указывает: «по мнению Нерация, магистрат, в руках которого находится судопроизводство, может сам эманципировать своих сыновей и отдавать их в усыновление»³¹. В то же время Ульпиану принадлежат следующие строки: «Осуществляющий юрисдикцию не должен вершить суд ни по своим делам, ни по делам своей жены или своих детей, ни своих вольноотпущенников или лиц, которые находятся при нем»³².

Также можно привести в качестве примера наличие (в позднейшее время) у магистратов полномочий назначать несовершеннолетним опекунов *ex officio*³³. Осуществление же *jurisdictio*, как правило, возможно только в связи с обращением заинтересованных лиц (*petitio judex sine actore*).

По всей видимости, дела об усыновлении, эмансипации, отпущению рабов на свободу, опеке относились, скорее, к *imperio* магистрата, чем к *jurisdictio*³⁴.

Необходимо отметить, что некоторые французские авторы также полагали, что *jurisdictio voluntario* претора, консула или проконсула относилось, скорее, к их «праву управлять, нежели к их праву судить»³⁵. Это объясняется тем, что акты добровольной юрисдикции были необходимы лишь для сообщения определенным правоотношениям на будущее свойства бесспорности определенности, путем удостоверения их публичной властью.

Указанное обстоятельство может являться причиной, по которой данные полномочия не передавались частному судье – *judex*³⁶. Сама власть *imperio* не могла передаваться частному лицу³⁷. *Judex* выполнял другую роль – он лишь исследовал фактические обстоятельства и принимал решение, правовая составляющая которого была сформулирована магистратом, т. е. была заранее предписана судье. Поскольку по бесспорным делам не было необходимости

в исследовании доказательств и проведении судебного разбирательства, указанные дела могли эффективно разрешаться самими магистратами.

Таким образом, видно, что *jurisdictio voluntario*, осуществляемая в форме внесения актов в судебные протоколы, стоит, скорее, в одном ряду с современной нотариальной деятельностью, нежели с современным особым производством (в том виде, в котором оно закреплено в российском праве). Необходимость в деятельности магистрата вызвана вовсе не нуждой в осуществлении специальной деятельности, которую не мог бы осуществлять обычный чиновник, – правосудия, а особенностями организации римского государства и спецификой воззрений римлян, прежде всего на институты рабства, а также семьи и родительской власти.

Многие авторы полагали, что появление *jurisdictio voluntario* вызвано желанием римлян облечь сделки в форму, гарантирующую их действительность, с тем чтобы в случае спора можно было получать беспрепятственное исполнение по ним.

Так, Н.Л. Дювернуа, ссылаясь на мнение Ф. К. Савиньи, полагал, что свидетели, присутствие которых при совершении сделки было обязательным, выполняли в древнейший период римской истории ту же функцию, что позднее суд: гарантировали действительность сделки. Присутствие их являлось одним из обязательных условий формы сделки. «Для сделки нужны те же лица, которые нужны для суда. Между формами юридической сделки и формами гражданского процесса есть всегда известное соответствие: и тут, и там создается право. В римской практике процессуальные формы служили как средство для того, чтобы дать простому факту передачи вещи от одного лица другому юридическое значение (*in jure cessio*)»³⁸.

Смысл обряда манципации, в котором согласно римскому праву должны были участвовать пять свидетелей, может быть объяснен, по мнению уважаемого автора, только если предположить, что пять свидетелей являлись представителями пяти классов римского народа. Сам римский народ, присутствуя в виде своих «представителей» при совершении обряда манципации (т. е. при совершении сделки), гарантировал ее действительность и принудительную силу для сторон. «Таким образом, в сделке заключался как бы заранее произнесенный в присутствии всех классов народа приговор. Такова ее сила. В форме совершения таких сделок, в их составе, в их содержании можно различить такие элементы, что понятие сделки, понятие судебного решения, понятие закона, наконец, представятся нам в совершенно новом сочетании. Простой акт завещания будет заключать в себе элемент закона, это не сделка в нашем смысле – это по силе действия настоящий законодательный акт. Простой контракт включает опять не одну волю и соглашение частных лиц – в нем скрывается как бы заранее устанавливаемый приговор»³⁹.

Позднее, с усилением государственной власти, вместо пяти свидетелей является как гарант прав и обязанностей сторон по сделке... суд. Почему именно суд? Потому что суд, а точнее магистрат, который осуществлял и судебную и исполнительную власть, единственный имел власть в вопросах права.

Так, появление в римском праве более новой формы сделки, по сравнению с манципацией, – цессии, связывается с деятельностью магистрата, поскольку вместо свидетелей гарантом сделки теперь должен был быть представитель государственной власти. «Форма цессии весьма характеристична для юриспруденции, современной ее образованию. Сознав необходимость привлечения магистрата к совершению сделок, творцы цессии в то же время не нашли для этого лучшего средства, чем простое повторение той формы, которую уже до этого приняло соприкосновение магистрата с частными лицами. Это была форма процессуальная, и ее перенесли всецело в новую область»⁴⁰. И добавим, не просто форма процессуальная, но... исковая, а точнее *legis actio sacramento*. Кстати, следует отметить, что практически все сделки, которые совершались в судебной форме, могли совершаться и без участия суда. Это касается, например, и отпущения раба на волю и усыновления⁴¹.

Кроме того, в позднейшие периоды римского государства можно увидеть и одновременное существование различных органов власти (как суда, так и несудебных органов), осуществляющих деятельность по бесспорному удостоверению прав, охране права. Наряду с *jurisdictio voluntario*, осуществляемой магистратом, весьма схожую деятельность осуществляли и табеллионы или/и табулярии⁴².

Н.П. Ляпидевский, исследуя историю развития нотариата, выделял такую должность государственной службы в Римской империи, как табулярий. Табулярии – суть чиновники финансового управления, городские бухгалтеры, архивариусы⁴³.

По мнению Н.П. Ляпидевского, табулярии являлись чиновниками, в должностные обязанности которых входили многие действия, которые осуществляются сегодня судом при рассмотрении категорий дел особого производства, а также нотариатом. Так, например, табулярии осуществляли контроль законности усыновления, описывали имущество при вступлении в наследство, совершали подписи за неграмотных и слепых на актах, завещаниях. Присутствие табулярия при совершении указанных действий делало акты равносильными судебному акту⁴⁴.

В разные периоды существования Римской Империи деятельность, направленную на стабилизацию гражданского оборота и придания свойства достоверности частным актам, осуществляли табеллионы, табулярии, скриниарии, дуумвиры. Таким образом, потребность в охранительной деятельности государства обусловила (по крайней мере, в императорский период истории Рима) различные формы ее проявления – как судебные, так и несудебные⁴⁵.

И все же следует отметить одну особенность римской добровольной юрисдикции, которая практически отсутствует как в современном российском особом производстве, так и нотариальной деятельности. Эта особенность – возможность совершения большинства имеющих юридическое значение действий (эмансипации, усыновления и т. д.) как без обращения к магистрату, так и в форме рассмотрения дела в добровольной юрисдикции (хотя некоторые акты, например дарение, утверждение и вскрытие завещания, в императорский период подлежали обязательному занесению в судебные протоколы). То есть обращение к магистрату во многих случаях не было обязательным в отличие от современного особого производства или нотариальной деятельности.

Различные способы совершения юридически значимых действий предоставляли и различную степень гарантированности их соответствия праву, различную степень «защищенности» прав, порождаемых, изменяемых или прекращаемых такими действиями.

Обращение к магистрату было необходимо для придания правовым актам свойства публичности и достоверности, которые определяли невозможность их последующего пересмотра. Акты добровольной юрисдикции были окончательными, обладали законной силой судебного постановления, следовательно, в случае спора о праве, существование которого подтверждено в рамках добровольной юрисдикции, оно не требовало иных доказательств, кроме акта магистрата (выписки из судебного протокола). В отличие от этого совершение акта в иной форме не давало таких гарантий стабильности права. Следовательно, совершение акта при помощи магистрата выгодно отличалось от иных способов совершения акта. И все же еще раз необходимо отметить: обращение к магистрату во многих случаях не было обязательным. То есть субъектам права предоставлялась возможность самим выбирать тот или иной способ совершения имеющих юридическое значение актов (действий). Это обстоятельство в т. ч. объясняет и то, почему юрисдикция магистрата по совершению таких актов, носила название «добровольной».

Из вышеизложенного видно, что исковая форма рассмотрения бесспорных дел в римском праве была заменена более простой судебной формой – внесением актов в судебный протокол. Последняя судебная форма вовсе не является прообразом современного особого производства в гражданском процессе, а, скорее, прообразом современного нотариата. Боль-

шинство функций, выполняемых магистратом при осуществлении *jurisdictio voluntario*, осуществляются сегодня нотариусами.

Это вовсе не случайно. Как будет показано далее, добровольная юрисдикция в том виде, в каком она сформировалась в западной Европе, представляет собой вовсе не одно лишь судебное производство по бесспорным делам. В рамках добровольной юрисдикции осуществляет деятельность и нотариат, и органы регистрации прав на недвижимое имущество, и органы записи актов гражданского состояния. Указанные виды деятельности носят бесспорный характер и направлены на выполнение одной цели – охраны (защиты) бесспорных гражданских прав. Многие из них в своем прошлом осуществлялись судами в рамках добровольной юрисдикции, т. е. они имеют общие корни. Только в средние века разрешение бесспорных дел стало осуществляться несудебными органами (для их рассмотрения были созданы специальные органы), и постепенно после появления теории разделения властей эти несудебные формы осуществления добровольной юрисдикции стали причисляться к формам осуществления исполнительной власти.

Указанные обстоятельства позволяют рассматривать исторические предпосылки появления особого производства в гражданском процессуальном праве в достаточно широком аспекте – как определенную эволюцию форм разрешения бесспорных гражданских дел. Эти формы, конечно, в настоящее время не являются формами судебными, многие из них стали функционировать в рамках исполнительной власти, однако в исторической перспективе большинство из них имеют одну исходную точку – *jurisdictio voluntario* и одну цель – охрану (защиту) бесспорных гражданских прав.

Совокупность таких форм охраны или защиты бесспорных гражданских прав можно назвать бесспорной юрисдикцией⁴⁶. Применение понятия юрисдикция в этом смысле, конечно, не совсем корректно, поскольку оно связывается прежде всего с судебной властью и правосудием⁴⁷. Однако, учитывая то обстоятельство, что историческое развитие форм разрешения бесспорных дел проходило без учета концепции разделения властей (которой просто не существовало), мне кажется возможным использовать понятие «бесспорная юрисдикция», определенное указанным выше образом.

В заключение следует акцентировать внимание на том, что история римского права подтверждает неэффективность применения состязательного типа процесса для рассмотрения бесспорных гражданских дел. Тенденция упрощения процессуальной формы рассмотрения бесспорных дел, которая обнаруживается еще в римском праве, незаслуженно игнорируется в современный период развития гражданского процессуального права. Усложнение процессуальной формы рассмотрения бесспорных дел не только не повышает эффективность их разрешения, но может наблюдаться и прямо противоположный эффект.

§ 2. История развития бесспорной юрисдикции во Франции

2.1. Бесспорная юрисдикция во французском праве в эпоху Средневековья

После распада Западной Римской империи в V веке нашей эры на ее бывшей территории расселились многочисленные варварские племена: готы, франки, бургунды, алеманы, англ, саксы и др. На территории современной Франции проживали в различные периоды вестготы, бургунды, саксы. Однако особую роль в истории Западной Европы, и в частности Франции, было суждено сыграть салическим (приморским) франкам⁴⁸. Создание государства салических франков связывается с именем вождя франков Хлодвиг и относится к концу V – началу VI века⁴⁹. Государство салических франков не имело четких территориальных границ, но в

целом простиралось от среднего течения Рейна до Пиренеев, охватывая территорию северной Галлии.

Политическая организация народов Европы до XI века, в т. ч. и в период расцвета государства салических франков, представляла собой сложную структуру, включавшую местные образования (как правило, сотни, «виллы» или деревни), сеньории, племенные (клановые) образования, крупные территориальные образования (герцогства, княжества), королевства⁵⁰.

Право различных народов, населявших государство франков, носило племенной характер. Каждое из племен имело собственное право, четко не сформулированное в письменных актах, а носившее характер обычая⁵¹.

В то же время на территории государства франков проживали и римляне, особенно это касается южных районов Галлии. В районах преимущественного проживания римлян было сохранено муниципальное самоуправление, сложившееся в Западной Римской империи, римляне могли руководствоваться в отношениях между собой римским правом⁵².

В южных районах франкской империи дела добровольной юрисдикции рассматривались магистратами. Как отмечает Н.П. Ляпидевский, «нотариальная функция курий продолжает существовать в прежнем объеме, что прямо открывается из сборников формул настоящего периода. Не только совершение, но и вскрытие как нотариальных, так и частных тестаментов пред курией сохраняют прежний порядок. То же нужно сказать о дарственных. Кроме того, из сборников формул мы усматриваем, что утверждение опекуна, выдача доверенности и заявление об утрате документов совершались в это время в курии»⁵³.

У различных варварских племен (особенно в местностях, где влияние римского уклада жизни было менее сильным) правосудие осуществлялось, как правило, общим собранием народа (фолькмотом), проживающего в данной местности. Участие совершеннолетних членов общины (мужчин) в народном собрании было обязательным. У франков сотенное собрание, осуществлявшее функции правосудия, называлось малюс (mallus). На собрании председательствовал тунгин, т. е. сотенный судья, который выбирался народным собранием. В судебном заседании также участвовали рахинбурги (знатоки права), которые формулировали решение суда и представляли его на утверждение народного собрания. Принудительное исполнение решения осуществлялось графом (должностным лицом короля)⁵⁴.

Необходимо отметить, что фолькмоты собирались не только для разрешения споров, но и чтобы давать советы, мирно обсуждать любые вопросы. Мудрецы, присутствующие на общем собрании, высказывали свои мнения, стараясь удержать собрание домов вместе, на этом же собрании и разрешались конфликты, при помощи обычных норм права находилась справедливость (riht, англ. «right», нем. «Recht»)⁵⁵.

Поскольку общее собрание народа являлось, по сути, главным органом управления жизнедеятельностью общины (не только судом), можно предположить, что именно фолькмот или малюс были призваны разрешать и дела бесспорного характера, такие как назначение опекунов, усыновление, свидетельствование воли членов общины и т. д.

И действительно, подтверждение такому выводу можно найти в одной из самых ранних варварских правд, известных науке.

Короли варваров, «вдохновленные церковными советниками», издавали сборники племенных и местных законов (варварские правды, *leges barbarorum*). Именно из этих сборников современная наука черпает знания о народном праве этого периода⁵⁶.

Самая ранняя из дошедших до нас в полном виде варварских правд – Салическая правда (*Lex Salica*), изданная в 496 г. королем салических франков династии Меровингов – Хлодвигом. Из этого памятника истории права следует, что именно малюс, или сотенное собрание, либо сам король, который обладал юрисдикцией в последней инстанции, были призваны раз-

решать и дела бесспорного характера⁵⁷. Причем, несмотря на то что сами обряды, которые использовались при разбирательстве таких дел, обладали существенной спецификой в сравнении с римскими, они имели с последними и общие черты. В этом смысле совершенно точно замечание Н.П. Ляпидевского: «В претворении старого и нового начала, в примирении противоположностей того и другого заключается все содержание истории в продолжении многих веков после падения Рима»⁵⁸.

Так, в титуле XXVI Салической правды «О вольноотпущенниках» говорится о таком способе отпущении литов (рабов) на волю, как отпущение в присутствии короля через денарий (денежная единица). В титуле XLIV Салической правды описан обряд, который должен быть совершен мужчиной, желающим взять в жены вдову. Обряд должен быть проведен перед тунгином или центенарием в судебном заседании (а значит, в присутствии членов общины). На этом заседании три человека должны предъявить три иска, после чего три человека должны взвесить три солида и один денарий, и после этого по взаимному согласию можно совершить новый брак, уплатив в качестве возмещения (*geirpus'a*) близким вдовы три солида и один денарий. В случае сочетания браком без обряда новый муж должен был уплатить в качестве возмещения большую сумму (2500 денариев, что составляет 63 солида). Описанный выше обряд напоминает римскую манципацию, где также должны были присутствовать весы для взвешивания. Также этот обряд напоминает римскую эмансипацию, при которой необходимо было совершить три раза продажу сына, после чего новый *paterfamilias* мог освободить его из-под отеческой власти.

Также можно привести в качестве примера титул XLVI Салической правды «О передаче имущества». В нем описан весьма схожий с вышеупомянутым обряд, который должен совершить человек, желающий при жизни передать наследственное имущество. Обряд проводился перед тунгином или центенарием в судебном заседании. Три человека должны были предъявить три иска, после чего наследодатель должен был бросить в полу выбранного им человека (который не должен приходиться ему родственником) стебель (символ имущества) и должен объявить ему, кому и какое имущество он хочет передать. После этого человек, который уполномочен передать имущество наследодателя, должен остаться в его доме, пригласить троих или более гостей (свидетелей) и хранить вверенное ему имущество. Через год он должен в присутствии короля или в судебном собрании бросить стебель в полу наследников (передать им вверенное на хранение имущество).

По-видимому, указанный обряд использовался салическими франками в качестве формы усыновления. Такое мнение высказано Е. Santinelli в статье «Преемственность или разрыв? Усыновление в праве Меровингов»⁵⁹. По мнению уважаемого автора, ввиду того что усыновление вплоть до XV века практически не практиковалось в Европе, а формы римского усыновления – *adoptio* и *adrogatio* – не применялись, для усыновления (в крайне редких случаях, когда оно осуществлялось) использовалась форма *affatomie* (именно об аффатомии речь идет в титуле XLVI Салической правды, хотя, казалось бы, речь идет о наследовании или дарении). Данный обряд позволял передать наследство при жизни наследодателя, т. е. наследник получал имущество и таким образом становился членом семьи наследодателя.

Однако важно не материально-правовое значение действий, совершаемых по правилам указанных выше обрядов, в т. ч. и аффатомии, а то, что согласно указанным статьям Салической правды, эти действия, при отсутствии спора, осуществлялись перед судом (собранием народа). Перед народным собранием должны были совершаться и другие имеющие правовое значение действия, в т. ч. составляться документы о важнейших договорах, причем не только у салических, но и у рипуарских франков, баваров, алеманов и других племен⁶⁰.

Указанные обряды были направлены на придание свойства публичности, бесспорности имеющим правовое значение действиям, которые совершались в их форме. Потребность в

сложных обрядах была вызвана неразвитостью письменных средств закрепления правового положения членов общества и совершаемых ими правовых актов. Обряды помогали членам общины лучше запоминать важные для человека правовые действия, с тем чтобы исключить возможные в будущем споры, связанные с ними.

Также необходимо отметить и особую роль частных писцов или нотариусов (*notarii*), которые, пользуясь определенными формулами, основанными на римских правовых традициях, должны были облекать в правовую форму юридические сделки. Оформляя юридический документ, нотариус не мог придать ему публичного значения судебного акта, поскольку не выполнял каких-либо публичных функций. Для придания документу публичности необходимо было его оглашение перед народным собранием, а в каролингскую эпоху, после придания правосудию и нотариату государственного характера (капитулярии 803 г. и 843 г.), составление документа перед графом или скабинами (судьями).

Кроме того, как пишет Н.П. Ляпидевский, в указанную эпоху нередко были случаи, когда нотариусы избирались судьями (скабинами), или городскими судьями и, следовательно, выполняли обе функции: и нотариальную, и функцию правосудия⁶¹. В Италии (за исключением Рима, где это произошло лишь в XIII в.) в эпоху с VIII по XII вв. также отмечается превращение табеллионов (скриниариев) в судей по бесспорным делам. Так, А. de Bouard отмечает, что в Италии частные писцы, составлявшие письменные акты для светских лиц и церковнослужителей, в указанный период становятся судьями по бесспорным делам ввиду придания составляемым ими актам свойства публичности и исполнительной силы⁶².

Таким образом, следует прийти к выводу, что и в государстве франков рассмотрение и разрешение бесспорных гражданских дел весьма напоминало формы их рассмотрения, сложившиеся в римском праве. Здесь были и судебные обряды для отдельных категорий дел и свидетельствование судом юридических актов, составленных писцами (нотариусами)⁶³. Важно, что именно орган, осуществляющий правосудие, рассматривал и дела добровольной юрисдикции. Однако это обусловлено не столько важностью дел бесспорного характера, сколько особенностями организации политической власти как в Римской Империи, так и в государстве франков.

Итак, после падения Западной Римской империи на исторической арене появляются новые народы, имеющие свои традиции, обычаи, религию и право. Римское право оказывает влияние на правовые обычаи варваров (прежде всего через каноническое право Византии), но до XII в. оно не является значительным, можно сказать, что оно практически незаметно. Однако и обычное право германцев содержит примеры судебных обрядов, применяемых для рассмотрения бесспорных дел. Правила их проведения, так же как и в римском праве, не имеют соответствующей систематизации, не представляют собой еще особого производства, понимаемого как система правил, регулирующих однородные по ряду признаков судебные процедуры.

Существенные изменения западноевропейское право (французское в т. ч.) претерпело в XII–XIII вв.

Необходимо отметить, что о французском государстве вплоть до конца XII в. можно говорить весьма условно. Хотя историография считает, что первым французским королем был Карл Лысый, которому по Верденскому договору, заключенному между внуками Карла Великого в 843 г., отошла часть земель современной Франции, тем не менее до XII в. Франция представляла собой конгломерат многочисленных сеньорий разных размеров с различным в этническом отношении составом населения⁶⁴.

Обособленным королевством с более или менее четкими территориальными границами Франция стала при «первом великом короле и основателе французского государства и французского королевского права» Филиппе II (Филиппе-Августе) (1180–1223)⁶⁵.

На территории различных сеньорий Франции действовали собственные обычаи – кутюмы. В правовом смысле Франция делилась на Север, где действовало обычное право – кутюмы (Страна неписаного права), и Юг, где особенно ощущалось влияние римского права и имелись письменные источники права (Страна писаного права). Различия в правовом развитии юга и севера страны были весьма значительными. Это касается и добровольной юрисдикции, в том смысле, что на юге действовали одни формы ее осуществления, тогда как на севере страны – другие. Процесс унификации этих различных форм начался только с появлением во Франции абсолютной монархии, а был закончен только после революции.

Как уже отмечалось, на юге Франции были сохранены органы муниципального управления, установленные во время существования Западной Римской Империи, а также были восприняты римские традиции в области осуществления правосудия и добровольной юрисдикции. Географическое соседство с северной Италией определило тесные торговые связи, что, в свою очередь, привело к постоянной циркуляции населения (особенно торговых людей) с юга Франции на север Италии и наоборот. Поскольку во время средневековья каждый пользовался своим правом независимо от места нахождения суда, периодическое пребывание большого количества населения северной Италии (итальянских купцов) на юге Франции постепенно привело к восприятию там права лангобардов.

Вплоть до IX–X вв. в северной Италии (находившейся под властью лангобардов) акты добровольной юрисдикции составлялись в форме, весьма напоминавшей римскую *in iure cessio*. Так, передача недвижимого имущества (фактически по договору купли-продажи или дарения) осуществлялась в форме фиктивного искового процесса по иску о виндикации. Ответчик признавал требования истца (*confessio in iure*), и процесс заканчивался судебным решением об удовлетворении иска⁶⁶. Решение имело все свойства законной силы, следовательно, предоставляло сторонам договора максимум юридических гарантий стабильности правоотношений.

Такая форма бесспорной юрисдикции характерна и для юга Франции.

В то же время на севере Франции эта форма осуществления бесспорной юрисдикции была неизвестна. Все акты, которым лица хотели придать свойство публичности, должны были совершаться на малюсе (народном собрании) в эпоху Меровингов и перед судьями (эшевенами, скабинами) в эпоху Каролингов. Судьи и члены общины, присутствующие на суде, выступали свидетелями добровольности акта. В случае возникновения спора, указанные лица, в т. ч. сами судьи, выступали в качестве свидетелей в суде, разбирающем спор. Такая форма осуществления добровольной юрисдикции называется французскими авторами системой *record*, она основывается на свидетельских показаниях, а не на составлении письменного акта. Указанная форма просуществовала на севере Франции вплоть до XII в⁶⁷.

На юге Франции в связи с развитостью торгового оборота с севером Италии и наличием традиции письменного закрепления юридических актов, формы осуществления добровольной юрисдикции эволюционировали быстрее. Так, в IX в. на севере Италии появляется новая судебная форма бесспорной юрисдикции – *ostensio cartae*, которая была воспринята и некоторыми французскими городами⁶⁸. Указанная процедура возникла впервые, по всей видимости, в итальянском городе Павии в конце IX в. Она не была похожа ни на процедуру инсинуации (внешение записи в судебные протоколы – *gesta*), ни на оглашение акта перед народным собранием или судьями с тем, чтобы потом при необходимости использовать их свидетельские показания. Процедура *ostensio cartae* заключалась в следующем. Лицо, желающее придать имеющему юридическую силу акту свойство публичности (будь то гражданско-правовой договор или односторонняя сделка), при помощи частных писцов составляло акт в письменной форме (*charte*), затем являлось с ним в суд и просило суд удостоверить акт путем нанесения на него записи об удостоверении (*notice judiciaire*). Если акт был двусторонним, то при удостоверении его судом

должна присутствовать и вторая сторона, которая при помощи признания должна согласиться с приданием акту свойства публичности⁶⁹. Однако с XI в. при утверждении акта признание второго лица уже не требовалось, и суд мог утвердить акт в присутствии сторон без совершения ими каких-либо процессуальных действий⁷⁰.

В течение XI в. на севере Италии осуществление добровольной юрисдикции постепенно передается в компетенцию *notarius publicus* (публичных нотариусов) – нового явления в правовой жизни итальянских городов⁷¹.

Как уже отмечалось, эволюция нотариата, представлявшего собой организованные сообщества писцов, не обладавших никакими публичными полномочиями, осуществлявшими свою деятельность в различных итальянских городах, привела в итоге через привлечение нотариусов к исполнению судебных полномочий (как людей, умевших писать и знавших право) к появлению судей-нотариусов. То есть, нотариус являлся одновременно и составителем актов частных лиц в качестве писца и заверяющим, придающим актам свойство публичности, судьей. Кроме того, нотариус, выполняя роль судьи, рассматривал и спорные гражданские дела.

Следующим этапом этой эволюции было разделение функций правосудия и рассмотрения бесспорных дел (придания актам свойства публичности). Для осуществления последней нотариусам (действовавшим уже не в качестве судей, а рамках своей, нотариальной функции) были переданы полномочия судов по составлению и приданию актам частных лиц свойства публичности, а суды перестали осуществлять эти функции. При составлении и подписании акта таким нотариусом, они имели повышенную доказательственную силу в судах и неоспоримо подтверждали существование правоотношений.

Таким образом, если ранее полномочия в сфере добровольной юрисдикции принадлежали судам и осуществление их нотариусом было случайным делом, обусловленным тем, что некоторые нотариусы выбирались в судьи и соответственно осуществляли одновременно и правосудие, и нотариальные функции, то теперь сами полномочия по разрешению бесспорных дел были исключены из компетенции судов и переданы нотариату.

Нотариусы перестают быть судьями (как по спорным, так и бесспорным делам) и становятся должностными лицами, обладающими публичными полномочиями по разрешению бесспорных дел. Таким образом, «в XI и XII в. их полномочия все более уточнялись и в итоге *notarius publicus* стали единственными лицами, которым было поручено рассмотрение бесспорных дел. Свои полномочия, таким образом, они получили от судов, которые перестали заниматься этими вопросами. Главной обязанностью нотариата стало составление *instrumenta publica*»⁷².

Создание на севере Италии публичного нотариата привело к появлению похожего института и на юге Франции. С XII в. в городах, расположенных на юге Франции, отмечается появление нотариусов, снабженных публичными полномочиями по удостоверению актов частных лиц (такие нотариусы появляются в указанную эпоху и в городах, и в сеньориях, и в церкви)⁷³.

На севере Франции в то же время вплоть до XII в. все акты добровольной юрисдикции должны были быть явлены перед судами, однако не заносились в судебные протоколы. Судьи становились свидетелями совершения акта в случае последующего спора о нем⁷⁴.

На севере рассмотрение бесспорных дел традиционно признавалось функцией государственной власти, выполнение которой обеспечивали суды (однако сама власть принадлежала не только королю, но и частично сеньорам, церкви, свободным городам, следовательно, и дела бесспорные дела рассматривались различными судами).

В XI–XII веках ситуация меняется и на севере страны. Север и юг постепенно сближались в политическом смысле, образуя единое правовое пространство. Поэтому не только с юга страны привносились новые элементы в юридическую практику севера, но и наоборот.

Необходимо отметить, что домен короля находился на севере Франции, поэтому с усилением королевской власти реформы, проводимые королем в своем домене, постепенно стали приобретать значение и для юга Франции.

В XI в. в домене короля были созданы превотства (округа), которыми управлял чиновник короля – прево; в конце XII в. возникают более крупные административные единицы – бальяжи, включающие несколько превотств⁷⁵. Именно прево и бальи – королевские чиновники призваны были осуществлять правосудие на вверенных им территориях, т. е. были судьями. Они же рассматривали бесспорные дела, придавая актам сторон свойство публичности, при помощи заверения их собственной судебной печатью.

В этот же период (X–XIII вв.) на севере Франции практически исчезает нотариат в том виде, в котором он был образован капитуляриями 803 г. и 843 г., т. е. в виде писцов, состоявших на государственной службе, акты которых могли обладать публичной силой, только если составлены в присутствии суда.

Их исчезновение объясняется возрастающей монополией церкви в области бесспорной юрисдикции и появлением права печати, согласно которому для придания акту свойства публичности необходимо было проставить на нем печать лиц, совершивших его, либо их сеньора⁷⁶. Печатью могли обладать все праводееспособные, могущие без согласия других лиц распоряжаться своим имуществом⁷⁷. Однако публичная достоверность и исполнительная сила признавалась только за актами, заверенными печатями, принадлежавшими королевской канцелярии, сеньориальным судам, епископам, монастырям и городским судам⁷⁸.

Таким образом, заверение акта печатью юрисдикции – новая форма бесспорной юрисдикции.

Как отмечает Н.П. Ляпидевский, основываясь на работе Ф. де Бомануара «Кутюмы Бовези» (XIII в.), «по Бомануару документы, утвержденные печатью, как скоро подлинность ее была вне всякого сомнения, имели абсолютно доказывающую силу» и «присутствие на документе печати, признанной в подлинности ответчиком, вело за собой исполнительный процесс»⁷⁹.

Также следует отметить, что к концу X – началу XI в. большое влияние на государственную власть приобрела церковь, которая стала претендовать на обладание юрисдикцией по ряду дел спорного и бесспорного характера, как с участием клира, так и мирян. К этому времени церковь уже располагала большим количеством письменных источников права, «жила по римскому праву».

Церковь имела существенное политическое влияние, обладала собственным сводом правовых норм (основанных на римском праве), а епископы и кардиналы, назначавшиеся светскими властями, имели собственные политические амбиции, что привело в итоге к конфликту с королевской властью, известному как Папская революция (1075–1122)⁸⁰. Однако ко времени становления французского государства итоги Папской революции в Европе уже были ясны. Укрепление королевской власти в этот период происходило и за счет ограничения юрисдикции церкви по ряду дел, в т. ч. бесспорного характера.

Таким образом, к концу XIII в. во Франции рассмотрением бесспорных гражданских дел занимались публичные нотариусы, церковнослужители от имени церкви, суды сеньора от имени сеньора, бальи и прево от имени короля, городские судьи от имени города. Французский исследователь L. Carolus Barre пишет об этом периоде в истории бесспорной юрисдикции (применительно к северу Франции) следующее: «Известно, что в XIII веке лица, желающие иметь документ (подтверждающий совершение акта дарения, продажи, обмена и т. д.), обладающий повышенной доказательственной силой в суде, обращались с просьбой о его составлении либо к светской власти (король, граф, сеньор, бальи, прево, судьи городов), либо к церковной власти (епископ, архидьякон, официал, настоятель, аббат и т. д.), и они после уплаты соответ-

ствующего взноса редактировали акт и прилагали к нему свою печать. Могло случиться, что лица просили составить документ, заверенный печатью, в отношении одного и того же юридического акта у двух, даже у трех различных властей. Эти документы, составленные в отношении одного юридического акта, различными, имеющими судебную власть лицами, были необходимы, когда их представляли в различные суды (*имеется в виду, что поскольку правосудие осуществлялось различными органами – церковью, сеньорами, королевскими чиновниками, то для каждого из таких судов составлялся свой документ, заверенный печатью именно этого суда – А.А.*). Однако именно церковные суды, используя престиж церкви и более совершенную ее организацию, составляли большинство контрактов: официалы епископа, официалы архидьякона, настоятели церквей, даже простые кюре, «снабженные властью официала», захватили почти полностью всю область бесспорной юрисдикции. Таким было, в целом положение на севере Франции в эпоху около даты смерти Луи Святого (1270)⁸¹.

Около 1280 г. королем был издан ордонанс об организации бесспорной юрисдикции⁸². Согласно этому ордонансу в городах учреждались должности двух прюдомов, или выборных членов суда, которые должны были удостоверить частные акты. Указанные прюдомы (или аудиторы) имели полномочия придавать актам свойство публичности, у них были собственные печати. Однако акты, составленные ими, должны были запечатываться и заверяться печатью бальи (который не нес ответственности за их содержание). Неоспоримым доказательством совершения правового акта в светских судах могли являться только акты, заверенные двумя прюдомами и печатью бальи. Документы, совершенные церковнослужителями и заверенные их печатями, признавались по своей доказательственной силе равными показанию свидетеля.

Смысл положений этого ордонанса видится L. Carolus Barre в том, чтобы, во-первых, ограничить власть церкви в области бесспорной юрисдикции, во-вторых, устранить сложности, возникшие у бальи при выполнении этой функции. Дело в том, что бальи был разъездным королевским судьей, который попутно должен удостоверить акты бесспорного характера. Естественно, при наличии других функций бальи плохо справлялся с функцией удостоверения актов (не читал и не проверял их). Кроме того, поскольку в определенном городе он бывал строго ограниченный период времени (сессия), после чего отправлялся судить в другой город своего округа, людям приходилось долго ждать, чтобы удостоверить свои акты⁸³.

Также, по всей видимости, опыт южных территорий Франции, где уже набирал силу институт публичного нотариата, был учтен при попытке реформирования добровольной юрисдикции на севере Франции⁸⁴.

На юге страны положение нотариусов, обладающих публичными полномочиями, было узаконено ордонансом Филиппа Красивого от 1304 г. Указанным ордонансом король учреждал должность королевского нотариуса, которому передавались публичные полномочия по удостоверению актов частных лиц. Составленные ими инструменты (акты), согласно ордонансу, могли действовать на всей территории Франции, а не только в месте их совершения. Однако этим ордонансом вовсе не запрещалось сеньорам, церкви и свободным городам назначать своей властью местных нотариусов, инструменты (письменные акты) которых признавались аутентичными только в местных судах⁸⁵.

Тем не менее во многих городах на севере Франции ввиду неразвитости публичного нотариата были созданы специальные должности государственной службы – хранителей печати (*garde de sceau*). Они были призваны проставлять на актах добровольной юрисдикции печать первотства или бальяжа и действовать тем самым вместо бальи или прево, придавая актам свойства публичности. Вместе с тем с XIV в. на севере Франции во всех судебных канцеляриях учреждается должность табеллионов, которые являются сначала просто писцами, а затем хранителями печати; им передаются полномочия по выдаче исполнительных (*grosse*) и обычных копий заверенных актов.

Таким образом, на севере Франции в XIV в. акты добровольной юрисдикции составлялись различными клерками низшего ранга (*notaires jures, auditeurs, clerics jures, lieutenants*), которые должны были вести реестр всех составляемых ими актов (реестры должны были передаваться на хранение в суды), а затем удостоверяться хранителями печати при помощи приложения печати юрисдикции (суда). Исполнительную же копию акта выдавали табеллионы⁸⁶.

В XV–XVII вв. все эти должности объединяются в одну – королевский нотариат. Различие между севером и югом Франции в сфере осуществления функции по рассмотрению бесспорных гражданских дел стирается. Главным отличием можно назвать только то, что на севере Франции составляемые нотариусами акты должны были быть удостоверены приложением печати юрисдикции (судебной печати), а значит, составлялись от имени государства, тогда как на юге Франции достаточно было одной подписи нотариуса, который, следовательно, составлял акт от своего имени как носитель властных публичных полномочий⁸⁷.

Таким образом, видно, что в конце XIII – начале XIV в. усиление королевской власти во Франции приводит к постепенной монополизации ею функции осуществления бесспорной юрисдикции. В этот период полномочия судов по приданию свойства публичности частным актам переходят к специально созданным для выполнения этой функции чиновникам (хранителям печати, публичным нотариусам)⁸⁸.

Нотариат становится органом бесспорной юрисдикции. Французские исследователи отмечают большое количество нотариальных актов XIV–XV вв., которыми производилось усыновление, подтверждался факт бракосочетания, удостоверяться завещания, подтверждались факты принятия лиц под опеку или попечительство, признавались незаконнорожденные дети и т. д.⁸⁹.

Из вышеизложенного можно сделать вывод, что в средние века осуществление добровольной юрисдикции в сфере придания частным актам свойства публичности из компетенции суда было передано в компетенцию специально созданного органа – публичного нотариата.

Однако специализация нотариата на составлении и удостоверении актов частных лиц не позволяла передать в их компетенцию ряд бесспорных дел, в которых важное значение имел публичный интерес. Например, составление актов гражданского состояния, регистрация прав на недвижимое имущество традиционно не входили в сферу нотариальных функций. Но указанные сферы традиционно имели тесное соприкосновение с судебной властью.

Так, весьма похожую на институт нотариата эволюцию претерпел и институт регистрации прав на недвижимое имущество.

Не останавливаясь детально на исследовании истории регистрации прав на недвижимое имущество во французском праве, отметим только, что укрепление права на недвижимое имущество осуществлялось сначала путем торжественной передачи недвижимого имущества в суде – *pantissement* (в некоторых областях Франции с предварительным публичным вызовом), затем – путем записи в судебную книгу, позднее – путем регистрации и занесения в реестры, которые велись специальными канцеляриями, возглавляемыми специальными чиновниками – секретарями (позднее – хранителями ипотек), осуществляющими деятельность под надзором суда. После революции 1789 г. и по настоящее время деятельность по регистрации прав на недвижимое имущество осуществляется без специального надзора со стороны суда специальными бюро хранения ипотек во главе с Генеральным бюро хранения ипотек в Париже⁹⁰.

Необходимо отметить и то, что институт регистрации актов гражданского состояния, хотя и стоит несколько особняком (в том смысле, что он не имеет исходной точкой своего развития судебную форму), также претерпел похожую эволюцию. Так, вплоть до XIII в. во Франции ведение реестров актов гражданского состояния, по-видимому, не велось (по крайней мере, сведения об этом отсутствуют)⁹¹. С XIII в. в монастырях начинают вести различные списки прихожан, прежде всего с финансовой целью (прихожане должны платить различные

подати (пасхальные и др.)). Позднее (с XIV в.) в церквях установилось правило регистрировать крещение, бракосочетание и смерть прихожан, о чем заносятся записи в специальные реестры. В каноническом праве постепенно появляются нормы, регулирующие эту область отношений [в частности, в связи с требованием светских властей учесть необходимость согласия родителей на брак (в каноническом праве брак – таинство, для которого достаточно воли брачующихся)], появляются правила вызывного производства (необходимость публичного объявления о предстоящем браке на воскресных мессах, влекущего при отсутствии выраженного несогласия со стороны кого-либо на брак утрату такого права в дальнейшем)⁹².

Однако со временем осуществление функции по регистрации актов гражданского состояния начинает регулироваться королевскими ордонансами, т. е. эта область добровольной юрисдикции также постепенно монополизирована королевской властью. Так, ордонансом от августа 1539 г. (*L'ordonnance de Villers-Cotterets*) предписывается ведение церковных реестров от имени королевской власти (т. е. кюре теперь выполняют государственную функцию, по выражению С. Dugas de la Boissonny, «является представителем юстиции»). Кроме того, ст. 52 указанного ордонанса устанавливает необходимость заверения актов рождения и смерти, составленных церковнослужителями, подписью нотариуса. Статьей 53 предусмотрено, что реестры актов гражданского состояния должны каждый год сдаваться на хранение в канцелярию суда королевской юрисдикции (суды баляжей или сенешальств)⁹³.

Дальнейшее регулирование вопросов регистрации актов гражданского состояния осуществлялось ордонансами от 1579 г., 1667 г., декларацией от 1736 г. В частности, согласно ордонансу от апреля 1667 г. реестры актов гражданского состояния должны открываться, нумероваться и парафироваться королевским судьей (ведение их по-прежнему поручено церкви)⁹⁴. В соответствии с эдиктом от ноября 1787 г. реестры актов гражданского состояния в отношении протестантов могли вести как священники католической церкви, так и королевские судьи⁹⁵.

Таким образом, видно, что в области регистрации актов гражданского состояния большую роль играли органы правосудия – королевские суды (эта традиция сохранилась во Франции и сегодня, о чем речь пойдет далее).

После французской революции 1789 г. положение дел принципиально не изменилось, и только в связи с провозглашением светского государства функции по ведению реестров актов гражданского состояния были переданы представителям органов местного самоуправления.

Необходимо отметить, что на протяжении всей истории добровольной юрисдикции во Франции в судебную компетенцию неизменно входили, наверное, лишь дела об опеке и попечительстве.

Так, Вонсенне отмечал, что назначение опеки и попечительства в средние века относилось к компетенции сеньориальных судов и входило в область «высокого правосудия» (компетенция сеньориальных судов делилась на «низкое», «среднее» и «высокое» правосудие)⁹⁶. В средние века опека назначалась в случае смерти отца ребенка и наличия кредитора, желающего удовлетворить свои требования из наследственного имущества. Для того чтобы сохранить имущество и отвечать по долгам умершего, необходимо было назначить опекуна.

Дело возбуждалось по ходатайству прокурора (как гаранта публичных интересов). Суд должен был принять меры к описи наследственного имущества. Также суд должен был распорядиться о созыве семейного совета, состоящего из родственников ребенка по отцовской и материнской линии. Вызов в суд родственников, входящих в семейный совет, должен был осуществить прокурор. Члены семейного совета должны были принести клятву о том, что будут честно выполнять порученную им миссию, после чего они удалялись на совещание, целью которого было избрание на семейном совете будущего опекуна. После чего имя опекуна сообщ-

щалось судье, который утверждал его (после принесения клятвы) и выдавал акт о назначении опекуном⁹⁷.

Таким образом, видно, что суд только утверждал выбранного семейным советом опекуна, а не назначал его по своему усмотрению.

Также сеньориальные суды в области бесспорной юрисдикции рассматривали дела об удостоверении беременности незамужней женщины и осуществляли опись наследственного имущества⁹⁸.

Учитывая вышеизложенное, можно охарактеризовать период в истории бесспорной юрисдикции Франции с начала образования государства до французской революции 1789 г. как период появления новых форм добровольной юрисдикции (несудебных) и передачи в подведомственность специально созданных органов полномочий в этой сфере, ранее принадлежавших судам.

Так, в области добровольной юрисдикции появился публичный нотариат, ипотечные бюро, священнослужители, осуществляющие функцию государства по ведению актов гражданского состояния, состоявших под контролем королевских судов. Деятельность этих органов регламентировалась специальными правилами, осуществлялась в определенном порядке (форме). Следовательно, появление указанных органов и регламента их деятельности означает появление новых форм добровольной юрисдикции. В то же время некоторые бесспорные гражданские дела рассматривались в разные периоды церковными, сеньориальными, королевскими, городскими судами. Тем не менее важно одно: деятельность по рассмотрению бесспорных дел осуществлялась либо судебной властью, либо под ее непосредственным контролем.

2.2. Развитие бесспорной юрисдикции после Великой французской революции 1789 г.

Эволюция правовых институтов во Франции была прервана революционными изменениями, последовавшими после 1789 г. В период революционных изменений было положено начало новой организации судебной власти в стране. Сеньориальные, церковные и иные специализированные суды были отменены⁹⁹. Установлена новая система судостроительства, введен институт мировой юстиции. Административная юстиция отделена от гражданской¹⁰⁰.

Однако после прихода к власти Наполеона началась новая жизнь французского права – эпоха кодификации. В рамках работ по кодификации были приняты два фундаментальных кодекса, касающихся и сферы добровольной юрисдикции. Это Гражданский кодекс 1804 г. (Code civil) и Гражданский процессуальный кодекс 1806 г. (Code de procedure civile, называемый сегодня старым – ancien).

Гражданским кодексом Франции 1804 г. ряд дел бесспорной юрисдикции был отнесен к судебной подведомственности. Так, установление презумпции безвестного отсутствия лица и презумпции смерти, назначение опеки и попечительства, усыновление, признание внебрачных детей, составление описи наследственного имущества, вскрытие завещаний, ввод во владение недвижимым имуществом и другие категории дел теперь должны были разрешаться судом.

Однако Гражданский процессуальный кодекс 1806 г. регламентировал лишь различные процессуальные особенности рассмотрения каждой категории дел добровольной юрисдикции. Общих норм, которые бы объединяли особенности рассмотрения многочисленных категорий дел бесспорного характера, не было (в кодексе была принята классификация процессуальных норм по критерию материально-правовой принадлежности дел, т. е. содержались лишь особенности рассмотрения отдельных категорий дел, в связи с чем выделить общие для различных, в материально-правовом, смысле категорий дел процессуальные особенности, могла только теория).

Дела бесспорного характера, так же как, например, вопросы принятия обеспечительных мер, приказного производства, рассматривались путем направления ходатайства председателю суда, либо мировому судье. В зависимости от материально-правовой принадлежности правоотношения, ставшего объектом процесса, дела могли возбуждаться прокурором или заинтересованным лицом, рассматривались с участием прокурора, в закрытом судебном заседании (*chambre du conseil*). По делу выносилось определение, а не решение. Определение не имело свойств законной силы, не могло быть обжаловано в апелляционном порядке.

В целом регламентация, которую получили в ГПК 1806 г. дела бесспорной юрисдикции, весьма напоминала регулирование Уставом гражданского судопроизводства Российской Империи 1864 г. дел охранительного производства. В Уставе под названием охранительного судопроизводства были объединены ряд бесспорных дел, которые, правда, не имели общих норм, применявшихся ко всем категориям дел. Во французском кодексе категории бесспорных дел даже не были объединены в какую-либо одну главу или книгу, не имели они и общего наименования. Это были отдельные категории дел, которые рассматривались в упрощенном порядке по ходатайству заинтересованного лица, подаваемому председателю суда¹⁰¹.

Тем не менее многие категории дел добровольной юрисдикции, благодаря Гражданскому кодексу 1804 г. (в котором также содержались некоторые процессуальные нормы) и Гражданскому процессуальному кодексу 1806 г. получили подробную регламентацию. Кодификация позволила провести четкое регулирование материального права, в т. ч. институтов безвестного отсутствия, опеки, усыновления и др. В процессуальном плане кодификация привела к созданию правил рассмотрения каждой категории дел, которые при отсутствии спора были отнесены к судебной подведомственности. И хотя говорить о формировании во французском гражданском процессуальном праве института особого (охранительного, *juridiction gracieuse*) производства на этом этапе нельзя, тем не менее достигнутые при кодификации результаты позволили французской теории, пользуясь наряду с судебной практикой трудами глоссаторов и постглоссаторов, выработать со временем общие нормы особого производства и теоретическое обоснование его самостоятельности в гражданском процессуальном праве.

Если охарактеризовать в целом концепцию «добровольной юрисдикции», закрепленной в законодательных актах Франции XVIII–XIX вв., в т. ч. ГПК Франции 1806 г., то можно отметить, что акты, принимаемые в бесспорном порядке, не являлись «юрисдикционными», т. е. не разрешали спор по существу, они не подлежали обжалованию. Указанные акты не имели законной силы судебного решения и могли быть пересмотрены в исковом производстве. Отсутствие законной силы означало, что ходатайство по одному и тому же вопросу можно было подавать неоднократно, суд не был связан своей позицией, изложенной при рассмотрении предыдущего ходатайства. Судебный акт мог быть отменен по иску о признании акта недействительным, срок исковой давности, в зависимости от обстоятельств составлял от 5 до 30 лет. Кроме того, о недействительности судебного акта можно было заявить в виде эксцепции при рассмотрении дела в исковом порядке.

Указанные нормы отражали в целом либеральную концепцию ГПК Франции 1806 г., постулаты которой проявлялись с особенной силой в отношении актов добровольной юрисдикции – судья не мог вмешиваться в акт доброй воли лица, обращавшегося в суд только для придания ему свойства публичности. Суд не проверял законности акта по существу, а обязан был удостоверить волеизъявление заявителя, проверив лишь формальные основания.

Однако такая концепция не удовлетворяла французских юристов, которые отмечали, что при положении, когда судебные акты являются проводником свободной воли лиц, даже осуществляемой в ущерб обществу и закону, а «один судья может с легкостью разрушить то, что построил другой», влечет негативные последствия для правовой определенности¹⁰².

Судебная практика, пытаясь исправить недостатки такой системы, выработала в начале XX в. правило, согласно которому судья не может отменять свой судебный акт, принятый по

бесспорному делу, если не возникли новые обстоятельства¹⁰³. Развитие судебной практики также сделало возможным оспаривание судебных актов, принимаемых по бесспорным делам, в апелляционном порядке, а также в порядке обжалования лицом, не привлеченным к участию в деле, о правах и обязанностях которых принят судебный акт (*tierce opposition*). Однако отсутствие четкого законодательного закрепления и доктринального обоснования специфики особого производства порождало трудности и отсутствие единообразия в судебной практике¹⁰⁴.

В условиях отсутствия легального определения понятия особого производства (*juridiction gracieuse*), доктрина предлагала различные варианты обоснования этого понятия. Так, популярными были концепции особого производства как области деятельности, не связанной с осуществлением правосудия (которое понималось, как деятельность по разрешению споров). Как отмечает D. Le Ninivin, «академические дискуссии, основываясь на римском праве, только запутывали ситуацию, сложившуюся вокруг особого производства. Большинство авторов пытались раскрыть тему при помощи классификаций функций суда, причем часто вовсе неудовлетворительных, многие же просто высказывали пожелания о законодательном разрешении вопроса»¹⁰⁵.

Указанная система функционировала до принятия 15 июля 1944 г. закона, регламентирующего деятельность особой палаты (*chambre du conseil*) суда первой инстанции, рассматривающего наиболее значительные дела (*tribunal de grande instance*)¹⁰⁶.

В указанном законе было впервые дано легальное определение понятия «особое производство». Согласно ст. 2 закона «*chambre du conseil* рассматривает в порядке особого производства (*matiere gracieuse*) все заявления, которые не направлены против конкретного лица и не могут быть основанием для возбуждения спора со стороны третьих лиц, а также совместные заявления лиц, не находящихся в состоянии разногласия, которые должны быть, ввиду правового статуса (качеств) заявителей или природы дела, разрешены судом»¹⁰⁷.

Таким образом, в законе различались случаи обращения в суд с «односторонним» ходатайством – в этом случае оно не должно быть направлено против конкретного лица и не должно быть основанием для возбуждения спора со стороны третьего лица, и с «совместным» ходатайством двух или более лиц, между которыми отсутствуют какие-либо разногласия, но в этом случае дело должно быть ввиду своей «природы» или статуса (качеств) заявителей разрешено судом (т. е. о подведомственности дела суду должно быть сделано указание в законе).

Указанным законом также была предусмотрена возможность апелляционного обжалования судебных актов, принимаемых в порядке особого производства, а также возможность обжалования в порядке *tierce opposition*.

Признание возможности обжалования судебных актов, принимаемых в порядке особого производства, привело к тому, что многие авторы стали признавать за ними свойства юрисдикционных актов (т. е. актов правосудия, вступающих в законную силу)¹⁰⁸.

Статья 2 закона от 15 июля 1944 г. была отменена декретом от 9 сентября 1971 г., который положил начало судебной реформе, в рамках которой был принят Новый гражданский процессуальный кодекс Франции (*Nouveau Code de procedure civile*, далее – НГПК Франции). Согласно ст. 63 указанного декрета для «односторонних» и «совместных» ходатайств устанавливался одинаковый режим: «когда в отсутствие судебного спора заявителю необходимо, ввиду его собственного правового статуса (качеств) или природы дела, получить решение суда, он подает простое ходатайство»¹⁰⁹.

Полноценное регулирование институт особого производства в гражданском процессуальном праве Франции получил лишь с принятием НГПК Франции, вступившем в силу с 1 января 1976 г.¹¹⁰

Согласно ст. 25 НГПК Франции судья разрешает дело в порядке особого производства, когда в отсутствие спора к нему поступает ходатайство, в отношении которого ввиду природы дела или правового статуса (качеств) заявителя закон требует судебного контроля¹¹¹.

Статья 26 НГПК Франции позволяет судье мотивировать свое решение любыми фактами, относящимися к рассматриваемому делу, включая те, на которые стороны не ссылались¹¹², а ст. 27 предпринимать, в т. ч. по своей инициативе любые надлежащие меры по выяснению обстоятельств дела, например, заслушивать без формальной процедуры лиц, которые могут дать пояснения по делу, а также тех лиц, чьи интересы могут быть затронуты решением. При этом согласно ст. 28 кодекса судья вправе вынести решение по делу, не прибегая к прениям сторон.

Приведенные нормы, нашедшие закрепление в НГПК Франции, отражают новую концепцию особого производства, согласно которой суд не является проводником «свободной воли» лиц, а благодаря усилению активной роли суда становится гарантом законности определенных актов, имеющих гражданско-правовое значение.

Необходимость активной роли суда объясняется тем, что в деле отсутствует спор, а следовательно, и стороны с противоположными интересами. Однако это не исключает того, что постановленным актом могут быть нарушены интересы третьих лиц. Поскольку заявителю не противостоит оппонент, который мог бы опровергнуть его тезисы, сам судья должен приложить усилия, чтобы в интересах закона не допустить нарушения прав третьих лиц. В связи с этим R. Perrot назвал судью по делам особого производства «законным оппонентом заявителя»¹¹³.

Для лучшего уяснения специфики особого производства во французском гражданском процессе следует отметить, что производство по делу возбуждается на основании подачи простого заявления, которое подается в секретариат суда (ст. 61 НГПК Франции), а в суде инстанции (tribunal instance) даже на основании устного заявления, сделанного в канцелярии суда (ст. 62 НГПК Франции). В суде инстанции, как правило, дело рассматривается без проведения судебного заседания, поскольку судья может сам собирать любую необходимую для разрешения дела информацию о фактах и принимать любые необходимые для разрешения дела меры, а ст. 28 НГПК Франции позволяет суду принять решение без проведения прений. Однако если имеется необходимость в проведении судебного заседания, например, если судом обнаружены факты, не сообщенные заявителем, и они имеют значение для разрешения дела, или в деле участвуют несколько заинтересованных лиц и необходимо проведение прений, то судебное заседание хотя и проводится, но проходит оно при закрытых дверях (ст. 434 НГПК Франции), решение также по общему правилу, если иное не предусмотрено законом, оглашается при закрытых дверях (ст. 451 НГПК Франции).

Правила рассмотрения дел особого производства в суде большой инстанции (tribunal de grande instance) несколько иные. Например, производство по делу возбуждается на основании заявления, которое может подать только адвокат или прокурор (ст. 797 НГПК Франции)¹¹⁴, при рассмотрении данных дел обязательно участие прокурора (ст. 798, ст. 800 НГПК Франции), дело слушается коллегиальным составом суда, судья-докладчик назначается председателем судебной палаты (ст. 799 НГПК Франции).

Решения суда по делам особого производства подлежат обжалованию в апелляционном порядке, в порядке обжалования третьим лицом, не привлеченным к участию в деле, о правах и обязанностях которого принят судебный акт (tierce opposition), а также в кассационном порядке.

При этом правила обжалования судебных актов, принятых в порядке искового производства, отличаются от правил обжалования судебных актов по делам особого производства. Так, например, срок на апелляционное обжалование по делам искового производства составляет 1 месяц, а по делам особого производства – 15 дней (ст. 538 НГПК Франции). По делам особого

производства право апелляционного обжалования, кроме лиц, участвовавших в рассмотрении дела, как это предусмотрено для искового порядка, принадлежит и третьим лицам (т. е. лицам, не принимавшим участия в деле, интересы которых могут быть затронуты судебным актом), уведомленным о принятом решении (ст. 546 НГПК Франции), при этом апелляционная жалоба подлежит рассмотрению даже в отсутствие других сторон (ст. 547 НГПК Франции).

Порядок обжалования судебного акта третьим лицом, не привлеченным к участию в деле (*tierce opposition*), аналогичен для исковых дел и дел особого производства. Согласно ст. 583 НГПК Франции право обжалования в порядке *tierce opposition* принадлежит третьим лицам, не участвовавшим в рассмотрении дела, которым не было сообщено о принятии судебного акта, а также третьим лицам, извещенным о принятии судебного акта в соответствии со ст. 679 НГПК Франции, в случае, если судебный акт принят в последней инстанции (т. е. не подлежит апелляционному обжалованию). Срок на обжалование в порядке *tierce opposition* составляет 30 лет, однако если лицо было уведомлено о принятом решении, то срок на обжалование составляет 2 месяца (ст. 586 НГПК Франции).

Кассационная жалоба на судебные акты по делам особого производства рассматривается в порядке, предусмотренном для рассмотрения кассационных жалоб на судебные акты по делам искового производства. Согласно ст. 610 НГПК Франции по делам особого производства кассационная жалоба подлежит рассмотрению даже в отсутствие иных, кроме заявителя, лиц, участвующих в деле.

В заключение необходимо отметить, что изложение законодательных положений, регулирующих особое производство во французском гражданском процессуальном праве, уже без анализа доктринальных подходов к концепции особого производства, позволяет сделать некоторые выводы.

Во-первых, особое производство обладает определенной самостоятельностью и структурной обособленностью в гражданском процессуальном праве Франции. Самостоятельность особого производства обусловлена прежде всего различием в целях судебной деятельности по делам искового и особого производства.

Во-вторых, критериями для разграничения особого и искового производства являются наличие или отсутствие спора и необходимость судебного контроля за рядом имеющих гражданско-правовое значение действий и событий.

В-третьих, в особом производстве по сравнению с исковым усилена активная роль суда, следственное начало процесса.

В-четвертых, процедура рассмотрения и разрешения дел особого производства значительно упрощена по сравнению с исковыми делами.

В-пятых, способы проверки судебных актов, принятых по делам особого производства, имеют определенную специфику по сравнению со способами проверки судебных актов, принимаемых в порядке искового производства.

Таким образом, в период развития бесспорной юрисдикции, начавшийся после Великой французской революции 1789 г., во французском гражданском процессуальном праве появилось особое производство как полноценная судебная форма рассмотрения бесспорных гражданских дел, основанная на собственных принципах, имеющая существенную специфику в сравнении с исковым производством.

Становление во французском праве особого производства происходило постепенно, начиная с закрепления в ГПК Франции 1806 г. процессуальных особенностей рассмотрения отдельных категорий дел особого производства и оканчивая принятием НГПК Франции 1976 г., в котором особое производство нашло полноценную процессуальную регламентацию.

§ 3. История развития бесспорной юрисдикции в России

3.1. Развитие бесспорной юрисдикции в период до Устава гражданского судопроизводства 1864 г.

Возникновение особого производства (как нашедшего нормативное закрепление института права) в гражданском процессе России многие ученые связывают с появлением книги IV Устава гражданского судопроизводства 1864 г. «Судопроизводство охранительное».

Однако бесспорная (добровольная) юрисдикция, как совокупность форм разрешения бесспорных гражданских дел, в российском праве существует с момента возникновения государственности на Руси, с того момента, с которого возможно проследить историю источников российского права.

Становление древнерусской государственности происходит на протяжении VI–IX вв.¹¹⁵. Однако первые письменные памятники русского права датируются X в. Конечно, и до X в. у славянских племен, объединенных в древнее русское государство, было право. Оно, как и право древних германцев, носило обычный характер¹¹⁶. Власть князя в это время еще не слишком сильна и в народном праве сильно проявлено личное начало¹¹⁷. Реальная власть в таком обществе принадлежит общине, которая представляет собой весь мир для древнего человека. Изгнание из этого мира является для него потерей всех жизненных ориентиров и часто ведет к гибели. Именно община, т. е. собрание свободных людей, призвана осуществлять суд, «отыскивать правду».

Какие формы приобрела добровольная юрисдикция на Руси в это время? Следует полагать, что такие же, как в государстве франков, а затем на севере Франции, где также не ощущалось влияние римского права, а письменность стала развиваться только с XIII в.

«Несомненно, что свободные действия, определявшие имущественные юридические отношения лица, в древнейшее время совершались на глазах всех. Русская Правда старой редакции разумеет мир (ст. 12 Акад. сп.), позже – торг как место, где совершаются сделки. Иногда вместо "мир" говорится "люди" (ст. 38, 18)», – пишет Н.Л. Дювернуа¹¹⁸.

Итак, мы видим, что добровольные акты, имеющие юридическое значение, должны были заключаться перед собранием народа, на миру, торгу, перед «людьми», т. е. перед собранием свободных людей. Вполне уместна аналогия с франкским малюсом, где совершались и акты добровольной юрисдикции. Конечно, юрисдикция по спорным делам, прежде всего уголовным, принадлежит князю и его людям (посадникам, тысяцким, сотникам). Однако суд осуществляется в присутствии «добрых людей», «послухов», т. е. в присутствии народного собрания.

Так, например, в ст. 111 пространной редакции Русской правды (Карамзинского списка) говорится о передаче имущества опекуну несовершеннолетнего «перед людьми», т. е. перед собранием общины¹¹⁹.

Аналогичные формы суда были и у франков в период династии Меровингов, в то время когда королевская власть была еще очень слаба.

Если согласиться с мнением Н.Л. Дювернуа в отношении роли и значения послухов в древнерусском праве, то можно обнаружить еще один довод в подтверждение тезиса о схожести форм добровольной юрисдикции у франков и у славян.

Проводя аналогию с римским манципационным обрядом, для действительности которого требовалось присутствие пяти свободных мужчин, свидетелей – *testes*, и при надлежащем совершении которого акт приобретал свойство публичности и достоверности, становился неопровержимым доказательством в суде, Н.Л. Дювернуа полагал, что такое же значение имело присутствие при заключении сделок у германцев – *Zugezogene*, у славян – послухов. Послух

– это свободное лицо мужского пола, призванное присутствовать при заключении сделки, с тем чтобы в случае необходимости при помощи принесения присяги свидетельствовать о ней на суде¹²⁰. «Присутствие свободных послухов не просто удостоверяет факт. Их присутствие сообщает юридическую силу таким действиям, которые без того остались бы простым фактом, – отмечает уважаемый автор, – если нет свободных послухов, тогда нет никакой сделки, никакого права, никакого иска»¹²¹.

Свободные люди должны не только свидетельствовать на суде о заключении сделки, но и стоять за правду, а в случае необходимости даже при помощи силы.

Таким образом, самой древней формой добровольной юрисдикции, появившейся в России, следует признать, по всей видимости, форму *rescord*, т. е. совершение акта перед собранием общины или свободными людьми (послухами), которые в случае спора о праве, возникшего из этого акта, должны были свидетельствовать о нем в суде при помощи свидетельских показаний или принесения присяги¹²².

Усиление княжеской власти, которое происходило в X–XII в., привело к появлению среди лиц, присутствие которых необходимо для придания акту свойств публичности и достоверности, чиновников князя (мытников, сборщиков податей).

Эта эволюция прослеживается и по спискам Русской Правды. Если Академический список (краткая Правда), который содержит положения закона в своем первоначальном виде (Правда Ярослава), упоминает только послухов (ст. 28), то Русская Правда в пространной редакции (Карамзинский, Синодальный, Троицкий списки), которая появилась по всей видимости в XII в. (Правда Ярославичей), наряду с послухами упоминает и мытника¹²³.

Так, ст. 36 Русской правды (Карамзинского списка) говорит о послухах и мытнике именно в смысле лиц, которые призваны удостоверить своим присутствием действительность купли: «вывести ему послухы любо мытника, пред ким же коупивше»¹²⁴.

Исполнять роль послухов при свидетельствовании гражданско-правовых актов могли и служители церкви. Так, «в законе судном, в несколько поврежденной статье о послушестве, читаем: поп иже бывает (послухом, конечно, ибо заглавие о послушестве) за 12 мужи»¹²⁵. Духовные лица, по всей видимости, могли как удостоверять различные юридические акты, так и выступать судьями по отнесенным к компетенции церкви делам. Вполне вероятно, что присутствие при совершении юридического акта (например, завещания), священника, придавало ему силу аутентичного акта в суде церкви.

Н.Л. Дювернуа пишет об эволюции форм добровольной юрисдикции следующее: «Первоначальный вид послушества при сделках, несомненно, представляло собой свидетельство общины. На нем должна была покоиться непререкаемая сила акта, как в отношении действительности, так и в отношении к его содержанию. Но вместе с появлением новых начал быта, власти князя и власти церкви, юридическая сила перестает скрываться в одном тесном кругу автономической общины и приобретает новый орган своего выражения – в князе и его слугах, с одной, и для определенного круга дел – в церкви и ее служителях, с другой стороны»¹²⁶.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о весьма схожем развитии форм бесспорной юрисдикции во Франции и России вплоть до XIII в. (дата обусловлена тем, что во Франции после XIII в. стал развиваться институт публичного нотариата, и в этом смысле произошли изменения в этой сфере).

К XIII веку Киев утрачивает былое величие, приобретают самостоятельность и становятся новыми центрами государственной жизни три княжества: Галицко-Волынская, Великий Новгород и Владимирская земля¹²⁷. Несмотря на татаро-монгольское завоевание Руси, гражданский оборот продолжает свое развитие, прежде всего на севере страны (Великий Новгород, Псков).

В период с XII по XV в. развитие форм добровольной юрисдикции связано с развитием письменности. Как отмечает Н.Л. Дювернуа: «Масса актов добровольной юрисдикции облекается в форму письменную, хотя нельзя сказать, чтоб письмо всегда составляло условие совершения сделки»¹²⁸.

Сделки, особенно связанные с распоряжением недвижимостью, часто облекаются в форму грамот. Однако, несмотря на письменное закрепление воли сторон сделки, при ее совершении все еще присутствуют послухи (часто священники) или официальные лица, которые призваны своими подписями на грамоте придать ей свойство достоверности и публичности¹²⁹. Так, например, рядная Тешаты, составление которой датируется примерно 1266–1299 гг. и речь в которой идет о брачном сговоре неких Тешаты с Якимом, совершена в присутствии нескольких «послуси», среди которых упомянут и «Давидъ попъ». Составил же рядную «Довмонтовъ писецъ», т. е. княжеский писец¹³⁰.

Таким образом, система record продолжает свое существование, однако в связи с развитием письменного закрепления актов имени и подписи послухов теперь четко фиксируются в грамоте, а вскоре в связи с тем, что письменный источник информации имеет существенные преимущества перед человеческой памятью, присутствие послухов станет и вовсе необязательным или переродится в чистую формальность, а сами послухи станут обычными свидетелями, т. е. «видами».

Так, уже в Псковской Судной грамоте 1467 г. был установлен приоритет письменных доказательств при доказывании некоторых сделок. Появляется различие между формальным (запись) и неформальным (доска) письменным актом¹³¹. Интересно отметить, что запись составлялась в двух экземплярах, «из которых один сохранялся в ларе у Св. Троицы, другой слово противу слова с первым ("в тыяж речи") передавался в руки кредитора»¹³².

В Судебнике Ивана III 1497 г. эта тенденция еще более видна. Как отмечает С.В. Юшков, в московском праве XV в. послушество, известное Русской Правде и Псковской Судной грамоте, сближается по своему значению с одним из средств доказывания – свидетельским показанием, «послухи по суду сближаются со свидетелями»¹³³. Таким образом, послушество как способ придания правовому акту *public fides* (публичного значения, аутентичности) постепенно исчезает с исторической сцены, уступая место другим способам, основанным на составлении письменных документов.

Именно в этот период появляются две новые формы бесспорной юрисдикции, не связанные с использованием свидетельства послухов. Эти формы назывались явка и доклад¹³⁴.

«Явка актов имеет место при совершении завещаний... Несколько княжеских завещаний, писанных в XIV в., не имеют явки. Вся формальность совершения их ограничивается присутствием послухов, между которыми первое место принадлежит отцам духовным завещателя. В духовной грамоте Дмитрия Донского в первый раз упоминается явка. Явка состоит в том, что князь при жизни показывает свое завещание митрополиту, и митрополит прикладывает печать»¹³⁵. Таким образом, явка, по-видимому, не что иное, как известная во Франции и в других европейских странах и пришедшая в Псков и Великий Новгород оттуда форма добровольной юрисдикции, основанная на праве печати. *Public fides* акту доброй воли придавало в данном случае удостоверение его печатью церковной или светской юрисдикции.

Так, статья 73 Псковской Судной грамоты говорит о необходимости «явить госпде о своемъ гостинце», пока не истек срок займа для того, чтобы была возможность взыскать проценты по нему¹³⁶. Если кредитор станет взыскивать проценты после истечения срока по заемному обязательству, не «явив» в течение срока договор «госпде», т. е. не сообщив о нем суду, то он лишается права взыскивать проценты (гостинец). По всей видимости, в указанной ста-

ть Псковской судной грамоты речь идет об этой новой форме осуществления добровольной юрисдикции – явке.

Косвенно о существовании в Пскове права печати указывает и ст. 82 Псковской Судной грамоты¹³⁷. В указанной статье речь идет о размере вознаграждения, которое должен получить княжеский писец «от печати». Из этой статьи следует, во-первых, что в Пскове существовала должность княжеского писца, во-вторых, что к актам прилагалась печать князя или церкви («святой Троицы») и, в-третьих, что писец мог составлять акты где угодно, не обязательно в суде, и они должны были быть заверены печатью князя или церкви.

Должность княжеских писцов, составлявших записи, существование архива, где хранились копии актов, некоторые авторы считают первыми признаками зарождения в России нотариата¹³⁸.

Печатью светской юрисдикции заверялись прежде всего судебные акты, о чем говорится в ст. 15–18, 22–24, 4 °Судебника 1497 г. и ст. 33–4 °Судебника 1550 г.¹³⁹ Согласно указанным статьям «правые грамоты» и «списки с доклада» заверялись печатью. Приложение печати соответственно оплачивалось пошлинами (размер которых и является предметом нормирования указанных статей Судебника). Следует полагать, что и акты добровольной юрисдикции, совершенные в письменной форме в виде грамот, в случае «явки» их перед судом подлежали заверению печатью, что придавало им свойства публичности и достоверности.

Другой способ осуществления бесспорной юрисдикции – доклад¹⁴⁰. «Порядок доклада собственно заключается в том, что два лица, желающие совершить сделку, не просто призывают послухов, а обращаются к органам власти и перед ними уряжают свой ряд», – отмечает Н.Л. Дювернуа¹⁴¹. К докладу прибегали чаще всего при сделках с поземельной собственностью, заключении договоров между «лицами двух разных подсудностей» (доклад делался вышестоящему суду), закабалении¹⁴².

Так, о докладе говорится в ст. 16 Судебника 1497 г. и в ст. 34, 36, 39 Судебника 1550 г. Из этих статей видно, что при совершении акта в присутствии суда должен быть составлен «докладной список», который подписывает дьяк и заверяет печатью судья (боярин). Статьями 18 и 42 Судебника 1497 г. предусмотрено, что отпускать холопа без «боярского доклада и без дьячей подписи» запрещается («отпустнаа не в отпустную»), за исключением составления самим хозяином холопа письменного документа с собственноручной подписью.

Указанная норма была перенесена (с существенными изменениями) и в Судебник 1550 г. Так, ст. 77 Судебника 1550 г. гласит: «А отпускные давати з боярского доклада; а бояром к тем отпускным печати свои прикладывати, а дьяком подписывати»¹⁴³.

В отличие от Судебника 1497 г. в Судебнике 1550 г. появляется и новый способ «похолопления» тиуна, т. е. изменения правового статуса лица (служащего), – составление судом докладной грамоты после публичного признания лицом долга (ст. 76 Судебника 1550 г.)¹⁴⁴.

Следует отметить, что согласно ст. 36 Судебника 1550 г. долг по заемному обязательству также должен был погашаться в порядке доклада, т. е. перед судом: «А кто займет денги в рост в кабалу, и на те кабалы отписи без боярского доклада и без дьячей подписи не быти»¹⁴⁵. Как видно из указанной статьи, суд выполнял функцию удостоверения факта выплаты долга, за что также взималась пошлина. По всей видимости, в обязанности судебных органов входило не только удостоверение факта выплаты долга, но и хранение вносимого по частям долга¹⁴⁶.

Таким образом, можно сделать вывод, что в период с XII по XV в. добровольная юрисдикция осуществлялась судами на основе системы *record*, которая постепенно в связи с развитием письменности заменяется новыми формами – явкой письменных документов (грамот), оформлявших юридический акт, перед судом с заверением их печатью и докладом, т. е. совер-

шением юридического акта перед судом с оставлением письменного документа (грамоты) об этом¹⁴⁷.

В XVI веке появляется еще одна форма осуществления добровольной юрисдикции: регистрация в приказных книгах с оформлением письменного документа, передаваемого носителю права, либо с совершением иных действий, подтверждающих такую регистрацию (проставление на лошади клейма, «пятна»).

Приказы как особые «судебно-правительственные учреждения» появились около середины XVI в. и приобрели законченный вид в период царствования Ивана IV и Федора Иоановича¹⁴⁸. «Присутствиям приказов принадлежали не только судебные, но и широкие правительственные права в различных областях государственного управления»¹⁴⁹.

Так, известно, что в некоторых приказах (Холопьем, Земском, Поместном) велись специальные книги, в которых регистрировались различные права.

В Судебнике 1550 г. имеется несколько статей, в которых упоминается о регистрации в книгах, ведущихся в приказах, определенных юридических актов частно-правового характера.

Совершенно четко новый способ укрепления частных прав описан в ст. 94–95 Судебника 1550 г. Согласно ст. 94 Судебника: «А кто купит лошадь на Москве или в Московском уезде, и тем лошади пятнати у пятенщиков на Москве да и в книги написать по старине»¹⁵⁰. В статье 95 Судебника указывается, что записи в книгу осуществляются «спору для». При этом санкцией за то, что покупатель лошади не «запятнает и в книги не запишет», является уплата штрафа в 2 рубля либо в случае возникновения судебного спора о «незапятнанной» лошади – выдача истцу безсудной грамоты, «тот иск взятии без суда». Очевидно, что проставление клейма на лошади и запись в книгу о совершенном акте купли-продаже предназначены как для укрепления (охраны) прав покупателей, так и для охраны общественных интересов (упрочения гражданского оборота, предупреждения возможных споров).

В статье 78 Судебника 1550 г. впервые в законодательстве регулируется существовавший в юридической практике с XV в. институт кабального холопства, идущего на смену холопству полному. И хотя указанной статьей еще не установлен специальный способ укрепления прав на закабалемого, он появился вскоре после издания Судебника. Как отмечает В.М. Грибовский, «недошедшим до нас в подлиннике Указом 1586 г. был определен новый порядок писания служилых кабал – не иначе как с доклада Москве приказу Холопьяго суда, а по городам с доклада же приказным людям. Доклад явился как бы нотариальным утверждением сделки и ее регистрацией»¹⁵¹.

Как указано в комментарии к ст. 78 Судебника 1550 г., «с XVI в. служилые кабалы записывались в специальные кабальные книги, которые в Новгороде, например, велись в Приказной избе, а в пятинах – у губных старост. Копии с кабал и пошлинные деньги отправлялись в Москву в Казенный приказ. В книгах фиксировались полный текст служилых кабал, опрос закабалемых на предмет добровольного или принудительного закабаления, выяснение их прежней деятельности и описание внешних примет закабалемого. Последнее было особенно необходимо для укрепления владельческих прав на кабальных людей и решения споров между владельцами кабальных холопов. В случае споров приказ Холопьяго суда сопоставлял предъявленную владельцем служилую кабалу с кабальными книгами»¹⁵².

Со времени образования Холопьяго приказа (по всей видимости, учрежден Иваном IV) всеми вопросами, связанными с холопами, в т. ч. осуществлением спорной и добровольной юрисдикции, заведует этот приказ. В частности, «с конца XVI в. все укрепления холопов за господами должны были вноситься в книги Холопьяго приказа»¹⁵³.

То же можно сказать о регистрации прав на недвижимое имущество. Как отмечает В.И. Сергеевич, «из самых древних московских памятников видно, что для приобретения недвижимости мало было совершить договор купли-продажи или какой-нибудь другой, а надо было

еще произвести на месте отвод приобретателю приобретенной им земли. В XV и даже в XVI в. отвод был частным делом сторон. В купчих и меновых грамотах они договариваются о том, кто должен позаботиться, чтобы отвод был сделан. При отводе в натуре обходят межи и, если нужно, копают ямы и ставят столбы. Этот отвод делается в присутствии посторонних людей, конечно, местных жителей. Об отводе пишется отводная грамота. К этому старинному порядку в XVII в., а может быть с конца XVI в. присоединилось нечто новое. Это новое состоит в том, что для приобретения поземельных прав сделалась необходима справка. Недостаточно было по договору совершить передачу купленной вещи из рук в руки, а нужно было сделать еще справку по книгам Поместного приказа, в которых записывалось, что такой-то человек продал, а такой-то купил»¹⁵⁴.

А.М. Фемелиди отмечает, что «центральным местом вотчинной записки в XVII ст. в период Уложения был Поместный приказ, ведавший все дела о записке недвижимых имений, особенно земель; акты на дворы записывались в книги земского приказа, а по городам – воевод. В этот период вотчинная записка занимала главное место в системе приобретения и укрепления прав собственности»¹⁵⁵.

Необходимо отметить появление в XVI в. особой артели площадных подъячих, которые были призваны оформлять сделки в письменной форме. По определению, данному А.М. Фемелиди, «площадные подъячие – это особый род вольных писцов, действовавших под надзором правительства на городских площадях»¹⁵⁶. Многие авторы с появлением площадных подъячих связывают возникновение в России нотариата¹⁵⁷.

Именно площадные подъячие были призваны оформлять сделки с недвижимым имуществом и холопами. После оформления письменного акта он должен был быть явлен в соответствующий приказ, где в специальную книгу вносилась запись о совершении акта (за что взималась пошлина), после чего акт должен был быть заверен государственной печатью в Печатном приказе¹⁵⁸.

Так, согласно ст. 246 Соборного Уложения 1649 г. «крепости в больших делах» должны были писаться площадными подъячими в присутствии послухов. «А мимо площадных подъячих и без послухов никому ни на кого крепостей не писати»¹⁵⁹.

Таким образом, можно сделать вывод, что к XVII в. в России добровольная юрисдикция осуществлялась в форме заверения частно-правовых актов государственной печатью с регистрацией акта в специальных книгах, реестрах, ведение которых было поручено государственным органам (приказам).

Административные и судебные реформы, проведенные Петром I, не могли не сказаться и на формах осуществления добровольной юрисдикции.

Во-первых, Указом от 6 декабря 1699 г. полномочия по совершению крепостных актов были переданы дьякам различных приказов (в зависимости от компетенции приказа в той или иной сфере), и было предписано составлять акты на гербовой бумаге. Все крепости, составляемые в других городах, также должны были передаваться в приказы.

Однако вскоре стало очевидно, что приказы не справляются с таким объемом работы, учитывая то, что прежнюю «нагрузку» с них никто не снимал. Уже в январе 1700 г. был издан указ, согласно которому «совершение крепостей между лицами городского сословия в Москве было передано в ведение Московской ратуши, а торговых крепостей – Московской большой таможни»¹⁶⁰. Указом же от 30 января 1701 г. «Об обряде совершения всякого рода крепостных актов» был восстановлен порядок оформления крепостных сделок площадными подъячими. Названным указом «сословию подъячих дана была особая организация», а руководство ими было передано Оружейной палате¹⁶¹. Впоследствии руководство подъячими было передано Ратуше (1706), а затем Юстиц-коллегии (1719)¹⁶².

Тем не менее акты, составляемые площадными подъячими, по-прежнему подлежали регистрации в приказных книгах и приобретали *public fides* не ввиду их составления подъячими, а вследствие регистрации. Следовательно, говорить о появлении в России нотариата в этот период нельзя, поскольку главная отличительная черта нотариата – наличие публичных полномочий, ввиду которых актам, совершенным нотариусом, придаются особые свойства, которых лишены акты, совершенные в простой письменной форме.

Во-вторых, наряду с площадными подъячими Петром I были созданы и другие должности, призванные оформлять частно-правовые акты. Так, в 1721 г. «в портовых и более значительных городах установлены маклеры из купцов»¹⁶³. Главой 19 Регламента или Устава Главного магистрата от 1721 г. Главному магистрату было предписано «в приморских и в других знатных городах, в тех, где знатные торги есть» выбрать маклеров из купечества по образу и подобию «европских купечеств», из среды которых в Западной Европе выбирались «определенные и присяжные маклеры»¹⁶⁴. Без такого маклера там «никакие договоры в торгах не утверждаются, и для того журнал, или всedневная записка маклеров такую силу имеет, как протокол в суде»¹⁶⁵. Именно с момента учреждения должности маклера в торговых городах, следует исчислять историю российского нотариата.

В-третьих, реформы Петра I в сфере гражданского и семейного права также привели к появлению новых форм добровольной юрисдикции. Как отмечает В.И. Сергеевич, еще в Московском государстве «возникает ведение актов, удостоверяющих семейное положение лиц. С первой попыткой к этому встречаемся в 1666 г., когда было предписано духовенству завести книги для записывания рождений, браков и смерти. Кажется, это предписание не было приведено в исполнение»¹⁶⁶. Книги, по всей видимости, не велись или велись бессистемно.

Петр I своим указом от 14 апреля 1702 г. «О подаче в Патриарший духовный приказ приходским священникам недельных ведомостей о родившихся и умерших» пытался ввести контроль за ведением книг, однако указанные меры, по-видимому, не возымели действия. Решение вопроса о ведении метрических книг было отложено до завершения церковной реформы. Только в мае 1722 г. в «Прибавлениях к Духовному регламенту» было установлено обязательное повсеместное ведение метрических книг в Российской империи. В феврале 1724 г. Синод издал подтвердительный указ, в котором высказывалась необходимость «ведать о количестве всего Российского государства людей, рождающихся и в брачное супружество совокупляющихся и умирающих»¹⁶⁷. Дальнейшее законодательство только развивало институт записи актов гражданского состояния.

Таким образом, в России появляется новая форма бесспорной юрисдикции – регистрация актов гражданского состояния. Сначала такая регистрация осуществлялась церковью, затем самим государством. Однако государственное начало, несмотря на «церковные» формы, несомненно, было положено в основу регламентации этой охранительной деятельности с самого ее появления в отечественном праве.

Законодательством Петра I регулировались и вопросы опеки, а также освидетельствования душевнобольных, «дураков». Как отмечает М.Ф. Владимирский-Буданов, «по законам Петра Великого, наследник главный (при единонаследии) есть необходимый опекун своих малолетних братьев и сестер (ук. 1714 г., П. С. 3., № 2789, п. 4); но затем в инструкции магистратам 1724 г. (П. С. 3., № 4624, п. 46) предписывается магистратам назначать опекуна в том случае, если он не был назначен завещанием отца. Последнее нужно считать первым установлением опеки, как особого государственного учреждения, с властью, контролирующей деятельность опекунов (роль, которая в древности могла принадлежать церкви)»¹⁶⁸.

6 апреля 1722 г. был издан Указ «О свидетельствовании дураков в Сенате», который впервые законодательно определил порядок освидетельствования психически нездоровых лиц, относящихся к дворянскому сословию. Его появление было вызвано не столько заботой о при-

зрении слабоумных, сколько государственной необходимостью в борьбе с уклонением дворян от службы, ибо родители молодых людей, остерегаясь их отправки на учебу за рубеж, начали повсеместно ссылаться на их «слабоумие», так как такой способ уклонения от дворянских обязанностей ранее не вызывал каких-либо ограничений в гражданских правах. Согласно Указу «дураков» следовало освидетельствовать в Сенате и «буде по свидетельству явятся таковые, которые ни в науку, ни в службу не годились, и впредь не годятся, отнюдь жениться и замуж идтить не допускать и венечных памятей не давать, а деревень наследственных и никаких за ними не справливать, а велеть ведать такие деревни по приказной записке, и их негодных с таких деревень кормить»¹⁶⁹.

В дополнение к Указу от 1722 г. 6 декабря 1723 г. был издан еще один Указ, в котором впервые были определены критерии оценки психического состояния испытуемого. Безумных надлежало освидетельствовать таким образом: «Сенату спрашивать их пред собою о всяком домовом состоянии, как бы можно умному человеку ответ в том учинить, и ежели по вопросу отповеди уценить не может, а станет инако о том говорить, что можно из того дурачество познать». Лица, не пригодные к государственной службе вследствие слабоумия, ограничивались в гражданских правах: они не могли наследовать имущество и вступать в брак, на семейство возлагалась обязанность наблюдать за ними и их имуществом.

Таким образом, реформы Петра I, имевшие для истории России принципиальное значение, коснулись и области добровольной юрисдикции. Общий вектор на усиление государственного начала во всех сферах жизнедеятельности общества был задан и в этой сфере. Именно с начала XVIII в. в России появляется нотариат, начинает развиваться институт записи актов гражданского состояния, дела об установлении статуса лиц также получают частичное законодательное регулирование.

Начинания Петра I были восприняты и развиты в последующем законодательстве. Формы осуществления добровольной юрисдикции (судебная, нотариальная, административные), начиная с этого времени, приобретают более или менее знакомые современному праву черты.

В последующем законодательстве появляется и получает свое развитие институт вызывного производства¹⁷⁰.

В Вексельном Уставе 1729 г. впервые в российском законодательстве появляется упоминание о «публичных нотариусах». С 1781 года постепенно учреждаются частные маклеры и нотариусы для торговых сделок, в 1831 г. учреждены особые «биржевые нотариусы и маклеры», и наконец Положением о нотариальной части 1866 г. институт нотариата в России получил четкую законодательную регламентацию.

Однако необходимо отметить, что еще в конце XVIII в., в период царствования Екатерины II, совершение крепостных актов было передано в уездные суды и палаты гражданских судов, в них были учреждены специальные «крепостные отделения» из крепостных писцов и надсмотрщиков, которые составляли крепостные акты. Составленные ими акты вносились в «докладную книгу», которая поступала на рассмотрение присутствия суда¹⁷¹. Суд, удостоверившись в «самоличности совершавших данный акт, в праве продавца или залогодателя на отчуждение имущества и в отсутствии в условиях чего-либо противозаконного, отмечал на акте "совершить по закону" и возвращал его надсмотрщику. Последний дословно вносил акт в крепостные книги»¹⁷². Такая форма осуществления добровольной юрисдикции не является еще нотариальной, хотя и приближается к ней. Она весьма напоминает форму *ostenzio cartae*, получившую развитие на севере Италии начиная с IX в. и распространившуюся затем на юг Франции.

Институт опеки также получил свое развитие в последующем законодательстве. Как уже отмечалось, Петр I сделал опеку государственным учреждением. Окончательное же «уста-

новление таких учреждений принадлежит императрице Екатерине II: по Учреждению о губ. 1775 г., для дворян устанавливается дворянская опека при уездном суде, а для граждан – городской сиротский суд при магистрате (Учр. о губ., ст. 209–222 и 292–305; опека над малолетними из казенных крестьян поручена в 1797 г. волостному голове; опека над лицами духовного сословия поручена духовному начальству в 1817 г.). Тогда в законе определяются качества, требуемые от опекуна; опекуном не может быть банкрот и подсудимый; тогда же определен порядок отдачи в опеку, власть опекуна и прекращение опеки; если опекун не назначен в завещании, его назначает дворянская опека или сиротский суд; оставленному имуществу составляется опись с участием упомянутых правительственных мест»¹⁷³.

Однако какой-либо системы законодательство в сфере бесспорной юрисдикции не имело. Ко времени издания Устава гражданского судопроизводства 1864 г. бесспорные гражданские дела рассматривались различными органами – как судебными, так и административными.

Тем не менее необходимо отметить, что многие дела добровольной юрисдикции входили в компетенцию судов, называясь делами судебного управления. Сведения о многочисленных делах «охранительного производства», как назвал их автор, их подведомственности, содержатся в работе С.И. Зарудного «Охранительные законы частного гражданского права. Опыт исследования о системе русских гражданских законов», изданной в 1859 г.¹⁷⁴

Из данного исследования можно увидеть, что в Своде законов Российской Империи, в особенности в томе X, к середине XIX в. уже содержалось достаточное количество «охранительных законов» частного права, т. е. законов, регулирующих способы укрепления, удостоверения, подтверждения субъективных прав¹⁷⁵. Однако системности в вопросах регулирования подведомственности этих дел, а также процедур их рассмотрения и разрешения не было. Имелись лишь различные накопившиеся со времен Петра I законодательные акты, помещенные в разные тома Свода законов Российской Империи, регулирующие те или иные вопросы, касающиеся рассмотрения этих дел. Самих категорий дел добровольной юрисдикции, как это видно из таблицы С.И. Зарудного, размещенной в вышеупомянутом исследовании, насчитывалось уже достаточное количество¹⁷⁶.

3.2. Охранительное судопроизводство по Уставу гражданского судопроизводства 1864 г.

Новая веха в истории бесспорной юрисдикции в России начинается с 1866 г., с даты принятия Книги IV Устава гражданского судопроизводства, регламентирующей порядок рассмотрения дел охранительного производства¹⁷⁷.

Содержание Книги IV Устава гражданского судопроизводства хорошо известно, в научной литературе выявлены достоинства и недостатки законодательной регламентации охранительного судопроизводства¹⁷⁸.

Однако в отечественной научной литературе совершенно не затронут вопрос о том, каким же виделось в теоретическом плане судопроизводство охранительное законодателю и ученым XIX в.? Интересным представляется сравнить законодательную концепцию и теоретическое осмысление современного особого производства в гражданском процессе и судопроизводства охранительного.

Прежде всего необходимо оговориться, что исследование сущности и особенностей деятельности суда по рассмотрению дел неспорного характера, неисковых дел в России началось лишь с начала XIX в. До этого времени осмысление самого гражданского процесса, т. е. даже деятельность судебных органов по рассмотрению споров о праве гражданском, было весьма скудным.

Как отмечает Г.Ф. Блюменфельд, первая «попытка "теории" в этой области знания принадлежит Филиппу-Генриху Дильтею», из-под пера которого в 1779 г. появился труд на латин-

ском и русском языках под названием «Исследование юридическое о принадлежамъ для суда месте, о судебной власти, о должности судейской и т. д.»¹⁷⁹. Однако указанное произведение, в силу его особенностей, «осталось чуждым русскому читателю и было предано забвению»¹⁸⁰.

После этой работы в России стали появляться труды, в которых изучению подвергалась судебная деятельность по разрешению споров о праве гражданском, а также деятельность суда в рамках добровольной юрисдикции, однако, видимо, первым в России автором, который уделил достаточно много внимания проблеме бесспорных дел, рассматриваемых судами, был В.Г. Кукольник. Ему же отдают и «первенство "теории" в области русского гражданского процесса», ввиду того, что другие авторы затрагивали эту область знаний в своих трудах лишь «попутно», либо писали «весьма темно»¹⁸¹.

В своей работе «Российское частное гражданское право», увидевшей свет в 1815 г., В.Г. Кукольник посвятил изложению «обряда гражданского судебного делопроизводства» целый том (вторую часть работы), а «охранительной юрисдикции» один параграф во второй части работы¹⁸².

Различие в деятельности суда по разрешению исковых и неисковых дел В.Г. Кукольник видел в целях деятельности. «Хотя главная цель гражданского суда состоит в доставлении подсудным требуемого ими правосудия, состоящего в восстановлении нарушенных их прав и в решении споров, происходящих от сомнительности оных, однако же кроме тяжёбных дел, отнесены еще к гражданским судам некоторые другие неисковые дела, имеющие целью упреждение нарушения прав граждан, либо сомнительности, могущей произойти об оных»¹⁸³.

Конечная цель искового процесса – восстановление права, когда оно нарушено, охранительной юрисдикции – предупреждение прав граждан от нарушения.

Мысль В.Г. Кукольника о разграничении дел исковых и дел охранительного производства по целям деятельности суда, по всей видимости, не была новой в то время для зарубежной литературы¹⁸⁴. Однако в России она была высказана и обоснована впервые, что имело существенное значение для последующего осмысления деятельности суда по рассмотрению и разрешению дел охранительного производства.

Достаточно указать на то, что указанный труд В.Г. Кукольника был известен С.И. Зарудному и использовался им в качестве материала для разработки норм Устава гражданского судопроизводства, касающихся охранительного производства¹⁸⁵.

Следующая заметная работа, которая волею судеб так и осталась до настоящего времени в России единственной, где автор достаточно детально рассмотрел примеры зарубежных (западноевропейских) законодательств и проанализировал мнения, высказанные в зарубежной доктрине, касательно сущности дел «добровольной или неспорной юрисдикции», – это уже упомянутый выше труд С.И. Зарудного «Охранительные законы частного гражданского права. Опыт исследования о системе русских гражданских законов», вышедший в 1859 г.

Для понимания значения этой работы для нашего гражданского судопроизводства следует лишь указать, что ко второй половине XIX в. в России еще не сложилось какого-либо теоретического представления о целях и задачах суда при рассмотрении неисковых (бесспорных) дел. Дело в том, что компетенцией по разрешению исковых дел обладали не только «судебные места», но и органы исполнительной власти. Теория разделения властей не была четко проведена в нашем законодательстве, и рассмотрение споров осуществлялось по весьма запутанным правилам различными органами исполнительной власти. Как отмечал Г.Ф. Блюменфельд, в одном из рескриптов начала XIX в. (25.08.1801) «сама верховная власть признавала, что "правила обрядовъ, бывъ разсеяны во многих законахъ, едва лучшимъ законоискусникамъ во всей подробности ихъ сведомы"»¹⁸⁶.

Тем более это касается дел бесспорных, или дел «добровольной юрисдикции», как их называли в то время в европейских странах, следуя традициям римского права. С.И. Зарудный по этому поводу писал: «Для сих последних дел в наших законах нет особых правил. Нет даже полного исчисления оных, или какого-либо определения, обнимающего все частные случаи. Есть только указания на существование особого рода дел, отнесенных к частному порядку и называемых, по примечанию к ст. 496 т. X ч. II зак. гражд. судопр., весьма неправильно, делами судебного управления»¹⁸⁷.

Общий беспорядок, царивший в области судопроизводства по гражданским делам, конечно, не позволял без осмысления и законодательного закрепления общих начал судопроизводства и судопроизводства приступить к сколько-нибудь детальному изучению частных и исключений из общих правил гражданского процессуального права.

Однако, несмотря на большое количество неясностей даже в области фундаментальных начал правосудия, усердие С.И. Зарудного позволило ему при подготовке судебной реформы изучить проблему «охранительных законов гражданского права» через призму теории и практики иностранных государств. Его смело можно назвать отцом охранительного судопроизводства, появившегося в нашем гражданском процессе в 1866 г. вместе с книгой IV Устава гражданского судопроизводства.

Каким же виделось охранительное судопроизводство С.И. Зарудному?

Анализируя точки зрения иностранных авторов, С.И. Зарудный приходит к выводу, что «законы гражданского права могли бы быть подразделены на два отдела: 1) законы положительные о существе прав и обязанностей; 2) законы охранительные, определяющие где и каким порядком устанавливаются, подтверждаются, охраняются и ограничиваются права и обязанности»¹⁸⁸.

При этом «законы охранительные заключают в себе ничто иное, как правила о составлении доказательств по всем предметам гражданского права и потому самому относятся как к личным правам, так и к правам по имуществу».

Какие же государственные органы должны «приводить в исполнение законы охранительные»? По мнению С.И. Зарудного, обязанности по «совершению действий охранительного порядка» по общему правилу должны быть возложены на «места правительственные»¹⁸⁹.

В чем же состоит отличие функций суда по рассмотрению дел «тяжебного» производства от функций по рассмотрению дел добровольной юрисдикции, которые по общему правилу не должны осуществляться судом?

Поскольку «порядок охранительного производства» состоит в «создании и утверждении предварительными бесспорными действиями правительства» прав и обязанностей, для того чтобы они «считались законными», то и целью его является «не что иное, как утверждение существующего права и составление доказательств в видах предупреждения спора». Если «в первом случае (*в тяжёбом производстве* – А.А.) разрешается спор двух лиц, имеющих противоположные интересы, во втором (*в охранительном производстве* – А.А.) исполняется согласное желание лиц, в видах обеспечения исполнения свободной воли, получившей силу права, и это желание облачается в законную, обязательную форму»¹⁹⁰.

В чем же состоят «главные неудобства неопределительности правил о делах охранительного порядка» и почему по общему правилу суды не должны осуществлять добровольную юрисдикцию? Во-первых, потому что «судебные места отвлекаются от главных своих обязанностей – рассмотрения судебных дел, – множеством занятий, принадлежащих собственно к ведомству мест и лиц правительственных». Во-вторых, «жалобы спорящихся поступают в те же судебные места, которые совершали охранительные действия. Но может ли судебное место, совершившее акт или другое охранительное действие, рассматривать беспристрастно тяжбу, возникшую вследствие неправильного совершения акта, назначения опеки, т. е. судить

о последствиях неправильности своих действий?»¹⁹¹. Понятно, что нет, ибо правило, известное со времен римского права «*Nemo iudex in causa sua*», не знает исключений.

В то же время, если общим правилом должно являться совершение охранительных действий «правительственными местами», то в качестве исключения оправдана и судебная подведомственность по такого рода делам. В чем же должны состоять исключения?

По мнению С.И. Зарудного, в области личных прав на места правительственные должна быть возложена обязанность составления актов состояний, а на места судебные обязанность разрешать вопрос о лишении либо ограничении прав состояния. «Общее всем государствам» и закрепленное в законах о состояниях Российской империи правило гласит, что «никто не может быть лишен прав состояния или ограничен в сих правах иначе как по суду»¹⁹². Это правило должно распространяться, например, на судебную подведомственность дел о признании лица безвестно отсутствующим – «признание безвестного отсутствия, как сопряженное с лишением гражданских прав», должно быть предоставлено «местам судебным»¹⁹³. То же можно сказать про дела о назначении опеки и попечительства. С.И. Зарудный с сожалением отмечает, что «общее свойство всех европейских законодательств, кроме России, состоит в том, что назначение опеки, как ограничение прав личных и имущественных, принадлежит судебным, а не правительственным местам. Напротив того, назначение опекунов принадлежит правительственным местам»¹⁹⁴.

В области имущественных прав ввиду особого значения публичности прав на недвижимое имущество и несовершенства ипотечной системы на судебные места необходимо возложить обязанность по вводу во владение недвижимым имуществом, а также обязанность по принятию охранительных мер в отношении наследственного имущества.

Здесь тоже проявляется общее правило: «право состояния и право собственности должны состоять под исключительным и полным покровительством судебной власти. Ограждение этих прав есть главная цель существования судебных мест во всем мире. Это не национальное, а общенародное начало»¹⁹⁵.

Однако возложение обязанности по принятию охранительных мер в отношении наследственного имущества, по мнению С.И. Зарудного, необходимо возложить на мирового судью по образцу французского права.

С.И. Зарудный отмечает интересную деталь французского законодательства того времени, а именно: наличие во французском гражданском судопроизводстве фигуры мирового судьи, который является «важным и необходимым органом судебной власти» и «служит весьма часто посредником между судебными и правительственными местами, а потому учреждение его носит в себе характер тех и других. Мировой судья есть что-то среднее между судебной и административной властью... Вообще участие его является всегда там, где вследствие необходимости или каких-либо других причин, допускается смешение власти судебной и правительственной»¹⁹⁶.

Как известно, институт мировой юстиции появился и в нашем законодательстве во времена судебной реформы 1864 г. Мировой судья рассматривал в порядке охранительного производства дела «о вызове наследников умершего лица и об охранении его имения», а также о разделе наследства (движимого имущества) на сумму менее 500 руб.¹⁹⁷

В результате судебной реформы рассмотрение дел о вводе во владение недвижимым имуществом было поручено суду, что объяснялось отсутствием надлежащей системы регистрации прав на недвижимое имущество, а рассмотрение дел об охранении наследственного имущества было поручено мировому судье, который является «там, где по видимому обязанности мест судебных и правительственных сталкиваются, и где по недостатку в лицах, теория о разделении властей не может быть приведена в действие»¹⁹⁸.

Итак, по мнению С.И. Зарудного, «дела охранительного производства» должны быть поручены местам правительственным, но в качестве исключения и местам судебным. Суды должны рассматривать лишь конкретные категории дел охранительного производства ввиду их особого значения. Кроме этого, желательно, чтобы рассматривали такие дела мировые судьи, которые являются посредниками между судебной и исполнительной властью.

Поскольку С.И. Зарудный имел огромное влияние на работу комиссии, подготавливающей судебные Уставы 1864 г., его взгляд на охранительное производство и функции суда по рассмотрению дел добровольной юрисдикции воплотился в нормах права, содержащихся в Книге IV Устава гражданского судопроизводства¹⁹⁹.

Разработчикам IV книги УГС (Судопроизводство охранительное) сущность охранительного судопроизводства виделась «исключительно в определении порядка производства дел по удостоверению или охранению прав частных лиц в тех случаях, когда по действующим ныне законам гражданским требуется, в удостоверение воли частных лиц, содействие мест или лиц судебного ведомства»²⁰⁰.

Необходимость в существовании правил охранительного производства в отечественном гражданском процессе связывалась дореволюционными авторами с несовершенством норм материального права (которое надеялись исправить после принятия Устава гражданского судопроизводства), а именно нормами, содержащимися в томе X Свода законов Российской Империи, которыми была определена судебная подведомственность, в частности дел о принятии охранительных мер в отношении наследственного имущества²⁰¹.

К сожалению, охранительное производство не пользовалось особым «успехом» у наших дореволюционных авторов, и за короткий период в пятьдесят с небольшим лет по этой теме не было написано полноценных монографических работ теоретического плана. В основном учебные касались проблем охранительного производства лишь попутно – в учебных курсах либо научных статьях. Кроме этого, имеются две работы, посвященные исключительно охранительному производству, но они носят практический характер, являясь, по – сути, пособиями по ведению (рассмотрению) дел охранительного производства²⁰².

И все же последующее теоретическое осмысление охранительного производства имело уже отправной пункт в законодательстве, а значит, нужно было лишь время, чтобы более детально изучить с учетом сложившейся судебной практики сущность и особенности охранительного производства²⁰³. Однако его как раз у дореволюционных ученых не оказалось в достатке ввиду разрушительных последствий революции 1917 года.

Итак, какой же виделась авторам правовая природа дел охранительного производства?

Охранительное судопроизводство, осуществляемое судами, предполагалось лишь частью более обширной области «охранительного производства» или «охранительного судопроизводства в самом широком смысле», в которую включалась деятельность и несудебных органов по охранению и удостоверению гражданских прав. Как уже отмечалось, С.И. Зарудный в своей работе привел «систематическую таблицу русских охранительных законов гражданского права», из которой можно увидеть, что, кроме видов охранительного производства, урегулированных позднее книгой IV Устава, существует еще множество других видов охранительных производств. Э.И. Гельвих также отмечал, что охранительное судопроизводство в самом широком смысле охватывает всю область норм охранительного судопроизводства, «как-то все производство об опеке, дела брачные и т. д... в которых судебные органы не принимают участия»²⁰⁴.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.