

ЧАСТНОЕ ПРАВО

Научно–публицистический очерк

1999

*Моему другу, доброму и надежному товарищу в жизни,
во всех делах, юристу от Бога Станиславу Антоновичу Хохлову
посвящаю*

СЛОВО — ЧИТАТЕЛЮ

В этой небольшой книге рассказывается о частном праве — одном из участков российской юридической системы, по представлениям многих людей — «закоулке» нашего права — не очень заметном, явно непрестижном, даже чуть ли не ущербном, заслуживающем если не отрицательной, то сдержанной оценки.

Между тем именно от этого «закоулка» решающим образом зависит успех наших реформ и, смею сказать, судьба нашего Отечества, наше будущее.

Так что — прошу внимания. Тем более, что в ходе изложения, наряду с общеизвестными и простыми юридическими сведениями, придется затронуть довольно сложные, не сразу очевидные проблемы. Нередко — дискуссионные.

Книга связана с утверждением, точнее — восстановлением самой идеи частного права в нашей стране, с организацией и работой Исследовательского центра частного права, с работой первого в истории страны учебного заведения высшей юридической подготовки — Российской школы частного права. Книга во многом воспроизводит курс лекций, который мне довелось читать в этой Школе.

Организация и деятельность Исследовательского центра и Школы для меня неотделимы от двух замечательных людей, ушедших из жизни, — моего учителя Бориса Борисовича Черепяхина и моего друга, высококлассного юриста, надежного товарища в делах последних лет Станислава Антоновича Хохлова

С первых дней работы Исследовательского центра и Школы Станислав Антонович говорил об острой потребности рассказать об этом неведомом многим людям в нашей стране феномене — частном праве.

Вот, Слава, книга, в которой я в меру своих сил попытался реализовать твою идею.

Сергей Алексеев

1. ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ О ПРАВЕ

СЛОВО «Право» — это слово сейчас у всех на слуху, стало обыденным, привычным. Мы говорим: «Нужно создавать правовое государство», «Следует соблюдать нормы права».

Но что такое «право»?

По широко распространенным представлениям право относится к обязательным юридическим установлениям при жестких требованиях их соблюдения всеми людьми.

Действительно, право — если не углубляться в тонкости (пусть, как мы увидим, и очень важные) — есть не что иное, как основание, которое *определяет, к т о и ч т о в п р а в е д е л а т ь, как поступать*. Вправе ли, скажем, региональные органы власти устанавливать для населения новые налоги. Вправе ли отдельный гражданин или даже группа граждан без обращения в государственные инстанции объявлять себя особым субъектом права, «юридическим лицом». Или — заключать какие-то договоры, которые не упомянуты в Гражданском кодексе. Или — в одностороннем порядке объявлять себе отсрочку в уплате долга. И так далее.

С этой стороны для права (российского права в целом, административного права, налогового права, порядка признания групп граждан юридическими лицами и пр.) характерны такие две особенности.

П е р в а я. Основание, благодаря которому определяется «вправе» или «не вправе» в поведении людей, должно быть *выражено в законе*. Или — в другом официальном акте, документе, в котором, так же как и в законе, содержатся общеобязательные правила, — допустим, в указах президента, постановлениях правительства. В ряде стран — США, Великобритании, некоторых других значение указанного основания, наряду с законом, принадлежит решениям судов, так называемым *прецедентам*, т.е. решениям по юридическим делам, которые приобрели характер «образцов» и тоже имеют при рассмотрении аналогичных вопросов обязательное значение. Юридическое значение могут иметь и обычаи.

В связи с таким значением законов в России в других странах континентальной Европы слова «право» и «закон» («законодательство») по большей части употребляются как близкие, во многом совпадаю-

шие, взаимозаменяемые. Чаще даже в обычном словоупотреблении звучит, например, выражение «российское законодательство», нежели «российское право».

По этой же причине, т.е. в силу близости понятий «право» и «закон», требование строжайшего исполнения юридических норм, в том числе выполнения каждым лицом своих юридических обязанностей, называется *законностью*.

И в т о р а я особенность, характерная для права. Выраженное в законе основание для определения «вправе» — «не вправе» имеет *официальный* и в этом смысле *публичный характер*. То есть оно исходит от всего общества, от государства в целом, от всего — как принято считать — народа, признается обществом и государством (и в принципе, по идее должно признаваться всем населением) безусловно обязательным, императивным в жизни общества и каждого гражданина. Отсюда, надо заметить, столь твердым, строгим, категорическим является принцип законности в обществе.

ТАКОЕ понимание права, когда на первый план выдвигаются «обязанности», «ответственность», а вслед за тем — «законность» (с ударением на публичность, императивность), не только широко распространено, но и во многом обосновано по существу.

Человеческое общество — и на всей нашей планете, и в особенности в каждой отдельной стране — это не просто некое хаотическое множество отдельных индивидов, обособленных, изолированных друг от друга особей. Человеческое общество — это всегда *организованное целое*, всегда в той или иной мере упорядоченное сообщество людей как разумных существ. Сообщество, в котором функционируют «определенные механизмы», институты, призванные поддерживать организованность, известную упорядоченность складывающихся в нем отношений.

К таким «механизмам», институтам, «настроенным» на то, чтобы вводить и обеспечивать отработанные формы организованности, упорядоченности отношений людей в обществе, и относится право. Его задача, как мы видели, — давать основание для того, чтобы определять «вправе» — «не вправе» кто-либо определенным образом поступать, действовать. И право решает такого рода задачу в немалой степени как раз путем установления строгих юридических обязанностей, ответственности за их неисполнение, путем проведения в жизнь требования неукоснительной законности.

Замечу, что подобная трактовка права имеет известные, так сказать, природные предпосылки. По свидетельству современной науки

о поведении и нравах живых организмов (этологи), в особенности «организованных» сообществ животных, здесь могут быть обнаружены некоторые — хотя и очень дальние и далекие — природные корни. Для таких сообществ, нередко с высокоорганизованной структурой совместного поведения, характерно жесткое иерархическое построение их «социальной организации», в соответствии с которой каждая особь выполняет сообразно существующей иерархической пирамиде строго «свои» функции (получившие потом, уже в отношении к аналогичным явлениям человеческого сообщества, названия «обязанность», «ответственность», «порядок», «дисциплина»). Интересный материал по всем этим вопросам содержится в прекрасной книге В. Дольника «Непослушное дитя биосферы» (Педагогика-пресс, 1994), отдельные положения которой оказываются важными и для понимания ряда других юридических вопросов.

Вместе с тем важно обратить внимание на то, что представления о праве как об инструменте обеспечения порядка и дисциплины отражают не только природные предпосылки, но и прежде всего потребности именно человеческого общества. Причем — *любого* общества. Даже самого по современным критериям демократического, утверждающего себя в качестве последовательно «свободного».

Например, Соединенные Штаты Америки, действительно, могут гордиться высоким уровнем развития демократических институтов, предоставляющих гражданам широкий, казалось бы, безграничный простор для свободы. Но попробуйте, окажись вы в Америке, встать со своего сиденья в салоне и выйти в проход самолета, совершившего посадку, пока он еще не вырулил на место стоянки и не заглушил моторы... Попробуйте «просто так» оставить автомашину у тротуара оживленной улицы... Или «просто так», даже со ссылкой на уважительные причины, отказаться от уплаты своего долга. Попробуйте, и вы тут же встретитесь с неуступчивым членом экипажа самолета, полицейским, адвокатом, оформляющим иск в суд, а затем с безусловно обязательным решением суда. Словом, сразу увидите, как тотчас же строго, непреклонно заработает государственная машина, настроенная на то, чтобы юридические обязанности все равно были исполнены, а виновные в их неисполнении несли юридическую ответственность. Да куда уж дальше, как говорится, идти, когда вот совсем недавно в высшем законодательном органе страны, в конгрессе, решался вопрос об импичменте — отрешении от власти — президента, весьма успешно, кстати, справляющегося со своими президентскими делами, только за «дачу ложных показаний под присягой» да за «давление на суд».

Скажу больше. Именно в тех странах, в которых получили существенное развитие демократические институты, именно там в отношении юридических обязанностей и ответственности действуют жесткая, пожалуй, даже жесточайшая законность, требования безусловно точного и своевременного исполнения каждым своих юридических обязанностей.

Именно поэтому, рассматривая право, необходимо первоначально обозначить его — пусть и не самую главную, но все же совершенно обязательную, непремennую черту — властно-государственную основу права в обществе, его принудительность и публичность, то обстоятельство, что для права характерны строгие обязанности и ответственность. И еще — то обстоятельство, что право становится всего лишь бумажкой, пустым звуком, ничего не значащей декларацией, если нет механизма (аппарата), который был бы способен фактически, на деле осуществлять юридические нормы, добиваться исполнения каждым своих обязанностей и в необходимых случаях возлагать на виновных лиц ответственность.

Таким образом, нормальная жизнь в обществе во многом зависит от того, насколько эффективно работает вся государственно-юридическая машина и, стало быть, насколько действенна борьба с преступностью, насколько успешно искореняется коррупция, полно и точно исполняются всеми лицами возложенные на них юридические обязанности.

В кульминационные же периоды развития и тем более реформирования общества — такие, как сейчас у нас, в России, когда, например, решается задача финансовой стабилизации и упорядочения бюджетных отношений, — своевременное и полное выполнение каждым своих обязанностей (допустим, уплата налогов, платежи обязанных лиц в бюджет и во внебюджетные фонды) приобретает повышенную, «кричащую» остроту. Одновременно исключительно важной становится деятельность по обеспечению безопасности граждан, в том числе предпринимателей, да и вообще строжайшей законности во всех сферах жизни общества.

А ТЕПЕРЬ — пункт, к которому хотелось бы привлечь внимание.

Ну хорошо, согласится, по-видимому, каждый, право возлагает юридические обязанности, предполагает строгую ответственность виновных лиц. Но, спрашивается, нет ли здесь какого-то обобщающего понятия, которое показало бы место и значение права в жизни людей?

Да, такое понятие есть. И оно позволяет раскрыть важнейшие особенности этого явления, обозначаемого словом «право».

Право — это *целесообразный, эффективный* и во многом *незаменимый регулятор*, в чем-то похожий на другие «регуляторы» (например, в технических устройствах) или даже на регулятор дорожного движения. Но — именно регулятор в обществе, да притом такой, который способен на высоком уровне выполнять многообразные задачи. В том числе и только что упомянутую задачу — «вводить» в общество и обеспечивать в нем высокую организованность, порядок, дисциплину.

Каковы же особенности права, которые позволяют ему выполнять функции регулятора в обществе?

Об одной из таких особенностей в общем уже говорилось. Это — *властность, принудительность* права — особенность, которая и придает обязанностям, имеющим юридический характер, твердость, непреложность, т.е. такое их качество, когда они силой государственного принуждения проводятся в жизнь.

Вместе с тем у права есть и другие особенности, имеющие значение *уникальных достоинств*. Речь идет о том, что для права характерны: *нормативность* (притом — общеобязательная, всеобщая) и *определенность* в правах и обязанностях.

Рассмотрим вкратце эти два уникальных достоинства.

Итак, сначала — *н о р м а т и в н о с т ь*. Право каждой страны (российское, право Финляндии, французское право и т.д.) *состоит из норм*, т.е. общих правил — правил, обязательных для всех, кого они касаются.

Здесь трудно удержаться от того, чтобы с известным, прошу прощения, восхищением (и даже удивлением) не сказать об этом предельно простом, а по сути поразительном изобретении человечества — «норме». Ведь это надо же было на каком-то этапе становления человеческого рода «открыть норму» — утвердиться в том, что для самого существования сообщества разумных существ — людей, для обеспечения стабильности и постоянства их жизни требуются не просто какие-то разумные решения, а отработанные *типовые* решения, возведенные в *общие и постоянные правила* — нормы. Потому-то все известные обществу «регуляторы» — мораль, обычаи, корпоративные правила — состоят именно из норм, т.е. общих правил, распространяющихся на «всякого и каждого», действующих непрерывно и не требующих по большей части каких-то в каждом случае разовых решений.

А вот в праве — через законы — человек, овладев этими нормами, их удивительными качествами, может придать нормам еще большую общность, вплоть до всеобщности, а также уже упомянутое ранее качество — твердость, постоянство (хотя, к сожалению, и возможность произвольного маневрирования ими).

Здесь раскрывается один из важнейших «секретов» жизни общества и права как системы норм. В сообществе людей — живых существ, наделенных разумом, — непрерывно возникают ситуации, требующие *решения*. Такого рода решения могут быть достигнуты и в жизни зачастую действительно достигаются, так сказать, в разовом, индивидуальном порядке — для каждого случая в отдельности (это требует большой траты сил и часто создает обстановку произвола). Отработанные же типовые решения в виде норм, особенно правовых норм, не только по большей части не требуют в дополнительном порядке особых индивидуальных решений и не только «экономят силы», но главное — создают условия для устранения разноречия при решении жизненных ситуаций, для устранения возможности здесь произвола и позволяют строить жизнь на разумных началах.

Выходит, при помощи нормативности можно не просто «регулировать», но и достигнуть *всеобщности и постоянства* данного общественного порядка. И, следовательно, возникает возможность слаженного функционирования сообщества людей (существ разумных, но таких разных, порой не обузданных в своей «разумности», увлечениях и страстях) — функционирования как *единого целостного организма* и к тому же функционирования *непрерывного и постоянного во времени*. Не правда ли, в отношении права, юридических норм есть основания утверждать (такого мнения придерживается автор этих строк), что сам по себе феномен «норма», а тем более «норма права» представляет собой *продукт разума*, важнейший элемент человеческой культуры?

Обратимся к другой особенности права — о п р е д е л е н н о с т и прав и обязанностей. Именно право — смею сказать, только право из всей массы разнообразных «регуляторов», обычаев, морали и т.д.! — *способно* обеспечить строгую определенность в наш бурный век — определенность всего того, что для каждого человека в самых различных жизненных ситуациях «можно», а что «нельзя», т.е. что то или иное лицо делать «вправе, а что — «не вправе».

Право потому может быть охарактеризовано как эффективный, во многом незаменимый регулятор, что с помощью юридических норм можно точно определить: такие-то и такие-то вопросы решают государство, должностные лица, а такие-то и такие-то вопросы человек может решать сам, по своей воле, и эта сфера строго определена и закреплена именно за данными лицами и им ни у кого на этот счет не нужно испрашивать разрешения. И есть участки жизни, где все же нужно получить разрешение от власти (например, для того, чтобы приобрести статус индивидуального предпринимателя либо «юридического лица»; или уже в другой области отношений — занять, допу-

стим, в пригородной местности участок земли под дачу). А здесь уже все, нередко до деталей и мелочей, должно быть расписано, в частности и то, как и когда, допустим, разрешение на получение земельного участка под дачное строительство может быть не дано и какие возможности имеет человек для того, чтобы и здесь добиться законной справедливости. Еще более это необходимо в областях жизни, где господствует принцип «нельзя», в особенности при ответственности за преступления, а также в областях жизни, касающихся государственных дел — налогов, призыва молодых людей в вооруженные силы, таможенного контроля, санитарного надзора.

Почему именно право способно достигнуть высокой определенности в правах и обязанностях? А потому, что оно выражается в законах (иных нормативных актах), которые — обратим внимание на этот момент — представляют собой *письменные* документы. Стало быть, здесь не просто слова, фразы, пожелания и требования, а строгие, письменно зафиксированные формулы (которые не «вырубишь топором») по канонам законности — с отработанным текстом, при необходимости с формальными критериями, цифровыми показателями. Причем — все это фиксируется в официальном документе, который освящается и поддерживается авторитетом и силой власти.

Вот перед нами принятый летом 1998 г. Федеральный закон о народных предприятиях (он называется «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)». — Собрание законодательства РФ. 1998. № 30. Ст. 3611). В нем в ст. 2 устанавливается, что в народное предприятие может быть преобразована «любая» коммерческая организация, и тут же вносится определенность: «...за исключением государственных унитарных предприятий, муниципальных унитарных предприятий и открытых акционерных обществ, работникам которых принадлежит менее 49% уставного капитала». Или в ст. 6 сказано: «Один акционер народного предприятия, являющийся его работником... не может владеть количеством акций народного предприятия, номинальная стоимость которых превышает 5% уставного капитала народного предприятия». Словом, здесь благодаря приведенным и многим другим положениям Закона при решении жизненных ситуаций, возникающих при образовании и функционировании народных предприятий, есть типовые решения — строгие, по ряду вопросов математически определенные критерии.

ТАКИМ ОБРАЗОМ, с помощью достоинств права (нормативности, определенности в правах и обязанностях) оказывается возмож-

ным достигнуть того, чего не способны сделать в необходимой мере никакие иные «регуляторы» (ни обычаи, ни мораль, ни корпоративные нормы и т.д.), — *создать в данном обществе единый, непрерывно действующий, строго определенный, гарантированный порядок* в экономических, политических и иных отношениях, поддерживать известный уровень дисциплины и ответственности.

К определенному часу люди идут на работу. В установленное время открываются магазины и начинает работать городской транспорт. Сохраняется правостороннее движение. Продолжает действовать существовавший «вчера» порядок судебного обжалования неправомерных действий должностных лиц. Возможность — как и ранее — привлечь к уголовной ответственности за уклонение от уплаты налогов. Никто не вправе — как всегда — в одностороннем порядке отказаться от выполнения обязательства. И так далее.

А ТЕПЕРЬ ВНИМАНИЕ! На первый взгляд может сложиться впечатление, что право при всей важности его только что отмеченных особенностей (прежде всего — нормативности и способности достигать высокой определенности в правах и обязанностях) — это все же не более чем некое «механическое устройство», «агрегат» порядка и дисциплины, который к тому же в основном используется государством, властью. И здесь этот «агрегат» как будто бы не имеет прямого отношения к человеку, личности, ее интересам, ее положению в обществе. Ведь даже самая тираническая, античеловечная власть и та с помощью «своих» законов стремится добиться и добивается «своего» порядка!

Но вовсе не случайно указанные особенности права названы *достоинствами*, притом уникальными. Право благодаря этим особенностям при реализации своих функций по обеспечению организованности и дисциплины *порождает одновременно поразительный, неожиданный эффект*. Эффект, который является неизбежным следствием реального, практического использования права как нормативного регулятора и одновременно свидетельствует о его новых, весьма важных гранях.

Прежде всего такой эффект связан с н о р м а т и в н о с т ь ю права, с нормами (которые, напомним, сами по себе явление поразительное). Ведь действие норм, т.е. общих правил, тем более общих правил, выраженных в законе, означает, что те или иные требования и положения *одинаково распространяются на всех — на заранее неопределенный круг лиц*, подпадающих под действие нормы.

Одно дело, например, когда властвующее лицо предписывает что-то другому в индивидуальном порядке: «Петр обязан возместить убытки

Иосифу за вред, причиненный его посевам». И принципиально иное дело, когда устанавливаются норма, общее правило: «Всякое лицо, причинившее вред посевам, обязано возместить убытки хозяину» или правило еще более общего характера: «Всякое лицо, причинившее вред другому лицу, обязано возместить убытки». В последнем случае Петр также будет нести ответственность перед Иосифом. Но наряду с этим по данному кругу вопросов (возмещение убытков за причиненный вред) наступает неизбежное следствие от самой нормативности. Все лица — и это благодаря именно эффекту нормы! — оказываются в *равном положении*.

Стало быть, само по себе действие норм (и чем более высок уровень их «общности», тем во все большей мере) утверждает начала равенства между лицами. И отсюда в обществе, даже при отсталых, реакционных и тиранических режимах, в какой-то мере (пусть и в самой малой) утверждается принцип одинакового подхода к людям, «равных мер», «равновесности» в их правах, обязанностях, ответственности.

Не менее существенное значение (притом опять-таки для человека, для личности) имеет и другая, казалось бы, «техническая» особенность права — *определенность* прав и обязанностей.

На это обратил внимание дореволюционный специалист по гражданскому праву Иосиф Алексеевич Покровский¹. Наряду с признанием важности нормативности права он выдвигает на первое место среди достоинств права именно его способность вносить в нашу жизнь *необходимую определенность*! Вот что пишет русский правовед: «Одно из первых и самых существенных требований, которые предъявляются к праву развивающейся человеческой личности, является требование *определенности* правовых норм». И дальше следует такая мысль: определенность права «*становится вопросом само́й личности*». Индивид, поставленный лицом к лицу с обществом, государством, имеет право требовать, чтобы ему было этим последним точно указано, чего от него хотят и какие рамки ему ставят. Логически это право на определенность правовых норм есть одно из самых неотъемлемых прав человеческой личности, какое только себе можно представить; без него, в сущности, вообще ни о каком «праве» не может быть речи»².

¹ Не так давно издательство «Статут» переиздало эту книгу (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998) с прекрасной вступительной статьей профессора А.Л. Маковского под названием «Выпавшее звено» (Там же. С. 3—32). Не сомневаюсь, читатель, обратившись к этой замечательной книге, получит истинное удовлетворение от знакомства с основательным научным исследованием по праву.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 89.

И здесь еще такой момент, связанный с «самой первой» особенностью права — его *властностью, принудительностью*. С тем, что право в государстве *действует как закон* (юристы называют его «объективным правом» или «позитивным правом») и что юридические нормы обеспечиваются и гарантируются, как мы видели, самой мощной силой в обществе, — принудительной силой государственной власти.

А это означает, что и определенность права, и его нормативность приобретают качество *прочности, надежности*. Отсюда прочным, надежным становится правовой порядок в обществе — обстоятельство исключительной важности не только для общества в целом, но и опять-таки для каждой личности.

И по этому вопросу возьмем на заметку слова профессора И.А. Покровского: «Если первым требованием развивающейся личности к правопорядку является требование определенности права, то вторым является требование его *п р о ч н о с т и*. Впрочем, оба требования тесно друг с другом связаны: они оба — только две стороны одной и той же естественной и «неотъемлемой» потребности индивида иметь свое ясное и определенное место в жизни целого социального организма»¹.

И отсюда вывод в отношении законности.

Именно в силу нормативности права и других его достоинств может быть выдвинут и может обеспечиваться *принцип* законности. То есть не просто требования обязательности юридических норм, но такого рода требования *ко «всем лицам»* — ко всем гражданам, должностным лицам, государственным органам — *действовать в строгом соответствии с законом*. А в случае совершения поступков, не соответствующих юридическим нормам, — «отвечать по закону», нести юридическую ответственность. И опять-таки отвечать «всем лицам».

Более того, новые грани действия права, его «поворот» к человеку, к личности обуславливают необходимость более основательно, более развернутого понимания принципа законности. В частности, того, что принцип законности, наряду с требованием строгого, неукоснительного исполнения всеми лицами юридических обязанностей и ответственности, охватывает и ряд других жестких, императивных требований.

Это прежде всего требование *верховенства закона* (так как именно законы, а не любые нормативные документы, «задают» порядок строжайшего соблюдения и исполнения юридических норм; кроме того, они, законы, касаются правового положения личности, других субъ-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 106.

ектов, их правовых возможностей — того, что они «вправе», а что «не вправе» делать, как поступать).

Оказалось также, что важнейшим элементом законности является требование *равенства всех субъектов перед законом* (и, надо добавить, *перед судом* — обстоятельство в высшей степени важное, в особенности для права англо-американской группы, где источником права является судебный прецедент).

Наряду со всем этим законность — что и подметил И.А. Покровский — должна быть вообще «развернута» на личность, на ее высокое положение в обществе, ее правовые возможности. Здесь стал вырисовываться еще ряд требований, которые, однако, с необходимой определенностью раскрылись в ходе демократического развития общества, утверждения в нем последовательно гуманистических основ (того, что относится к естественному праву).

Впрочем, это уже особый разговор.

А СЕЙЧАС новый поворот в понимании этого сложного социального феномена, который имеет имя «право». Здесь придется обратиться к истории.

Дело в том, что при освещении права концентрация внимания на юридических обязанностях и ответственности не только отражает широко распространенные сейчас и во многом верные представления о «юридической материи», но и имеет свои исторические корни. Долгие-долгие века, вплоть до новейшей истории, право (в виде законов, судебных прецедентов, обычаев) в условиях неразвитой государственности отличалось в основном *предписывающим* и *запретительным* характером и, действительно, в реальной жизни выступало главным образом в виде запретов, обязательных предписаний, юридической ответственности.

«Права» же при таком характере юридической системы представляли собой, по сути дела, некое продолжение обязанностей и ответственности — всего лишь «права требовать» исполнения обязанностей, «привилегии», «притязания».

Новая эпоха в истории человечества, открытая в условиях возрожденческой культуры и идей Просвещения Великой французской революции, потребовала *нового понимания права вообще*.

Почему потребовала?

А потому, что в соответствии с данными современной науки эта новая эпоха в истории человечества была эпохой перехода человечества от традиционных цивилизаций к цивилизациям либеральным. То есть

перехода от порядков и культуры, основанных на власти и насилии (с их императивными предписаниями, запретами, ограничениями), к порядкам и культуре, в центре которых — человек, демократические и гуманистические ценности.

Для истинных цивилизаций нужен новый правовой порядок. Таковой, в котором наряду с необходимыми обязанностями и запретами первостепенное значение приобретают *юридические дозволения*, или, иными словами, *субъективные права*.

Это значит, что то или иное лицо не просто «вправе» что-то делать, как-то поступать (такое «вправе», пусть и очень ограниченное, есть и у невольника, раба, крепостного). У того или иного лица в соответствии с категорией «субъективное право» должна быть на основе действующей системы юридических норм (законов) и «своя собственная основа» для поведения — свое право собственности, отличающееся абсолютностью, неприкосновенностью, свое право свободно заключать любые договоры, свое право на возмещение причиненных другими лицами убытков. Без этого, т.е. «не обладая субъективными правами», пишет И.А. Покровский, «личность физическая, т.е. индивид, никогда не могла бы явиться полным господином своих сил и способностей, никогда не могла бы стать необходимым действенным агентом культурного и экономического прогресса». И отсюда: «...никакой правовой порядок не может обойтись без признания человека как такового... субъектом прав и без предоставления ему прав в субъективном смысле как необходимого средства для осуществления индивидуальной самодетельности и самоутверждения»¹.

В юридической науке, особенно в XIX–XX вв., и на практике понятие «субъективное право» было распространено вообще на все правоотношения, в том числе на права требования по выполнению юридических обязанностей вообще. Например, по выполнению обязательств в гражданском обороте — допустим, на те права требования, которые могут предъявить друг другу арендодатель и арендатор по договору аренды. Такое распространение указанного понятия на все правомочия имеет свои резоны. Скажем, право требовать от работодателя своевременного и полного выполнения своей обязанности по выплате заработной платы — это тоже важное право работника, ничуть по своей важности не уступающее, как показывает жизнь современной России, другим правам гражданина. Тем не менее с юридической стороны права требования все же, как это признано в юриспруденции, являются *относитель-*

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 107, 112.

ными правами: они лишь средство для того, чтобы исполнялись другим лицом обязанности. Субъективные же права в строгом, точном значении — это права, определяющие положение субъекта во всем социальном организме; они отличаются известной *абсолютностью* — являются «собственной основой» для свободного поведения, индивидуальной самостоятельности, самоутверждения, предприимчивости, творчества.

В связи со значением субъективных прав в юридической области потребовалось внесение известных коррективов в юридическую терминологию.

Субъективное право, или *право в субъективном смысле*, — это юридические возможности данного лица, субъекта, его собственная основа для свободного поведения (опирающаяся, понятно, на правопорядок данной страны, на законы).

В тех же случаях, когда речь идет о праве в значении, близком к понятию «закон» (т.е. о системе общеобязательных юридических норм), используется термин «*объективное право*». «Объективное» — в том смысле, что действующая система общеобязательных юридических норм существует и функционирует как внешняя объективная реальность, не «приязанная» к тем или иным конкретным субъектам, лицам.

И ВОТ В НОВОЙ ИСТОРИЧЕСКОЙ ЭПОХЕ объективное право, оставаясь выражением и средством обеспечения организованности, порядка и дисциплины в обществе, стало вместе с тем все более раскрываться как *обитель свободы людей, свободы каждого индивида*. А это значит, что право связано не только с простыми и необходимыми условиями жизнедеятельности человеческого сообщества (организованностью, порядком, дисциплиной), но и с самими основами и сутью бытия людей как существ разумных. Оказывается, что человек именно через право реализует возможности и силу разума — свою исключительную и поразительную (по самым высоким мирозданческим меркам) способность постигать окружающий мир, предвидеть, оценивать, принимать решения и эти решения претворять в жизнь. Отсюда — свою способность быть творцом, созидателем, импульсом и активной силой в развитии действительности. И в этой связи одновременно не только делать реальными смысл и предназначение существования человека, но и получать удовлетворение от своей жизни и деятельности — самое высокое жизненное счастье.

Главное же, здесь, в области реализации возможностей разума и свободы человека, именно право выполняет свое, надо полагать, высшее предназначение, свою, если угодно, историческую, мироздан-

ческую миссию. Дело в том, что разум и свобода — величайшие, ни с чем не сравнимые блага. Они абсолютны во внутреннем мире человека как основа самых высоких духовных, моральных (по философским понятиям — трансцендентных) ценностей добра, совести, веры. Но в практической жизни, в области внешних отношений, они существуют и проявляются в сложной среде, в переплетении интересов и страстей, конфликтов и противоборств, соблазнов и слабостей человеческой природы. И потому они, наряду с великими проявлениями активности и творчества, достижениями человеческого духа и свершениями, могут выступать также на поприще зла, ненависти, темных страстей, соблазнов, вакханалии порока.

И вот в нашей земной, конечной для каждого и грешной жизни нет, кроме права, иной общественной формы, нет иной системы регуляции, которая по своим особенностям, качествам и свойствам была бы приспособлена для того, чтобы *в сфере внешних практических отношений* «обратить» возможности разума, свободы человека в творчество и созидательную активность. Ни морали, ни обычаям, ни нормам самодеятельных общественных объединений не дано сделать то, что «может» право и что требуется от общественных форм и систем регуляции на данном — пусть и прозаическом, но по реалиям нашего земного бытия ключевом — участке жизни людей.

Только право (в своем отработанном, развитом виде) обладает особенностями (вспомним — принудительность, нормативность, определенность), позволяющими выполнить двуединую задачу:

во-первых, *определять и сохранять границы свободы*, причем такие границы, которые обозначают необходимый простор для самостоятельной деятельности человека и за пределами которых свобода человека становится в сущности «антисвободой» — разгулом вседозволенности, вольницей, произволом, хаосом своеволия;

во-вторых, *оснащать свободу человека действенными средствами и механизмами, позволяющими делать свободу человека реальностью*; принудительный закон, правосудие, всевозможный юридический инструментарий, направленный на обеспечение порядка и законности, — весь обширный комплекс юридических средств и механизмов позволяет — и во многом *только он* позволяет — в сложных, противоречивых условиях жизни, наполненной сталкивающимися интересами, побуждениями, страстями, антагонизмом, противоборством, реализовать свободу человека в ее позитивных значениях в практической жизни.

А это значит, что начиная с эпохи, открытой Просвещением и Великой французской революцией, объективное право все более утвер-

ждается именно как *право в самом точном и строгом смысле этого слова*, т.е. право как *права* (вновь и вновь приходится удивляться тому, что язык людей каким-то непостижимым образом во многих случаях сразу же «схватывает» самые глубокие тайны обозначаемых словами предметов, явлений, процессов).

В конечном итоге обнаруживается то, что, казалось бы, должно было быть ясно с самого начала, — то, что право выступает не в качестве одного лишь инструмента власти, который «дозволяет» или «не дозволяет», предусматривает, кто и что «вправе» или «не вправе» делать, как поступать (при всей важности, скажу вновь, этой стороны юридического регулирования). В системе юридических норм, выраженных в законе, начинают приобретать все большее значение нормативные основы и государственно-нормативные гарантии субъективных прав в указанном ранее значении. Субъективные права становятся своего рода доминантой объективного права — тем звеном юридического регулирования, которому в современной эпохе суждено быть его центром.

Именно так о праве размышлял один из самых замечательных философов — Иммануил Кант. Из его размышлений следует, что на право выпала историческая в правовом гражданском обществе миссия: так обеспечивать свободу людей, когда «самым точным образом определены и сохраняются границы» этой свободы, причем в той мере, в какой она могла бы сочетаться со свободой других¹. Да и вообще, с точки зрения философа, перед нами в данном случае *«право людей, находящихся под публичными принудительными законами, с помощью которых можно определить каждому свое и оградить его от посягательств каждого другого»*².

И еще один вывод. Вспомним, что право является социальным регулятором, при помощи которого социальная система изо дня в день утверждает себя в тех параметрах, которые заданы в законах, во всей системе юридических средств и механизмов. Но это воспроизводство — как нужно добавить теперь — касается не только порядка и дисциплины в общественной жизни, обязанностей и ответственности, но и *состояния и содержания свободы человека в обществе*. Объективное право, следовательно, *призвано быть хранителем и гарантом в настоящем и будущем свободы людей*.

Таким образом, право, раскрыв свои потенции (в основном через категорию субъективного права), оказалось именно тем социальным

¹ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1: Трактаты и статьи (1784—1796). М., 1994. С. 95.

² Там же. С. 281.

институтом, который был приуготовлен Историей для нового времени и оказался в высшей степени необходимым качественно новой эпохе развития человечества. Необходимым и с точки зрения обеспечения определенной организованности в общественной жизни, и с точки зрения нового видения права через категорию «субъективные права». В этой новой эпохе развития человечества право стало важнейшей составной частью всей социальной системы, построенной на свободе людей, — основой всего гражданского общества, которому суждено теперь стать также и правовым.

В НОВОЙ ЭПОХЕ наметились качественные перемены и в самом праве.

Главное, оно, будучи придатком власти («права власти»), стало обретать *особое, самостоятельное место* в социальном организме, притом с такими функциями и такой силой, которые способны упорядочить и «обуздать» саму власть, что и предопределяет саму возможность понятия «правовое государство».

Далее. Право (в особенности в связи с его исключительным, не имеющим альтернативы значением для утверждения свободы в обществе) приобретает шаг за шагом *верховенство* во всей системе социальных регуляторов в области внешних, практических отношений. Здесь, в области внешних практических отношений, праву придается приоритет даже по отношению к таким ведущим для людей регуляторам, как религиозные императивы и принципы нравственности. В Европе утверждается понятие «правовое государство», в условиях североамериканской государственности, в США, еще более значимое для права понятие — *rule of law* (правление права).

Наконец, на важное место в жизни общества выдвигаются отдельные элементы и подразделения юридической системы, такие, в частности, как *неотъемлемые права и свободы человека, правосудие*.

И вот пункт, к которому шаг за шагом подвели изложенные выше общие сведения о праве. *Высокое, в немалой степени исключительное, передовое место в общественной жизни новой эпохи оказалось уготованным ч а с т н о м у п р а в у.*

О нем, о частном праве, и пойдет дальше речь в этой книге.

2. ЧАСТНОЕ ПРАВО В МИРЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЯВЛЕНИЙ

У ЧЕЛОВЕКА, не знакомого с тонкостями юриспруденции, выражение «частное право» может вызвать (особенно у нас, в России; читателю потом станет ясно — почему) по меньшей мере недоумение и, пожалуй, даже неприятие.

В самом деле, право — и это подчеркивалось с первых же страниц книги — представляет собой институт официальной, государственной жизни общества. И право в этом отношении имеет *публичный характер*. То есть оно исходит от всего общества, от государства в целом, признается обществом и государством в качестве безусловно обязательного, императивного в жизни общества и каждого гражданина. А тут, видите ли, «частное», да еще и «право». И в какой мере уместно здесь говорить в сопоставлении с «частным» еще и о некоем «публичном праве», когда в действительности все право, право в целом, представляет собой явление публичного порядка?

Добавим сюда усиленно насаждаемое в условиях советского общества наше недоверчивое и даже презрительное отношение ко всякому «частному» — поприщу эксплуататоров, спекулянтов, кустарей, единоличников и мироедов-кулаков. И когда речь заходит о «частном праве», может возникнуть предположение: не закоулки ли это нашей жизни, удел «теневилов» и наркодельцов? И не область ли это для проделок всякого рода оборотистых и наглых «реформаторов», которые вознамерились теперь «приватизировать» также и закон, исконный институт государственной жизни?

Здесь возникают вопросы и с сугубо юридической, практической стороны. Ведь всем известно, что право той или иной страны, в том числе российское, подразделяется на отрасли: уголовное, гражданское, административное, трудовое, семейное и т.д. Каждая из этих отраслей имеет свой особый «предмет», отличается юридическим своеобразием (чтобы убедиться в этом, достаточно, например, сопоставить уголовное и семейное право); основные нормы каждой отрасли закреплены, как правило, в особом законодательном документе — кодексе. В практическом отношении для решения юридических вопросов ничего другого, кажется, и не нужно. И, может быть, вполне оправданно, что не так давно в советском обществе деление права на публичное и частное вообще отрицалось?

МЕЖДУ ТЕМ деление права на публичное и частное получило в мировой юриспруденции широкое признание. Оно рассматривается большинством правоведов в качестве очевидного и фундаментального.

И для этого имеются серьезные основания в самом строении права, характерные для национальных юридических систем. Особенно наглядно они выражены в праве стран континентальной Европы, где при всей сложности и даже известной «перемешанности» публично-правовых и частноправовых норм довольно четко можно выделить публичное и частное право, порой прямо по видам законов, кодексов (например, Уголовный кодекс — публичное право, Гражданский кодекс — частное право). Но и в прецедентном англосаксонском праве всегда те или иные прецеденты, те или иные источники могут относиться либо к публичному праву (например, прецеденты и обыкновения в деятельности парламента), либо к частному праву (прецеденты в области договоров; допустим, по ответственности за качество предмета договора).

О делении права на публичное и частное говорили еще философы античности. По словам Аристотеля, публичное право защищает то, что вредит обществу, а частное право — то, что вредит отдельным лицам. Это деление довольно строго было зафиксировано древнеримскими юристами. Знаменитый юрист Древнего Рима Ульпиан (II в. н.э.), приступая к изложению юридических вопросов, начинал так: «Изучение права распадается на две части: публичное и частное...» Характерно, что высокую общепризнанную оценку — оценку как непревзойденного шедевра правовой культуры — получило не все право Древнего Рима, а именно *частное* право. Сподвижник Маркса, его сотоварищ Энгельс писал с некоторым сарказмом о древнеримских юристах как о такой разновидности идеологов, которые разрабатывали «во всю ширь свое излюбленное частное право».

Деление права на «публичное» и «частное» в современной юриспруденции является своего рода исходным пунктом и общим местом — фактом, который хотя и нуждается в объяснении, но сам по себе очевиден. В то же время обращает на себя внимание то обстоятельство, что на известных этапах исторического развития (в условиях средневековья, в советском обществе) указанное деление как бы уходило в тень, а порой и прямо отрицалось.

Любопытно в этой связи, что в Западной Европе XVI–XVII вв. потребность в развитии частного права, отвечающего потребностям нарождающегося капитализма, вылилась в поразительный исторический феномен — в возрождение или в восприятие (рецепцию) римского частного права, которое в Германии позднего средневековья как бы возродило свое действие. Оно так и называлось — «современное римское

право» (*heutiges römisches Recht*). И еще более знаменательно, что в эпоху Просвещения, Великой французской революции именно частное право — через гражданские законы — резко возвысилось, стало одним из решающих факторов становления свободного гражданского общества.

ТАКОЙ ПОДХОД к праву, когда в нем выделяются публичное и частное право, действительно важен во многих отношениях. Например, он важен для классификации правовых явлений, для их укрупненной группировки.

Здесь нужно только сразу же внести определенность по двум пунктам.

Во-первых, хотя право в целом имеет официальный, государственный и в этом отношении публичный характер, надо иметь в виду, что понятие «публичное» может употребляться и действительно употребляется в юриспруденции, в других гуманитарных науках также и в более узком значении. В таком более узком значении понятие «публичное» относится только к той *части* права, которая касается непосредственно деятельности государства. В то же самое время признак «государственности» (и в этом смысле — публичности, но уже в несколько ином, ранее указанном широком смысле) сохраняется и для всех других подразделений правовой системы, в том числе и для частного права.

И во-вторых, публичное и частное право — это не отрасли, а целые *сферы, зоны* права. Иногда говорят — *суперотрасли*. Они по современным научным представлениям охватывают (полностью или частично) определенные группы отраслей. К публичному праву относятся административное, уголовное, финансовое право, процессуальное право, земельное право, ряд других подразделений. К частному — гражданское право, а также — хотя и не всецело — некоторые другие подразделения. В юридической науке в этой связи говорят о целой системе частного права. По мнению видного российского правоведа Е.А. Суханова, в эту систему, наряду с крупными частями гражданского права («общей частью», вещным правом, обязательственным правом, исключительными правами — «интеллектуальной» и «промышленной» собственностью, наследственным правом), включаются также семейное право, торговое (коммерческое) право, международное частное право¹.

¹ См.: Суханов Е.А. Система частного права // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1994. № 4. С. 26–30. С точки зрения Т.В. Кашаниной, в состав частного права входит семь подразделений: гражданское право, наследственное право, семейное право, авторское право, изобретательское (патентное) право, трудовое право, предпринимательское право с его «ядром» — корпоративным правом (Кашанина Т.В. Корпоративное право // Право хозяйственных товариществ и обществ: Учебник. М.: Норма — Инфра-М, 1999. С. 36–41).

Здесь при помощи рассматриваемого деления оказывается возможным представить общую картину всей правовой действительности, ее общие очертания, увидеть укрупненную группировку тех «частей», из которых складывается правовая система данной страны, право в целом.

Существуют и весьма определенные критерии для разграничения правового материала по двум указанным укрупненным рубрикам.

О них в общем виде говорил уже упомянутый ранее древнеримский юрист Ульпиан. По его словам, публичное право есть то, «которое относится к положению римского государства», частное право — то, «которое относится к пользе отдельных лиц» (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*).

В современной юридической науке выработаны и более строгие критерии для разграничения публичного и частного права. Формальные критерии между границами этих двух правовых сфер — порой в практической юриспруденции весьма зыбкими, подвижными, стертыми реальной жизнью, законодательством и юридической практикой — обрисованы одной из отраслей юридических знаний — аналитической юриспруденцией — довольно основательно и убедительно¹.

Из таких критериев наиболее существенное значение имеют следующие два.

П е р ы й: для публичного права характерны отношения «власть — подчинение», для частного права — отношения *юридического равенства* субъектов.

В т о р о й: публичное право построено на принципе *субординации*, частное право — на принципе *координации* воли и интересов участников отношений.

Эти критерии получили подробную разработку во многих трудах и зарубежных авторов, и отечественных правоведов. Среди русских правоведов нужно отметить И.А. Покровского, давшего характеристику публичного и частного права в труде «Основные проблемы гражданского права» (1917 г.), а также М.М. Агаркова и Б.Б. Черепахина. Отметив особенности интересов субъектов в той и другой сфере, Б.Б. Черепахин пишет, что в основу разделения права на публичное и частное должен быть положен все же формальный критерий, и подчеркивает в этой связи: «...*частноправовое отношение построено на координации*

¹ Обзор литературы и разработку проблем публичного и частного права см.: *Черепахин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1926. В 1994 г. эта работа переиздана Исследовательским центром частного права (см.: *Черепахин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве. М.: Де-юре, 1994).

субъектов, частное право представляет собой систему децентрализованного регулирования жизненных отношений»¹.

Вместе с тем, указав на приведенные критерии, нужно видеть и то, что сама эта классификация — деление права на «публичное» и «частное» — имеет в основном, так сказать, общее, принципиальное юридическое значение.

Дело в том, что в практической жизни, особенно на нынешних этапах развития общества, публичное и частное право во многих случаях оказываются «перемешанными»: в жизненных отношениях довольно часто наличествуют разнопрофильные элементы, одни из которых относятся к частному праву, другие — к публичному (например, так называемые публичные договоры в гражданском праве — договоры розничной торговли, общественного транспорта, связи и другие, где есть публично-правовые элементы).

Складываются даже целые правовые подразделения, комплексные образования, в которых в разных пропорциях присутствует одновременно и то и другое. Таковы, например, морское право, банковское право, хозяйственное право, предпринимательское право, корпоративное право². И хотя в каждом случае возможно определить, какие из такого рода элементов относятся к публичному праву, а какие — к частному, и даже определить, какие из них являются основными, базовыми (и то и другое в высшей степени важно по теоретическим и практическим соображениям), все же предельно строгой классификации, когда весь правовой материал полностью, исчерпывающим образом распределяется по «своим» полочкам, достигнуть здесь невозможно.

В этой связи представляется существенным сказать о том, что деление права на публичное и частное не только и, пожалуй, даже не столько классификационное. Это — деление *концептуального* порядка. Оно касается *самых основ права, его места и роли в жизни людей, его определяющих ценностей*.

ВОЗЬМЕМ в качестве примера два случая.

Первый случай — налоговые отношения и их юридическое регулирование. Уплата налогов является безусловной обязанностью граждан, имеющих доходы, обладающих имуществом. Обязанность уплаты, размеры и порядок внесения налогов устанавливаются законом. И только законом. Отношения по уплате налогов имеют императив-

¹ Черепяхин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. С. 35.

² Из научных работ последнего времени см.: Кашанина Т.В. Корпоративное право. М., 1999.

ный характер: желает — не желает налогоплательщик уплачивать налоги, желает — не желает налоговая инспекция дать какие-то послабления по налогам тем или иным лицам — все это юридического значения не имеет; существует у данного лица имущество, получены доходы сверх необлагаемого минимума — обязанность по уплате налогов все равно возникает автоматически, прямо «по закону». При этом налогоплательщики, граждане и организации, каким-то образом повлиять на условия уплаты налогов не могут, не вправе (напротив, соглашение на этот счет с работниками налоговой инспекции — акт противоправный, влекущий юридическую ответственность для виновных). Они могут воспользоваться какими-то удобными для них условиями (например, уплачивать сумму налога не сразу, а в течение определенного срока), или даже могут быть освобождены от уплаты налогов, или уплачивать налоги в льготном порядке, но опять-таки лишь по основаниям, установленным законом, и — плюс к тому — при особом для каждого налогоплательщика решении по этим вопросам, принимаемым компетентным должностным лицом налоговой инспекции.

Второй случай — покупка квартиры гражданином. Допустим — у предприятия, находящегося в ведении муниципальных органов города. То есть и в данном случае участником складывающихся отношений как будто является государство. И здесь также есть законы, устанавливающие известные условия и порядки обязательств, связанных с покупкой квартир и вообще недвижимости, исполнением обязательств. И все же юридические отношения в этом случае принципиально иные, нежели отношения в области налогов, ибо, хотя одной стороной при купле-продаже квартиры в данном случае является государственная (муниципальная) организация, последняя выступает в качестве «юридического лица» — так сказать, частного субъекта, не обладающего никакими преимуществами по сравнению с отдельными гражданами. А потому отношения по продаже «завязываются», так сказать, «на равных» и по доброй воле — только по соглашению сторон и, значит, — также по воле покупателя, гражданина. Более того, продавец квартиры и гражданин — и только они — сами (сами!) по взаимному согласию определяют условия обязательства, включая цену, порядок платежей, санкции при ненадлежащем исполнении и т.д.

В то же время — очень существенный момент! — заключенный в соответствии с волей и интересами сторон договор со всеми условиями, которые самостоятельно определены покупателем и продавцом, становится юридически обязательным документом. Настолько юриди-

чески обязательным, что он — не упустим из поля зрения! — в принципе не уступает закону.

Скажем, в Гражданском кодексе в ст. 556 устанавливается норма, согласно которой «обязательство продавца передать недвижимость покупателю считается исполненным после вручения этого имущества покупателю и подписания сторонами соответствующего документа о передаче». Но тут же, в этой же статье, определено: «Если иное не предусмотрено законом или договором...». И значит, здесь указанная норма (такие нормы называются диспозитивными) действует и применяется только тогда, когда по данному вопросу у сторон нет «своей договоренности». И если даже законом по тому или иному вопросу — допустим, по вопросу о количестве квартир у одного лица в данном населенном пункте — вводится в последующем безусловно обязательная норма (такие нормы называются императивными), то и она согласно ст. 422 Гражданского кодекса не распространяется на правила по ранее заключенному договору, поскольку на сей счет в законе нет специального указания. То есть договор частных лиц оказывается в чем-то даже «сильнее» закона.

ЧТО ЖЕ получается, если внимательно приглядеться к этим двум случаям?

А получается, что перед нами под одной и той же рубрикой — «право» — два разных юридических мира, если угодно, две разные *юридические галактики*, и как раз одна из них называется «публичное право», а другая — «частное право».

Публичное право (напомню: «публичное» — в специальном юридическом значении) — это такая правовая сфера, в основе которой — государственные интересы, «государственные дела», т.е. само устройство и деятельность государства как публичной власти, регламентация деятельности государственного аппарата, должностных лиц, государственной службы, уголовное преследование правонарушителей, уголовная и административная ответственность и т.д., — словом, институты, построенные в «вертикальной» плоскости, на началах власти и подчинения, на принципах соподчиненности, субординации. Сообразно этому для публичного права присущ один — и только один — общегосударственный юридический «центр», характерны императивные предписания и запреты, обращенные к подчиненным, подвластным лицам; дозволения же, имеющие императивный характер, — прерогатива властвующих субъектов.

Вот поэтому для публичного права характерен специфический юридический порядок — обобщенно говоря, порядок «власти — подчинения», — порядок, в соответствии с которым лица, обладающие властью,

вправе односторонне и непосредственно, в принципе без каких-либо дополнительных решений иных инстанций, определять поведение других лиц (подвластных, подданных), и сообразно этому вся система властно-принудительных учреждений обязана силой принуждения обеспечивать полную и точную реализацию приказов и команд власти, а «все другие» лица — безусловно им подчиняться. Отсюда вытекают и все другие принципы публичного права: различие, разнорядность правового статуса лиц, иерархичность положения и разный объем властных правомочий у властвующих лиц, наличие своей, «ведомственной» юрисдикции, отсутствие ориентации на решение спорных вопросов независимым судом. По мере развития демократии, как уже говорилось ранее, эти принципы обогащаются институтами высокого демократического порядка (гарантиями для граждан, демократическими процедурами и др.), становятся совместимыми со всеми другими подразделениями гуманистического права, но это не меняет самой сути, самой природы публично-правовых начал.

Частное право (опять-таки в том смысле, в котором это принято считать в юридической науке и практике) выражает начала децентрализации, свободы отдельных субъектов. Здесь возможность решения той или иной жизненной ситуации не только в какой-то мере заранее запрограммирована в юридических нормах, но и предоставлена самим участникам отношений, которые определяют решение ситуации сами, автономно, своей волей и в своих интересах (преимущественно путем договоров). Кант писал, что частное право — это такое право, в соответствии с которым обязанность и принуждение основываются не непосредственно на законе, а на справедливости и на свободе человека быть собственным господином¹.

Поэтому в частном праве, в отличие от публичного (во всяком случае, по исторически исходным моментам), господствуют «горизонтальные» отношения, основанные на юридическом равенстве субъектов, координации их воли и интересов. Преимущественное положение в нем занимают не императивные предписания, не запреты, а юридические дозволения. А юридические нормы во многих случаях имеют диспозитивный характер, т.е. действуют по принципу «если иное не установлено договором» — действуют лишь тогда, когда по данному вопросу стороны не договорились между собой (поэтому диспозитивные нормы называют еще «восполнительными»: они восполняют то, о чем лица сами не договорились, чего не решили сами).

¹ См.: Кант И. Соч. Т. 4. М., 1965. С. 231.

Таким образом, в сфере частного права, наряду в единым общегосударственным юридическим «центром», активно, в принципе на уровне закона, действует множество других юридических «центров». Да при этом так, что каждый участник отношений в гражданском обществе, каждый субъект права — это и есть особый и высокозначимый юридический «центр». Как отмечает И.А. Покровский, «гражданское право как система юридической децентрализации по самой своей структуре покоится на предположении множества маленьких центров, автономных устроителей жизни в тех областях, которые охватываются гражданским правом»¹.

Таким образом, деление права на публичное и частное не просто классификационное подразделение, позволяющее распределить юридические нормы и правоотношения по наиболее крупным рубрикам. Публичное и частное право — качественно разные области правового регулирования, два разных, как уже отмечалось, «континента» или две «юридические галактики».

С первых стадий цивилизации право (разумеется, со многими различиями в разных странах) так и развивается в составе двух относительно самостоятельных сфер, по двум руслам — публичного и частного права. И поскольку в любом обществе (понятно, в различном соотношении, в разных пропорциях) существуют государственные и частные интересы, то более или менее развитое право только и может существовать и развиваться при наличии двух соответствующих сфер — публичного и частного права. При этом уровень «развитости» права в целом, его «качество» во многом обусловлены тем, насколько получила развитие каждая из указанных сфер, что решающим образом влияет и на понимание права в целом, и на состояние практической юриспруденции. Недостатки в этом отношении и тем более умаление одной из сфер (например, частного права) приводят, помимо всего другого, к деформации всей правовой системы страны, к ее односторонности, ущербности.

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО с точки зрения юридической специфики не представляет собой чего-то своеобразного в отличие от общих представлений о праве. То, что в этой книге ранее говорилось вообще о праве (а говорилось, припомним, как раз прежде всего и главным образом под углом зрения обязанностей, ответственности), в полной мере распространяется и на публичное право.

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 107.

При этом нужно постоянно иметь в виду, что публичное право — сфера столь же значимая, сколь и право в целом (включая частное право), во всяком случае, постольку, поскольку «сама» власть не является тиранической, авторитарной. По своей сути публичное право представляет собой продолжение также высокосignачимого социального феномена — государства, публичной власти со всеми ее позитивными и негативными потенциями, также находящими выражение в достоинствах права, хотя и иного «качества» — публичного. Эти достоинства в результате демократизации общества реализуются в принципах подчиненности власти закону, юридических процедурах ее осуществления, а в более широком плане — в принципах разделения властей, республиканской форме правления и, наконец, в государственном, публичном обеспечении прав человека. По мере углубления демократии публичное право в рассматриваемом значении все в большей степени включает нормы, ограничивающие произвол власти, охраняющие права человека, — происходит обогащение материи публичного права, насыщение ее принципами и институтами демократического порядка. Основа этого процесса — развитие, начиная с конца XVIII в., конституционного права в странах Запада.

Но при всем при том *повышенное внимание все же должно быть уделено частному праву*, ибо именно оно (наряду и в сочетании с правами человека) выражает основные процессы, связанные со становлением системы субъективных прав, открывающих гарантированный простор для собственной активной деятельности людей, их творчества, инициативы, дерзаний, предприимчивого дела. И отсюда именно частное право оказалось тем звеном в сложной «материи права», которое, возникнув в эпоху древнего мира, уже в современной истории, начиная с эпохи Просвещения, Великой французской революции, и все более именно в наше время раскрывает глубокую природу права (о ней в первой главе сказано было лишь в заключительных положениях, обращенных к современной эпохе). И раскрывает его, права, историческое предназначение. Права в самом высоком человеческом смысле — как социального института, который был приурочен Историей для нового времени — времени либеральных цивилизаций. Частное право предстает в виде отработанных юридических форм, в рамках которых реализуются свобода человека быть «самому себе господином», экономическая свобода, самостоятельность и равенство людей, в экономике — товаропроизводителей, и которые могут юридически обеспечивать статус свободных субъектов, неприкосновенность собственников,

права участников оборота, ограждать их от вмешательства государства, от его произвола¹.

Будем только учитывать то обстоятельство, что частное и публичное право представляют собой части единой юридической системы страны и действуют в единстве, во взаимодействии, подчас при регулировании тех или иных отношений, действуют в комплексе. В гражданских законах есть элементы, нормы и институты, относящиеся во многом к публичному праву. Законы публично-правового характера (такие, как налоговые, Уголовный кодекс) как бы сопровождают гражданские законы, нередко весьма серьезно влияют на их результативность, применение. Да и вообще частное право, как бы мы ни делали ударение на слове «частное», неизменно остается *правом* — социальным институтом официальной, государственной жизни, где должны быть твердыми и нерушимыми необходимые в обществе порядок и дисциплина, должны реализовываться требования строгой законности.

Обратимся теперь к более подробной характеристике юридических особенностей частного права, основных вех его становления, развития.

¹ Знаменательно при этом, что близкие по характеру процессы, как мы видели, происходят и в публичном праве. Таким путем формы и институты из другой «юридической галактики» как бы втягиваются в единую юридическую систему демократического общества, становятся совместимыми с частным правом и начинают выступать в нем в качестве однопорядковых и взаимодействующих подсистем.

3. ЧАСТНОЕ ПРАВО: СУЩНОСТЬ, ВЕХИ РАЗВИТИЯ, МИССИЯ

ПО СВОЕЙ СУЩНОСТИ частное право представляет собой не столько известную, весьма обширную часть юридической системы страны (хотя такую «часть» возможно и необходимо обособлять) и даже не столько «зону права», о которой говорилось ранее, сколько существование и действие определенных *правовых начал* и в этом смысле — *духа права*.

Частное право — это *начала, утверждающие для отдельных лиц юридически значимые свободу, независимость, самостоятельность*. То есть это такое правовое состояние отдельных лиц, когда они сами, суверенно, без вмешательства извне, своей волей и в своем интересе решают свои дела и когда, говоря словами Канта, у субъектов есть «*свобода быть собственным господином*».

Можно сказать даже так: частное право — это *суверенная территория свободы на основе права*. Такая «территория свободы», где «верховным правителем» является «частное лицо» — отдельный человек, группа граждан, организация, — выступающее в качестве юридического лица, и, значит, здесь, по данному кругу вопросов, лица частного.

Именно в области частного права свобода отдельного, автономного лица раскрывается в *чистом* виде и *истинном* значении. Это — не дозированные «кусочки самостоятельности», на которые дает разрешение чиновник (такие дозированные «кусочки» есть и у подневольного индивида — раба, крепостного). И это — не вольница, не поприще вседозволенности, так как перед нами все же *область права*, где действуют общий правопорядок, требования законности и где при адекватном и отработанном юридическом инструментарии (об этом — дальше) определяются границы свободы, не допускаются злоупотребления ею и действуют юридические механизмы ее цивилизованного осуществления. Свобода в области частного права — это полная и суверенная самостоятельность отдельного лица, выраженная в его автономном и защищенном статусе *субъекта права* и в обладании им защищенными *субъективными правами* (право собственности, право вступать в любые договоры, право на неимущественные блага и т.д.).

При этом и то и другое (и статус субъекта права, и субъективные права) имеют характер правовых явлений по своей основе *абсолютного*

порядка, т.е. они открывают простор для собственного, по усмотрению, поведения и в этой связи в принципе исключают, не допускают вмешательства кого-либо в эту собственную «сферу свободы» (если, понятно, такое вмешательство не происходит по прямому установлению закона, например при расследовании преступления по возбужденному уголовному делу).

Здесь, в этой книге, в отношении сущности частного права только что приведены некоторые общие, абстрактные рассуждения, ибо представляется в высшей степени важным не только как можно более обстоятельно рассказать об особенностях юридического регулирования в данной области, но и с помощью общих категорий попытаться рассказать так, чтобы читатель *поймал дух* частного права, уловил его глубокие основы. Правда, по мнению И.А. Покровского, сама-то юриспруденция «инстинктивно чувствует» в различии публичного и частного права нечто «глубоко принципиальное; она с м у т н о улавливает глубокую разницу в самом д у х е права публичного и частного...»¹. Но наряду со смутным, «инстинктивным чувствованием», характерным для юриспруденции, нужно, чтобы и правовед, и человек, не сведущий в премудростях юриспруденции, постиг «умом» своеобразие этой в чем-то удивительной сферы права — твердо знал, что в данной сфере мы имеем дело с великими человеческими, культурными ценностями, основополагающими устоями жизни людей.

СВОЕОБРАЗИЕ частного права отчетливо проявляется, как мы видели, при его сопоставлении с публичным правом (вспомним: первому присущи «юридическое равенство» и «координация», второму — «власть — подчинение», «субординация»). Если же обратиться к сопоставлению частного права с центральной категорией публичного права — с государственной властью, то обнаруживаются явления поистине парадоксального порядка.

Ведь частное право предоставляет людям — отдельным гражданам, их объединениям, организациям, выступающим в качестве юридических лиц, — возможность в определенном круге отношений быть «собственным господином» — свободно поступать сообразно своим интересам, своей воле, самостоятельно определять условия своего поведения. При этом предполагается или прямо декларируется, что применительно к отношениям такого рода государственная власть как бы остается в стороне, она не вправе произвольно вмешиваться в частноправовые

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 38.

отношения. Государственная власть, по своей природе «настроенная» на то, чтобы вмешиваться в окружающие ее отношения, отторгается (скажем грубее — изгоняется) из обители господства частных волей и частных интересов.

В то же время совершаемые в этой сфере действия субъектов как частных лиц — договоры, односторонние акты собственника и т.д. — приобретают «самое настоящее», «полнокровное» юридическое значение. Государство, которое изначально «изгнано» из данного круга отношений, теперь обязано — не парадокс ли? — признавать частноправовые отношения, защищать их всеми законными способами и реализовывать при помощи всей системы своих принудительных органов и средств.

СВОБОДА И САМОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ субъектов, характерные для частного права (их в юриспруденции нередко называют диспозитивностью), могут — как в современном Гражданском кодексе России — прямо обозначаться в законодательном тексте. В кодексе говорится об «автономии воли» субъектов, о том, что они приобретают и осуществляют права своей волей и в своих интересах. Но этого может и не быть. Зато во всех законах, посвященных частному праву, непременно существует адекватный, и притом обширный, технико-юридический инструментарий, направленный на то, чтобы реально, в жизни, утвердить начала диспозитивности, принципы частного права.

И это вполне объяснимо. Юридические обязанности и юридическая ответственность по большей части прямо вытекают из других форм регуляции поведения людей (в первую очередь — из требований морали) и нуждаются главным образом в своего рода государственном подкреплении, известной конкретизации с учетом различных жизненных обстоятельств — политических, экономических и т.д.

А вот свобода и самостоятельность людей хотя и имеют естественные предпосылки, тем не менее сами по себе в качестве «регуляторов» цивилизованного характера не действуют. Для того чтобы выступить не в виде вольницы и вседозволенности, а в нормальном цивилизованном виде, они *изначально* требуют существования отработанного и действенного инструментария, который утверждал бы их в жизни людей и обеспечивал претворение на практике начал частного права — свободы, самостоятельности, независимости участников общественных отношений в области собственности, оборота имущества, сделок, передачи прав, наследования и т.д.

Ключевое значение в этом юридическом инструментарии имеют правовые институты гражданского права, нацеленные на обеспечение статуса участников отношений в качестве *субъектов права*. Прежде всего — отдельных индивидов в качестве полноправных граждан (отсюда и название основной отрасли в сфере частного права — *гражданское право*, или — с использованием римской терминологии — *ius civile* (лат.) — *цивилистика*).

Именно здесь, в области частного права (цивилистики), сложились и приобрели повышенное значение другие юридические средства и механизмы, адекватные началам частного права. В том числе — необходимость строгой определенности субъективных прав, а в этой связи и определенности юридических обязанностей.

И вот тут — и не только в отношении частного права (но все же в первую очередь в отношении этой сферы прав) — надо сказать об оправданной сложности «юридической материи». Той сложности, которая подчас, по распространенным стереотипам нашего правосознания, все это представляет чуть ли не как сплошную канцелярщину, формалистику, бумаги и инструкции, заскорузлые формулы и малопонятные термины — сделки, реституции, регистрации, интерпретации.

Но дело-то в том, что такого рода «юридическая материя», казалось бы далекая от живой жизни, канцелярски закрученная, появилась на свет и существует для того, чтобы выразить и реализовать достоинства права. И во многом — как раз для того, чтобы выразить и реализовать «способность» права обеспечивать высокую определенность юридических установлений в сфере частного права.

Ведь вовсе не случайно, что право в государстве *выступает в виде законов, других официальных нормативных документов*, можно сказать, *живет* в этих документах (недаром в юриспруденции такого рода документы: законы, указы, нормативные постановления власти, именуют «источниками права»). Право как строго юридическое явление — это *писаное право*. И именно «письмо» — знаковые системы речи, выработанные человечеством за свою многотысячелетнюю историю, — и только оно, «письмо», позволяет максимально точно фиксировать и в неизменном виде сохранять мысль и волю, правила поведения, в том числе и те, которые выражены в юридических нормах. И стало быть, не так уже плохо, напротив — в принципе замечательно, что для права характерна не просто «определенность», а *формальная определенность*.

К тому же надо знать, что юридические сложности — кстати, характерные для всех областей человеческих знаний (и порой — так же, как

езде, — действительно доводимые, увы, до крайности, что и является предпосылкой их недоброй славы) — по своей сути представляют собой сплав опыта и ума, искусства и интеллекта.

Даже в мелочах. Точнее — именно в мелочах. Потому-то юридические тексты как тексты «юридические» отличаются скрупулезной, дошной точностью, вернее — требуют ее. В самых мелких грамматических деталях. Скажем, в употреблении союзов «и» — «или». Например, в одном из законов о залоге, ныне уже не действующем, было сказано в отношении одного из правил, что исключение из него допускается, если оно будет установлено «законом *и* договором». В действующих же законоположениях говорится — «законом *или* договором». Мелочь? Простите, какая же это в практической жизни «мелочь», когда в одном случае требуется, чтобы данный вопрос одновременно и одинаково был решен как законом, так и договором, а в другом — достаточно лишь одного из таких оснований?!

На обеспечение строгой определенности в решении жизненных дел направлена и *специальная юридическая терминология*. Еще раз скажу: такая терминология не выдумка бюрократов, не канцелярские формалистические выкрутасы. Юриспруденция — сложная область знаний и практики, где требуется — как и в других сложных отраслях человеческой деятельности (технике, медицине и т.д.) — особая терминология. И здесь эта особая терминология во многих случаях сложилась и с успехом употребляется как раз для того, чтобы в наших жизненных делах были достигнуты необходимые определенность и точность при решении сложных юридических вопросов, в том числе — и, пожалуй, прежде всего — юридических вопросов, связанных с субъективными правами в области частного права.

В этой связи и для этого (строгой определенности, точности) утвердился и стал составной частью культуры особый *юридический язык*, отличающийся сжатыми формулировками, лаконичными терминами, когда в одном слове кроется богатое и предельно точное содержание. Достаточно, например, юристу сказать «*консенсуальный договор*», как для подготовленного в правовом отношении специалиста ясно, что, например, арендный договор начинает действовать, порождая многообразные права и обязанности, уже с момента его заключения (а не с момента передачи арендатору вещи, как это характерно для «*реальных договоров*», таких, как договор займа).

Наряду с особой юридической терминологией — еще один существенный момент. Для того чтобы право было способным обеспечивать строгую определенность наших прав и обязанностей, а отсюда и са-

мих жизненных отношений, в нем вырабатываются различные *юридические конструкции*, т.е. типовые модели, отработанные «конструктивные» построения прав и обязанностей, заранее рассчитанные на самые разнообразные жизненные ситуации, на обеспечение различных интересов и представляющие собой отработанный сплав опыта и ума. Различные виды договоров — купля-продажа, мена, заем, аренда, страхование — все это своеобразные юридические конструкции.

Допустим, человеку причинено увечье в автотранспортном происшествии. И вот для удовлетворения интересов потерпевшего, для возмещения причиненного ему вреда в развитой юридической системе находятся наготове и могут «заработать» такие юридические конструкции: возмещение вреда в порядке социального страхования, институт добровольного страхования, гражданская ответственность владельца автомашины за причиненный вред, причем возмещение вреда в последнем случае может осуществиться в порядке гражданского иска в уголовном процессе, и т.д.

И, не углубляясь в другие сложности «юридической материи», обратим внимание на то, что совершенно оправдывает в правовой науке и практике эти сложности, — особую юридическую терминологию, юридические конструкции, своеобразные приемы изложения норм, отработанность договорного регулирования и многое другое такого же порядка, что именуется *юридической техникой* — техникой в самом высоком значении этого слова — областью знаний, опыта и искусства, при посредстве которой достигается совершенство — в данном случае права. Вот почему о праве стран, где высокого уровня достигали юридическая наука и практика, а в этой связи и юридическая техника, опять-таки вполне обоснованно говорить как о юридической системе высокого технического (юридико-технического) совершенства — показателе развитой государственной и духовной культуры общества.

И вот начальные «кирпичики» юридической техники и наиболее развитой, отработанный технико-юридический инструментарий во многом (хотя, понятно, не исключительно и далеко не во всем объеме) сформировались в основной обители частного права — в праве гражданском, в цивилистике. В основном — на базе римского частного права. Например, такие, казалось бы, «общие» категории, выражающие достижения культуры римского частного права, как «правоспособность» да и категория «субъективное право», с трудом распространяются на материал публично-правового характера (лишь в последние десятилетия, да и то в связи с расширением социальной деятельности

государства, начали формулироваться, правда, не всеми юристами разделяемые, положения о *публичных субъективных правах*).

ИСТОРИЯ частного права характеризуется более чем двухтысячелетним развитием, в ходе которого шло совершенствование, углубление частноправовых начал и одновременно совершалась трудная работа по огранке, шлифовке форм их выражения в объективном праве, в гражданском законодательстве. Хотя — замечу — не может не вызвать удивление и не навести на основательные размышления то обстоятельство, что частное право, в сущности, сразу, по историческим меркам «в краткий миг», всего лишь за несколько веков древнеримской истории, буквально ворвалось в своем довольно развитом, классическом, чуть ли не готовом виде в античную культуру — культуру человечества весьма высокого уровня (обстоятельство, в отношении которого в конце главы будет высказана авторская гипотеза).

В ИСТОРИИ частного права можно выделить четыре основные вехи. Три из них человеческое общество уже прошло, а в четвертую в настоящее время вступает или, быть может, уже вступило.

Первая веха. Это — формирование частного (гражданского) права как целостного системного нормативного образования. Такое «возникновение» состоялось, как уже упомянуто, в виде весьма совершенной с юридической стороны частноправовой системы, утвердившейся в Древнем Риме на перевале эпох — дохристианского времени и христианской эры (расцвет — «золотой» период — I—III вв. н.э.).

Римское частное право и в исторически далекое время своего расцвета, и в наши дни предстает как истинный шедевр культуры, высокое творение разума, регулятивного искусства. В нем, конечно, немало того, что отражает своеобразие тогдашней эпохи — эпохи перенасыщенной роскоши и рабов, поэзии и гладиаторов, утонченного вкуса и грубых утех, порой, особенно по критериям сегодняшнего дня, изощренного цинизма¹. И одновременно римское частное право дало миру поразительное по отработанности, совершенству, изяществу собрание юридических конструкций, моделей, формул, отточенной лек-

¹ Один из видных древнеримских юристов, Гай, в качестве учебного образца формулировал такие рассуждения: «Если я передам тебе гладиаторов под условием, что за их работу я получу по 20 денариев, а за тех, кто будет убит, — по 1000 денариев, то, спрашивается, заключена ли купля-продажа или наем. Большинство (юристов) решило, что о тех, кто вышел невредимым, заключен, по-видимому, наем, а об убитых и изувеченных — купля-продажа».

сики. По большей части — технико-юридического порядка. И все же главное здесь — это, пожалуй, даже не столько сами по себе четкость, безупречная логичность, ясность и простота содержащихся в римском праве формул и положений, сколько то, что они уже в то время несли в себе великие *начала частного права* («духа» права, как назвал эти начала знаменитый немецкий юрист Рудольф Иеринг): юридическое равенство субъектов, их юридическую автономию, свободу договоров, диспозитивность. Отсюда и выработанные римскими правоведами формулы большого духовного смысла — например, «право — это искусство добра и справедливости».

Нередко достоинства римского частного права связываются с тоже поразительным письменным документом античности — с Кодексом (или Собранием законов) византийского императора Юстиниана (529—534 гг. н.э.). Это — верно. Но — верно не в том смысле, в каком сейчас понимается значение «кодекса» как обобщающего системного нормативного акта. Этот документ лишь в малой своей части включает постановления римских и византийских императоров, в том числе самого Юстиниана. Главные же его части — Дигесты (50 книг) и Институции (древнеримский учебник по праву Гая, II в. н.э.) — представляли собой собранные воедино извлечения из сочинений древнеримских юристов (таких виднейших, как Ульпиан, Павел, Модестин и др.), высказанные в пору расцвета римской юриспруденции. И именно это как раз представляет собой величайшую ценность — ценность интеллектуальную, когда в рассуждениях и сентенциях древнеримских юристов все более и более раскрывались начала, «дух» частного права. Ибо сама по себе материя древнеримского права в своих первичных формах имеет *прецедентный* характер (первоначально она во многом складывалась из постановлений преторов, других должностных лиц по конкретным жизненным ситуациям)¹. Лишь затем в результате деятельности великих римских юристов заработали *мысль, разум*, когда не только отрабатывались с технико-юридической стороны нормативные обобщения, принципы, юридические конструкции, но и с большей определенностью, последовательностью выражались в них начала частного права. Вот такого рода «данные разума» получили затем концентрированное выражение в компиляциях Юстиниана.

¹ О. Шпенглер полагает даже, что «античное право — от начала до конца *право повседневности, даже мгновения*. По своей идее оно создается в каждом отдельном случае и на данный случай» (Шпенглер О. Закат Европы: Очерки мифологии мировой истории. Т. 2. М.: Мысль, 1998. С. 53).

В т о р а я в е х а — это *отработка положений частного права, их соединение в «праве университетов»* — тоже удивительное событие, происшедшее в средние века в средневековых университетах, начиная с Болонского, в результате труда глоссаторов (средневековых толкователей положений римского частного права).

При этом речь здесь идет не об отмеченном ранее поразительном феномене, когда древнее римское право, «перескочив» через века, в сущности тысячелетие, стало регулятором развивающихся товарно-денежных отношений. В данном случае имеется в виду другое. На основе текстов древнеримского права (в основном — Кодекса Юстиниана) в средневековых университетах — сначала, в XI в., в Болонье, а затем в Пизе, Париже, других городах — глоссаторы и комментаторы (пост-глоссаторы) подвергли дальнейшей научной отработке как технико-древнеримские юридические конструкции и формулы, так и содержащиеся в них начала частного права. Создаваемое таким путем «право университетов» стало новой ступенью развития идей частного права, причем такого развития, которое в какой-то мере оказалось сориентированным на потребность и уровень духовного развития Нового времени, приближающегося к историческому рубежу, с которого начался переход человечества к либеральным цивилизациям.

Т р е т ь я (и решающая для современной эпохи) в е х а — это не просто новый, и притом *качественный*, взлет частного права, но и, по сути дела, формирование *частного права современного гражданского общества*, когда оно в силу требований формирующегося гражданского общества *воплотилось в виде отработанных нормативных обобщений непосредственно в законах последовательно либерального содержания*. Прежде всего — в таких, как наполеоновский Гражданский кодекс, Германское гражданское уложение, в гражданских законах других стран, которые стали на путь современного развития. Именно здесь, в законодательных положениях гражданских законов, действующих и поныне, оказывается возможным утверждать именно о *началах частного права*, которые нашли выражение в юридических формулах о праве собственности, его абсолютном характере, свободе договора, восстановлении нарушенных гражданских прав, их судебной защите.

О ч е т в е р т о й в е х е развития частного права допустимо, пожалуй, говорить только в порядке постановки вопроса. Причем — только как о начавшемся историческом процессе, когда во второй половине XX и на пороге XXI в. *вырабатываются и входят в жизнь гражданские законы нового поколения, выражающие глубокое единство частного права и современного естественного права, неотъемлемых прав челове-*

ка, такие, как Гражданский кодекс Нидерландов, канадской провинции Квебек. К их числу принадлежит и Гражданский кодекс России.

Наиболее существенные черты современной стадии развития частного права (в которую человечество вступает, а быть может, и уже вступило) — это не только тенденция совершенствования, модернизации гражданско-правовых институтов, связанная с принципиально новыми явлениями и фактами постиндустриальной экономики, другими глобальными процессами современности (экологическими, в технологии управления и информации и др.), но и основательные процессы в «самом» частном праве. Суть этих процессов — в тенденции *утверждения частноправовых начал в исконном, предельно «чистом» виде*. И одновременно, в этой связи, — *в глубоком единении частного права и современного естественного права, его «кульминационного выражения» в нынешнюю эпоху — органического единства с неотъемлемыми правами человека*.

ХАРАКТЕРИЗУЯ функции частного права в истории и на современной стадии его развития, его место в обществе, в жизни людей, по-видимому, недостаточно ограничиться привычными словами «роль», «значение». Здесь вполне уместно говорить о *миссии* частного права, особенно значимой именно сейчас, в наше время.

Наиболее существенное значение при характеристике миссии частного права имеют следующие два момента.

П е р в о е (и здесь пора суммировать ранее сказанное). Частное право является *носителем цивилизованной с в о б о д ы*, если угодно, ее *исконной, первородной обителью*, не имеющей в ряде областей жизни общества альтернативы.

Здесь следует еще раз сказать о том, что частное право — это именно *право*. Оно представляет собой одно из высших достижений культуры, мощный социально-правовой институт, который способен утвердить в реальной жизни, прежде всего в экономике, начала неприкосновенности собственности, юридического равенства, свободы договора и отсюда на деле дать людям достаточную область гарантированной защищенной экономической свободы, причем так, что люди сами, как носители «свободы быть своим собственным господином», своей волей и в своем интересе самостоятельно решают свои дела в бизнесе, предпринимательстве, собственности, коммерческих сделках, в других делах гражданского общества, и эти решения приобретают полновесное юридическое значение.

Именно здесь один из узловых пунктов человеческого прогресса. Знаменательно, что как раз эту миссию частного права отметили рус-

ские правоведы. Прав М.М. Агарков, когда он обратил внимание на то, что вряд ли общество будет развиваться по прогрессивному пути, если «личность не будет являться субъектом целеполагания»¹. Замечательно и то, что в литературе задолго до аналогичной постановки в общетеоретических и философских исследованиях сама *идея ценности права* была поставлена (в работах И.А. Покровского, М.М. Агаркова) с использованием адекватного понятийного аппарата и лексики в отношении именно частного права.

И пусть в этой связи не покажется преувеличением утверждение о том, что *без развитого частного права цивилизованная рыночная экономика да и вообще становление и функционирование современного гражданского общества невозможны в принципе, по определению*.

В т о р о е (возможно, последующие положения окажутся неожиданными для читателя). Есть весьма значительные основания утверждать, что именно частное право является *наиболее мощным средством для формирования единой, непротиворечивой основы деятельности людей, а отсюда — для интеграции, для объединения людей, территорий, государственных образований*.

Принято считать, что реальным «объединительным инструментом» и в прошлом, и в настоящем являются военная сила, деятельность властных учреждений, крутые административные меры. Легионы в Римской империи. Непреклонный канцлер в Германии конца XIX в. Деятельность комиссий и Европарламента в современной объединенной Западной Европе. Что ж, и то, и другое, и третье и впрямь значительная, порой решающая сила. И все же я смею утверждать, что мощным и притом постоянным, естественным для человека, возрастающим по результативности интегрирующим фактором, особенно в наше время, является другое — *право*, и что наиболее существенно — *частное право*.

Да, именно частное право! Так как в отличие от публичного права, которое плотно «привязано» к государству, к государственной власти и, следовательно, к разноречивым интересам господствующих политических сил, доминирующих элит, здесь, в сфере частного права, не могут не господствовать общезначимые интересы отдельных людей, частного производственного дела и рынка и отсюда — в принципе *изначально однотипные формы регуляции поведения*. Обстоятельство, которое и позволяет частному праву быть в принципе однородным, общезначимым, универсальным инструментом регуляции для различных стран, регионов, территорий.

¹ Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 2. С. 41.

Так было в Древнем мире. Как свидетельствуют исторические данные, обширные по масштабам античности территории Рима соединили в единую империю не только высокоорганизованные армейские легионы, но в не меньшей степени — римское частное право, которое и сложилось, и действовало не столько в качестве строго «римского», сколько в качестве права универсального. Так было в Европе — и в Средневековье под покровом католической церкви, и в более близкую к нам историческую пору. В Германии разрозненные немецкие княжества и земли также были связаны в целостное государственное единство при всей значимости властных акций правителей (в конце XIX в. — Бисмарка) едиными нормами «возрожденного» римского права и в особенности Германского гражданского уложения. Да и интегрирующей силой современной Западной Европы стали не столько административные и даже не единые законодательные учреждения объединяющихся европейских стран (как нередко считают), сколько «объединенное» европейское частное право, основанное на римском договоре 1960 г. и деятельности Европейского Суда. И именно оно, «объединенное» европейское частное право (возможное в связи с однотипностью гражданского права европейских стран), имеет значение основы и стержня не только «общего рынка», но и всего европейского единства, приближающегося по своему уровню к типу федеративного объединения.

Факты свидетельствуют: «правовые узы», базирующиеся на частноправовых началах, являются естественными для человека как разумного и свободного существа и потому наиболее крепкой и надежной цементирующей средой, позволяющей объединять деятельность людей. И происходит это потому, что сами-то эти «узы» не являются инструментом внешнего господства и навязывания внешней воли, а представляют собой правовые формы самодеятельности и активности, упорядочения и согласования интересов самих участников общественных отношений, т.е. правовые формы, действующие «изнутри», через разум и свободу самих субъектов.

В ЗАКЛЮЧЕНИИ этой главы — гипотеза.

Суть ее вот в чем. На мой взгляд, в науке не обращено должного внимания на то очевидное обстоятельство, что формирование вселенского шедевра культуры — римского частного права в его наиболее развитых формах (III—II вв. до н.э. — I—III вв. н.э.) и появление великих Христовых откровений-заповедей, положивших начало христианской культуры и морали, — события исторически одномоментные.

И можно предположить, что дело здесь не просто в исторических совпадениях. И даже не в таких лежащих на поверхности объяснениях исторической одномоментности событий прошлого, как общность достижений культуры античности. Для одновременного (по меркам основных исторических процессов) формирования — причем чуть ли не сразу, казалось бы, «вдруг» — довольно развитой системы частного права и появления духовных начал христианской культуры и морали имеются, возможно, глубокие основания, относящиеся к утверждению самих основ человеческой цивилизации.

Ведь свобода человека в начальные периоды человеческой истории, наряду с поразительными свершениями ума и творчества, обернулась в немалой степени злом — произволом, торжеством эгоистических устремлений, своеволием в попрании элементарных основ жизнедеятельности людей. Да и власть, которая как будто бы должна была придать необходимую организованность жизни человеческого сообщества, раскрылась во многом нравами и культом насилия, своеволия, доминированием грубых, низменных утех. Уже к тому времени, с которого началось новое летосчисление, жизнь людей, ставших на путь цивилизационного развития, все более и более продвигалась к безвыходному тупику, к бесперспективному финалу, который и подвел черту самому существованию ряда дохристианских цивилизаций той поры.

И можно предположить, что в такое кульминационное, критическое для человеческого рода время природа с той стороны, в отношении которой можно говорить о ее «замысле» или «разумности» (или Бога, или Провидения — суть в данном случае одна), включила в жизнь людей две главные силы, способные упорядочить, оцивилизовать свободу в практической жизни с помощью ценностей культуры, духовных начал.

Таковыми силами, как можно предположить, и стали частное право, т.е. право, «относящееся» к свободе людей и достигшее высокого уровня развития (главным образом в области внешних, практических отношений людей), и христианская религия или однопорядковые по моральному содержанию религиозные системы (главным образом в отношении духовно-моральных начал жизни человека, его внутреннего духовного мира).

Если такого рода гипотеза найдет подтверждение, то, на мой взгляд, выраженный в ней подход откроет весьма конструктивную, многообещающую перспективу постижения самих основ духовных ценностей, их — если можно так сказать — единого корня, уходящего в самую суть разума, свободы, морали. Этот подход может стать предпосылкой для

понимания и других существенных сторон и перспектив развития человеческой культуры, взаимосвязи ее различных, казалось бы, отдаленных друг от друга областей, в том числе права и религии.

Впрочем, эта взаимосвязь уже сейчас может быть подтверждена некоторыми историческими фактами, такими, в частности, как попавшие в поле зрения ученых взаимосвязи в области культуры, когда формулы Христовых откровений-заповедей складывались под влиянием достижений юридической культуры (всеобщего характера юридических установлений, личностного характера субъектов права и др., даже духа и принципов правовых достижений дохристианской эпохи, выраженных в установлениях Кодекса Хаммурапи).

При углубленном анализе могут быть, возможно, найдены известные ассоциации или своего рода переключки между моральными заповедями Христа и передовыми, на мой взгляд, непревзойденными правовыми категориями, в современную пору — разработками по вопросам права замечательного философа Иммануила Канта, его определением права в качестве «самого святого из того, что есть у Бога на земле». Причем — даже со стороны смысловых образов и лексики. Если в Христовых откровениях обоснование высоких моральных начал во многом реализовалось через художественно преподанные образы, то центральные идеи по вопросам права в трактовке Канта — через лексический образ, генетически связанный с религиозными представлениями, — через образ «самого святого» на земле.

4. ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

ЧАСТНОПРАВОВЫЕ НАЧАЛА и вытекающие из них средства и механизмы юридического регулирования (статус независимого субъекта, договор, исковой порядок защиты прав и др.) в том или ином объеме и виде в настоящее время выражаются в ряде отраслей права — в таких прежде всего основных отраслях, как семейное право, трудовое право, а также в комплексных образованиях — жилищное право, морское право, хозяйственное право, предпринимательское право и др. Известные элементы частноправового порядка применяются даже в области публичного права — в процессуальных отраслях (мировое соглашение) и даже в эпицентре публичного права — в праве административном (административные соглашения, судебная защита прав по административным правоотношениям).

Вместе с тем есть отрасль, которая может быть названа «родным домом» или даже родовым родительским «очагом» частного права и которая наиболее полно и концентрированно выражает его особенности, принципы.

Это — *гражданское право*.

Именно в гражданском праве частноправовые начала обретают «живую юридическую плоть» — выражаются в институтах, в конкретных средствах и механизмах юридического регулирования. И в реальной жизни, в практических делах, частноправовые категории и принципы непосредственно и наиболее полно «работают», внедряются в жизнь, производят тот или иной эффект *через* институты гражданского права, в его «живой плоти».

Потому-то выражения «частное право» и «гражданское право» по большей части понимаются как синонимы, тождественные и взаимозаменяемые понятия. Да и исторически сам термин «гражданское право» (это буквальный перевод с латинского *ius civile*, т.е. «право граждан») возник из такого понимания «права граждан Рима», при котором оно противопоставляется публичному праву — «праву римского государства». Не случайно в предшествующем изложении, когда речь шла о частном праве, пришлось то и дело говорить также и о цивилистике — гражданском праве.

Вместе с тем при всей близости понятий «частное право» и «гражданское право» (так же, как и близости понятий «публичное право»

и «административное право») между ними нельзя ставить знак равенства. И не только потому, что частноправовые начала — как только что говорилось — в том или ином виде присутствуют во многих отраслях. Гражданское право со своей стороны — это, так сказать, не «чистое» частное право. В советском обществе оно вообще имело в основном опубличенный характер. Да и при последовательном выражении частноправовых начал в гражданском праве всегда наличествуют известные публично-правовые элементы, а порой и целые институты (например, институты опеки, регистрации юридических лиц и т.п.).

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО еще со времен античности складывалось во многом спонтанно, непосредственно в силу требований жизни, главным образом в связи со становлением и развитием рыночных, товарно-денежных отношений. И оно долгие века выражалось преимущественно в *обычаях* или *прецедентах* (судебных решениях, которые рассматривались в качестве образца на будущее для подобных же ситуаций). Отсюда — *казуистический* характер гражданско-правового регулирования, когда оно преимущественно строится применительно к конкретным жизненным ситуациям (исполнение контрактов, уступка прав, перевод долга, истребование имущества у недобросовестного приобретателя и пр., и пр.).

Даже римское частное право при всем его впечатляющем развитии в своем первичном виде имело в основном прецедентный характер: его идеи и принципы в пору расцвета римской правовой культуры выражались преимущественно в обобщающих суждениях правоведов, получающих непосредственное юридическое значение (*ius respondendi*). Даже Кодекс Юстиниана — это не «кодекс» в современном понимании, а своего рода итоговое собрание ценностей римской частноправовой культуры, достижений логики, юридических формул, лексики.

Но вот что примечательно! Как только развитие человеческой цивилизации уже в новой истории потребовало более основательного внедрения частного права во всю жизнь общества — а это произошло в конце XVIII — начале XIX в., в эпоху Просвещения, Великой французской революции, — так эта потребность не удовлетворилась одним лишь «восстановлением» (рецепцией) римского права, а проявилась в острой необходимости создания *гражданских законов*.

И вот чуть ли не одновременно, за два десятилетия, в Европе принимается несколько гражданских кодексов: в 1794 г. — Прусское земское уложение, в 1804 г. — важнейший для Нового времени Кодекс Наполеона, несколько позже, в 1811 г., — Австрийское уложение.

Почему же именно на переломе человеческой истории, когда начался переход от традиционных к либеральным цивилизациям, так остро потребовалось гражданское законодательство? Только ли потому, что в условиях развивающихся капиталистических, товарно-рыночных отношений потребовалось, не ограничиваясь «современным римским правом», упорядочить, развить и по возможности унифицировать их юридическое регулирование?

Думается, нет, не только поэтому. Главное здесь, надо полагать, заключается в том, что именно в законах наиболее полно и продуктивно в юридической области могут проявиться сила интеллекта, разума, требования естественного права (об этом — в следующей главе) и в этой связи *наиболее полно и продуктивно определены в законодательном виде частноправовые начала, принципы*. А частноправовые начала — прошу обратить внимание! — такие начала, как юридическая независимость и самостоятельность лиц, их равенство и правовая автономия, имеют первостепенное и незаменимое значение для формирования гражданского общества (в какой-то мере неожиданно термин «гражданское» в отношении одной из областей законодательства, использованный в результате «перевода с латинского», оказался точка в точку совпадающим с общественной потребностью Нового времени).

Только, пожалуй, в юридических системах англо-американской группы (англосаксонской семье юридических систем «общего права»), в особенности в праве США и большинства провинций Канады, частноправовые начала и принципы в XIX–XX вв. стали получать развитие непосредственно через институты прецедентного права, притом с прямой опорой на естественно-правовые категории.

Но и здесь «природа прорывается через окно» — и здесь дает о себе знать необходимость законодательных обобщений гражданско-правового порядка (хотя и прецедентное право англо-американской группы имеет свои уникальные достоинства: оно, выражая судебную практику, является «гибким», «живым» правом). Свидетельством тому являются, скажем, не только известная институционализация принципа справедливости (например, в английском институте «доверительная собственность»), но и развитие «коммерческого законодательства» в США, разработка в этой же стране модельного (единообразного) Торгового кодекса. А в общем плане — пусть и косвенное, окольное, но все же довольно сильное фактическое влияние на судебную практику США, других стран «общего права», принципов гражданского законодательства стран континентальной Европы, в особенности Франции. Потому-то и оказались уже в наше время возможны известная интег-

рация, казалось бы, несовместимых юридических систем в практике Суда Европейского сообщества, формирование «объединенного» частного права Европы¹.

СЕЙЧАС УМЕСТНО кратко сказать о довольно сложной проблеме — о гражданских законах и рынке. Нередко гражданское право и даже частное право в целом именуют «рыночной отраслью». И соответственно гражданские законы — «рыночными законами». Оправданно ли это?

Да, в какой-то степени оправданно, особенно в публицистических публикациях для обоснования необходимости именно гражданских законов для «рыночной экономики». Гражданское право (цивилистика) как отрасль национальной юридической системы, действительно, складывается и развивается на основе требований рынка, точнее — имущественных отношений, формирующихся в условиях товарно-рыночной экономики, отношений собственности, гражданского оборота. Именно «рынок», его требования обуславливают необходимость того, чтобы право собственности имело безусловно абсолютный характер, было способом, определяющим взаимоотношения между субъектами, чтобы был договорный метод, существовал беспристрастный суд — независимый институт решения разногласий, споров, конфликтов и т.д., — словом, обуславливают необходимость существования сферы, где вопросы решаются по воле и в соответствии с интересами участников рыночных отношений, занимающих юридически равные позиции.

Но положение о том, что гражданское право — это «рыночная отрасль» (увы, в печати сейчас проскальзывает и порой с восторгом проносится выражение «рыночная демократия», впрочем, кто знает, быть может, для нашей сегодняшней российской обстановки и верное), все же по главным, существенным моментам является точным и во всем правильным.

Гражданское право *прежде всего* — и все более по мере прогресса, по мере все большего развития институтов демократии — выступает в качестве выражения самой сути права — высокозначимого явления

¹ Вместе с тем надо видеть, что частное право различных стран и регионов в связи с особенностями их исторического, экономического и духовного развития имеет своеобразные черты. Поэтому в настоящее время выделяется восемь основных семей частного права: 1) романское, французское; 2) германское; 3) скандинавское; 4) общего права, или англо-американской группы; 5) российское; 6) право стран Дальнего Востока; 7) исламское право; 8) индусское право (см.: Цвайгерт К., Кётец Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М.: Международные отношения, 1998. С. 117 и сл.).

цивилизации и культуры. Той, скажу, несколько забегая вперед, первородной обители частноправовых начал, которая первично реализует важнейшую природную, естественную сторону биосоциального основания права, коренящегося в свободе человека, в его естественном праве свободы.

А вот «юридическая форма», выраженная в частном праве и представляющая оцивилизованную свободу, изначально, исторически совпала и в последующем все более совпадает с потребностями существующих рыночных отношений. И развивалась с ними во взаимодействии и во взаимном влиянии. Хотя — не полностью и не во всех ипостасях. Например, последним из указанных обстоятельств объясняется тот обычно трудно понимаемый и неуклюже интерпретируемый наукой факт, что гражданское право регулирует личные неимущественные отношения, в том числе те, которые никак не связаны с отношениями имущественными да и по своей сути далеки от «рынка», порой несовместимы с ним.

С другой же стороны, — тот факт, что к «рыночному праву» должны быть отнесены сугубо административные установления (в первую очередь антимонопольное законодательство или твердые административные меры, блокирующие в рамках данной страны попытки местных властей нарушить единое рыночное пространство), — свидетельство того, что требования рынка находят выражение в публичном праве, непосредственно в административном законодательстве.

Таким образом, гражданское право не только и даже не столько продукт рынка. Оно прежде всего отрасль — обитель «чистых» частноправовых начал. А вот эти начала в наибольшей степени исторически совпали и ныне совпадают с требованиями и условиями рыночных отношений, воплотили их в юридических формах и конструкциях, оптимальных для рыночной экономики. И по своему содержанию гражданское право, понятно, непрерывно испытывает на себе влияние «рынка». Но — не более того. Главное, что характеризует суть и историческое предназначение гражданского права, проявившееся в современную эпоху, — это в соответствии с заложенными в нем частноправовыми началами *способствовать*, а во многом и прямо *обеспечивать формирование гражданского общества, его важнейших устоев, относящихся к положению граждан*.

А в этой связи надо видеть, что соотношение гражданских законов и рынка совсем другое — обратное тому, как это принято считать многими приверженцами «рыночной экономики». Гражданское законодательство представляет собой не некий довесок к «рын-

ку», не подсобный к нему институт, роль которого сводится будто бы к одним лишь упорядочивающим, оформительским функциям. Гражданское законодательство — это *мощный инструмент права*, который в контексте его исторического предназначения *способен придать также и рынку особенности института гражданского общества*. То есть «перевести» его, рынок, из состояния дикого, необузданного, нередко — увы — бандитского, в *цивилизованное состояние — упорядоченных рыночных отношений, соответствующих требованиям современного демократического общества* (в том числе и тех, которые обычно охватываются понятиями «социальный рынок» или «социально ориентированная экономика»). И тысячу раз прав замечательный русский правовед И.А. Покровский, когда в отношении современного общества он говорил не просто о «рынке», а о *частноправовой организации народного хозяйства*.

ПРЕДСТАВЛЯЕТСЯ ВАЖНЫМ обратить внимание на одну из особенностей гражданского законодательства, которая имеет определяющее значение в реализации его функции по формированию современного гражданского общества и цивилизованного рынка.

Дело тут вот в чем. Сам по себе факт высокой роли права в новой эпохе развития человеческой цивилизации, открытой Просвещением и Французской революцией, — факт в общем-то общепризнанный. Но обычно эта роль права связывается с буржуазными декларациями и конституциями того времени, в которых провозглашены великие принципы свободы, прав людей, равенства, братства.

Нет слов, эти великие принципы — вечные ценности, знамя и философия демократического преобразования общества. Но ведь сами по себе они в реальной жизни не стали той силой, которая привела к формированию современного гражданского общества. Напротив, сразу же вслед за их провозглашением и, к несчастью, под знаменем «свободы, равенства и братства» грянули кровавая якобинская диктатура, беспощадные, кровопролитные войны Наполеона.

И под обаянием лозунгов, деклараций и конституций первой фазы Великой французской революции мало кто обращает внимание на то, что фактическое формирование гражданского общества, многотрудное становление и развитие его институтов *сопряжены преимущественно с гражданским законодательством*, прежде всего с Гражданским кодексом того же Наполеона.

Почему на этот факт не обращается должного внимания? Быть может, потому, что гражданское законодательство, казалось бы, касается

не «великих ценностей и истин», а самой что ни на есть прозы жизни, наших повседневных дел, хозяйственной практики, быта?

Но эта-то как раз особенность гражданского законодательства и является в высшей степени важной для формирования гражданского общества, для утверждения его в качестве незыблемой реальности!

Да, гражданские законы — это как раз те юридические установления, которые, по-видимому, носят наиболее приземленный, утилитарно-деловой характер, они касаются всех людей страны, ежедневно, а то и ежедневно воспроизводятся и воспроизводятся в многообразных прозаических делах, в нашей безостановочно повторяющейся повседневности. Из дня в день, от раза к разу. Но это не некий минус (как может показаться на первый взгляд), а, напротив, гигантское уникальное преимущество гражданских законов, исподволь упорно *превращающих свободу людей в повседневную, само собой разумеющуюся данность*. Непрерывно повторяясь, влезая во все закоулки человеческого бытия, гражданские законы, как ничто другое, способны «приручить к себе людей», стать непреложными правилами, напрямую входящими в образ жизни, в повседневную действительность, в наши нравы, в саму прозу наших жизненных дел.

А в этой связи становится непреложной реальностью свобода людей в деловых, практических отношениях, а отсюда и общая атмосфера безусловной недопустимости любых ее нарушений, признания элементарно необходимыми условий для осуществления свободы человека, его достоинства, высокого статуса.

Словом, свобода человека — отдельного, автономного человека! — при помощи гражданского права входит в быт, в повседневность. И это, быть может, является наиболее надежным показателем современной западноевропейской культуры — того, что в жизни общества возникла устойчивая, твердая почва для практической свободы отдельного, автономного человека, личности и, следовательно, для существования и развития современного свободного гражданского общества, общества либеральной цивилизации.

Поэтому, наряду с другими особенностями, именно гражданские законы — это те главные факторы, с помощью которых идеалы свободы, требования демократической и правовой культуры *фактически реализуются в повседневной жизни граждан, во всех многообразных проявлениях этой жизни* и тем самым с юридической стороны обеспечивается формирование современного свободного гражданского общества.

НЕ УПУСТИМ из поля зрения и все другие особенности гражданского законодательства, содержащиеся в нем ценности.

Гражданские законы восприняли не просто тысячелетиями отработанную с технико-юридической стороны и в этом отношении совершенную юридическую материю. Они восприняли и стали носителями *частного права* — области права, которая со времен античности как будто уготована для современной эпохи. Ибо частное право — это как раз такая юридическая сфера, которая непосредственно, напрямую воплощает достижения культуры, свершения разума в области регулирования внешних, практических отношений и одновременно не зависит от усмотрения власти. Оно, стало быть, в демократическом обществе при достаточно развитой юридической культуре и есть один из тех элементов в праве, который позволяет юридической системе возвыситься над властью, над ее произволом.

Франция, Германия, другие западные страны, в которых утвердились гражданские законы, в XIX–XX вв. прошли непростой путь развития. Путь с периодами застоя, войн, разрухи и — что особенно пагубно — с трагическими сломом в политико-правовой жизни, когда в таких странах, как Германия, Италия, Испания, уже на подходе к середине XX в. воцарялись фашистские тоталитарные режимы. И все же надо видеть, что в эти трагические годы в странах, брошенных в бездну фашизма, сохранялись островки правовой западноевропейской культуры, выраженные в гражданском законодательстве. И вовсе не случайно поэтому так быстро, воистину стремительно состоялось в этих странах демократическое возрождение — не только вновь утвердились и заработали в оптимальном режиме свободная рыночно-конкурентная экономика и институты парламентаризма, но и произошли новые большие перемены в праве.

В ТО ЖЕ ВРЕМЯ ни один, даже самый совершенный, отработанный закон, именуемый «гражданским», не может (да и не должен) быть таким нормативным документом, который воплощает частное право, так сказать, в чистом виде. Такого чистого гражданского закона в истории права не было, его нет сейчас и не будет в будущем, особенно если видеть реальное содержание гражданских законов в данном обществе, их применение и действие.

Здесь нужно учитывать обстоятельства троякого рода.

Прежде всего гражданские законы неизбежно содержат в том или ином объеме *публично-правовые элементы* — публичные «вкрапления». Ведь сам по себе гражданский закон потому и з а к о н, что это — документ в широком смысле публичный, государственно-обязательный. Он строится на основе общего правопорядка. В нем немало без-

условно обязательных установлений, императивных норм (даже сама по себе запись в кодексе о том, что субъекты определяют свои права и обязанности своей волей и в своем интересе, — запись императивного характера).

Но дело не только в этом. В любом государстве — коль скоро речь идет о *праве* — неизбежны какие-то формы государственного участия, контроля, необходимые для нормального гражданского оборота, — например, при регистрации имущества, сделок, удостоверении правосубъектности лиц и т.д. Такие государственные формы становятся еще более значительными в современных условиях, когда усиливаются социальная деятельность государства, социальная защита людей, принципы социальной солидарности. В связи с этим и появляются такие своеобразные правовые институты, как «публичные договоры», в которых публично-правовые элементы входят в само содержание гражданских правоотношений. По тем же основаниям статус субъектов гражданского права в ряде случаев получает как бы публично-правовое подкрепление, усиление. Отсюда, например, формирование особой группы прав субъекта — прав потребителя.

Наряду с «вкраплением» в ткань гражданского права публично-правовых элементов, надо иметь в виду и то обстоятельство, что гражданские законы *существуют и действуют в комплексе с законами публично-го права*, которые их *сопровождают* — параллельно, «в паре» с ними функционируют. Это, с одной стороны, законы, как бы продолжающие гражданско-правовые нормы в области административных отношений и процедур — о порядке государственной регистрации гражданского состояния, законы о банкротстве и т.д., а с другой — Уголовный кодекс, нормативные акты об административной ответственности, призванные отсекают от нормальных гражданских правоотношений антиправовые, прежде всего криминальные, «проявления». И это все вместе с реализацией специфических задач уголовного и административного права позволяет и частному праву в полной мере раскрыть свой позитивный созидательный потенциал, в большей мере связать его с духовными принципами, с моралью.

Наконец, еще одна сторона проблемы. Это не «сами» гражданские законы, а их *действие*.

Суть вопроса — в том, что частное право, выраженное в гражданских законах (и это относится ко всем отраслям права и законодательства), может реализоваться на практике, в жизненных отношениях лишь частично, а порой — по главному, глубинному своему содержанию — и вовсе не реализоваться или приобрести принципиально иной, деформи-

рованный характер, а подчас, что не менее пагубно, получать идеологизированное, неадекватное понимание, интерпретацию.

Это и случилось с гражданскими законами в советском обществе — с гражданскими кодексами РСФСР 1922 и 1964 гг. Дальше будет рассказано о том, что гражданские законы в основном проявляли свою частноправовую природу через юридические конструкции и категории и несколько полнее — в узкой сфере, преимущественно в бытовых отношениях. В условиях коммунистического строя гражданские законы и не могли реализовать свое основное историческое предназначение — стать решающим фактором формирования современного гражданского общества.

Впрочем, и «классические» законы частного права — Французский кодекс и Германское гражданское уложение раскрыли свою истинно историческую миссию (угаданную Наполеоном) спустя долгие десятилетия после своего принятия — лишь после того, как через свое рутинное содержание и многолетнее практическое действие воплотились в практику, в образ жизни людей. Да и они «сработали» в полной мере лишь во второй половине нынешнего века, на основе реального воплощения в правовую жизнь категорий естественного права — культуры прав человека.

Нечто подобное, увы, уготовано и российскому Гражданскому кодексу, который к тому же, наряду со всеми сложностями, вызванными последствиями коммунистического строя, попал в среду, сопрягающуюся с криминальными и полукриминальными отношениями и нравами. Несколько подробнее об этом дальше, в одном из следующих разделов.

В НАУКЕ, в законоподготовительных учреждениях, а также практиками-юристами подчас выдвигаются предложения о целесообразности издания особого *Хозяйственного кодекса*, формирования особого хозяйственного законодательства.

Под «хозяйственным законодательством» имеются в виду все нормативные юридические документы, посвященные вопросам права в области народного хозяйства. Такое единое собрание документов (юридических норм) полезно и удобно в практическом отношении, когда под рукой у юриста, хозяйственника, любого заинтересованного лица есть один «свод», в котором можно отыскать нужную юридическую норму.

Но идея единого Хозяйственного кодекса, призванного заменить все другие отрасли законодательства по хозяйственным вопросам, прежде

всего гражданское законодательство, не имеет в настоящее время сколько-нибудь серьезных оснований. Некоторые, в основном идеологические, основания она имела в условиях советского общества, в обстановке господства плановой, административно-командной экономики, когда в принципе отрицалось частное право. Ныне же идея единого хозяйственного права лишена подобных предпосылок: она не согласуется с тенденцией формирования гражданского общества, цивилизованной рыночной экономики, ее осуществление привело бы к утрате тех духовных, культурных, правовых ценностей, которые могли бы обеспечить реализацию указанной тенденции развития современной цивилизации.

Создание сборников по хозяйственному законодательству вполне оправданно и целесообразно не в качестве *кодификации*, заменяющей гражданские и иные законы в области народного хозяйства, а в виде *инкорпорации* — сборников, объединяющих по предметному или иным признакам весь существующий законодательный и другой нормативный материал по хозяйственным вопросам.

Более весомые основания имеют предложения о необходимости подготовки *Кодекса предпринимательства*. Правда, не в том варианте, когда под этим названием опять-таки понимается, по сути дела, хозяйственное право, заменяющее гражданское право и иные отрасли действующего законодательства в области народного хозяйства. И не тогда, когда, по выражению одного из российских правоведов, прежний административно-командный «волк» прокрадывается в нашу обновляющуюся действительность в «овечьей шкуре». А в том варианте, в каком развиваются в современном обществе экономические процессы.

Дело тут вот в чем.

Гигантский научно-технический прогресс, с которым человечество подошло к концу второго тысячелетия христианской эры, вызвал к жизни новые «пласты социальности». Такие, как экологические отношения и в особенности — широкие и многообразные участки объективированных духовных ценностей (интеллектуальная собственность), информационные структуры, которые во многом «втягивают» строго вещные отношения в своеобразные формы предпринимательской рыночной активности. Вот эти новые «пласты социальности» весьма основательно влияют на содержание права, на юридические особенности его отраслей и институтов, приводят к тому, что начинают складываться целые отрасли права, которые призваны стать основой для решения сложных экономических и социальных проблем, юридически опосредствовать новые «пласты социальности». К числу таких отраслей и принадлежит по ряду данных предпринимательское право.

Вместе с тем новые экономические, социальные, правовые реалии современной эпохи вовсе не предполагают того, чтобы «отбросить все старое» и создавать в области права «все заново», формировать юридические понятия и конструкции с «чистого листа», опираясь на один лишь нынешний экономический и социальный опыт. Напротив, по всем данным плодотворное осмысление фактов современной действительности может быть достигнуто на *основе достижений мировой правовой культуры, фундаментальных научных ценностей*, выработанных интеллектom и талантом специалистов многих поколений на основе трудной практики, в труде, порой в нелегкой борьбе, в столкновении интересов и разных подходов.

Поэтому наиболее адекватной в научном и практическом отношении характеристикой новых отраслей права (экологического, информационного, предпринимательского) является их определение в качестве *вторичных, комплексных отраслей*. Ведь они даже в сферах своих специфических отношений напрямую воплощают те правовые начала, которые присущи другим отраслям, прежде всего базовым — гражданскому и административному праву, праву частному и публичному.

Например, в области предпринимательства уже сейчас могут быть обособлены специфические отношения, требующие юридически своеобразного опосредствования. Один из крупных мыслителей нынешнего времени, О. Шпенглер, справедливо пишет: «...для нас организатор, изобретатель и предприниматель являются *творящей силой*, которая воздействует на другие, *исполняющие силы*, придавая им направление, намечая цели и средства для их действия. И те и другие принадлежат экономической жизни не как владельцы вещей, но как носители энергии»¹.

Здесь перед нами действительно специфические, внутриадминистративные (внутрихозяйственные) отношения. Но юридическое своеобразие их регулирования не может быть понято без того, чтобы не взять за исходную основу такого понимания саму суть предпринимательской деятельности с правовой стороны — начал свободы и диспозитивности, которые в соответствии с ценностями гражданского права определяют исходные юридические позиции для «творящей силы». Они-то и реализуют экономические отношения, выраженные в слове «энергия». Стало быть, новые в данной области правовые явления следует рассматривать в качестве *продолжения и развития* фундаментальных правовых категорий и ценностей, выраженных в достижении-

¹ Шпенглер О. Закат Европы: Очерки мифологии мировой истории. Т. 2. С. 86.

ях гражданско-правовой культуры, а не как нечто такое, что должно встать *взамен* их.

Аналогичные соображения могут быть высказаны и в отношении *корпоративного права* — своеобразной сферы функционирования хозяйственных товариществ и обществ, где также намечается развитие известной группы специфических отношений, связанных главным образом с формированием и действием корпоративных актов¹.

Таким образом, если признать, что издание Кодекса предпринимательства — дело вполне оправданное, то он должен строиться в качестве *дополнительного* — и в известном смысле *вторичного* — *комплексного* законодательного документа, опирающегося прежде всего на фундаментальные положения гражданского законодательства.

¹ Т.В. Кашанина, отметившая это обстоятельство, рассматривает корпоративное право в качестве ядра предпринимательского права. Вместе с тем она в отношении первого из названных подразделений делает ударение на началах диспозитивности, на автономном методе (саморегулировании) и пишет в этой связи о предпринимательском праве «как об одной из отраслей частного права, в которой черты права публичного, по сравнению в другими отраслями частного права, выражены более определенно. Корпоративное же право в его составе доминирует, является ядром. В значительной мере именно оно придает предпринимательскому праву частноправовой характер» (Кашанина Т.В. Корпоративное право. С. 55).

5. ЧАСТНОЕ ПРАВО И ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

СУЩЕСТВЕННЫЕ ОСОБЕННОСТИ современного гражданского законодательства (и выраженного в нем частного права) обусловлены его глубокой связью с *естественным правом*.

Эта связь требует специального рассмотрения. И не только потому, что само понятие «естественное право» оценивалось ортодоксальным марксизмом-ленинизмом как категория сугубо идеалистического и даже буржуазного характера и долгие десятилетия в советском обществе отвергалось. Подобные представления в немалой степени сохранились до настоящего времени. Главное же, что требует специального рассмотрения естественного права, заключается в том, что его связь с частным правом и гражданским законодательством не лежит, как говорится, на поверхности и вместе с тем она затрагивает коренные особенности права. Главным образом — гражданского права в современном его понимании и значении.

ЗДЕСЬ ПРЕЖДЕ ВСЕГО необходимо — хотя бы вкратце — дать некоторые пояснения о самом этом феномене «естественное право».

Еще во времена античности, в древнегреческой мифологии, сложилось представление о существовании «права по природе» (естественное право) и «права по человеческому установлению» (позитивное право), что нашло отражение в мифах о взаимоотношениях и деяниях Зевса, Фемиды, их дочерей — Дике, Эвномии. Что понимается под приведенными понятиями?

Естественное право — требования «правового» характера, непосредственно вытекающие «из природы», т.е. из жизни, из разума, — требования, непосредственно выраженные в обычаях и морали и во многом их определяющие. Вот, скажем, право, которое обрел человек, заняв очередь. Спросил человек: «Кто последний?» или «Кто крайний?», встал в очередь, и значит, у него есть право на данное место в очереди. Это право имеет характер обычая. Но оно больше, чем просто обычай: по своей сути оно вытекает из естественного порядка вещей, из природной предопределенности особей следовать друг за другом. Поэтому оно повсеместно столь строго проводится в нашей

жизни. Такой же характер имеет право, вытекающее из старшинства, биологических, естественных зависимостей. В древнегреческих мифах это, например, — отцовское право Зевса или материнское право Фемиды (которые, увы, за пределами естественных отношений порождают и такое уродливое явление, как «дедовщина» в армии, несколько подробнее об этом — дальше).

Позитивное право — это право «по установлению людей», выраженное в законах, судебных прецедентах. Оно, в отличие от естественных зависимостей и от соответствующих обычаев, моральных норм, является «позитивным» потому, что здесь определенные нормы поведения специально создаются (или признаются, санкционируются) людьми и властно утверждаются в общественной жизни в качестве постоянного критерия для обязательного поведения. Словом, в данном случае имеется в виду объективное право, которое в рассматриваемом отношении можно признать некоторым *искусственным образованием*¹. Искусственным, и притом — по воле людей — постоянно существующим, «заведенным» на непрерывное действие для решения жизненных ситуаций (некоторые философы говорят о позитивном праве даже как о «второй природе»).

Таким образом, суть идеи естественного права заключается в том, что наряду с правом, созданным людьми и выраженным в законах (позитивным правом), существуют требования, по своей исходной основе непосредственно, без какого-либо людского участия, рожденные самой натуральной жизнью общества, «природой», «естеством» человеческого бытия, объективными условиями жизнедеятельности, естественным ходом вещей. К числу таких требований относятся, как уже отмечалось, право первенства, право старшинства, а также ряд других элементарных условий и требований жизнедеятельности — таких, как право на эквивалент в хозяйственных делах.

Возьмем на заметку и то обстоятельство, что в идее естественного права имеются в виду требования жизнедеятельности людей как *разумных* существ. Отсюда, в частности, само их обозначение в качестве «права» — стало быть, таких, которые обоснованны, оправданны в данных жизненных условиях. При этом на первых фазах человеческого бытия, в древние да и средневековые эпохи, под «естественными» не-

¹ «Право, — пишет О. Шпенглер, — *произвольная* форма существования вне зависимости от того, было ли оно признано на уровне чувств, импульсивно (неписаное право, обычное право, equity) или абстрагировано посредством обдумывания, углублено и приведено в систему (*закон*)...».

редко понимались чуть облагороженные требования, основанные на «грубом», естественном состоянии, порой — биологических императивах зоологического порядка, что в какой-то мере оправдывало, например, институты кровной мести, талиона, выкупа.

Но вот какое обстоятельство здесь важно подчеркнуть: *само по себе* естественное право не может (не должно по самой своей сути) выполнять функции, присущие позитивному праву, — *выступать в качестве официального критерия юридической правомерности или неправомерности поведения людей.*

Иначе ни о какой законности, верховенстве права в обществе не может быть и речи. Ведь естественно-правовые требования при всей их важности имеют и негативные стороны. Они как таковые непосредственно, ближайшим образом выражаются в обычаях, в морали и в этом качестве как и иные обычаи, моральные нормы, не обладают достоинствами норм юридических — в достаточной степени не конкретизированы, не обладают строгой определенностью содержания, нередко понимаются по-разному, произвольно, соответственно представлениям и идеологическому настрою тех или иных лиц. Между тем в жизненных ситуациях как раз и возможны (в силу отмеченных особенностей естественного права) случаи прямого насилия, произвола, облагораживаемые ссылками на некое «естественное право». Это, например, и проявляется в «дедовщине», ряде других отвратительных явлений нашей жизни. В том числе и в революционной обстановке нашего прошлого — в виде «революционного правосознания».

В чем же тогда, спрашивается, состоит значение естественного права (как первичного, природного) для права позитивного — для выработки законов, для их применения, толкования?

А в том, что в законах, в судебной деятельности, во всем позитивном праве должны учитываться естественно-правовые требования; они в ряде случаев — например, при решении вопросов очередности, последовательности тех или иных действий, принципов взаимодействия субъектов — берутся в качестве основы юридических норм. Таковы, например, нормы, определяющие порядок расчетов с несколькими кредиторами должника, у которого нет достаточных средств для оплаты всех долгов, или некоторые нормы, устанавливающие порядок взаимоотношений родителей и детей в семейном праве. В правовой науке подмечено, что «идея естественного права уже у римских юристов приобрела серьезное практическое значение: естественное право и справедливость, *ius naturale* и *aequitas*, часто рассматривают-

ся ими как источники гражданско-правовых норм и оказывают влияние на толкование этих последних»¹.

Но пришло время в истории человечества, когда естественное право приобрело широкое и определяющее значение для действующего права в целом, для самого его существа, роли и места в жизни общества.

ПРОИЗОШЛО такое возвышение естественного права в эпоху Просвещения, Великой французской революции, т.е. в исторических условиях, когда начался переход Франции, других стран к демократии, к правовому гражданскому обществу.

Именно в это время на основе возрожденческой культуры раскрылся глубокий, истинно человеческий смысл естественного права, отвечающий сути разума, — *свобода человека, его высокое положение в обществе, во всем мироздании*. Как свидетельствует И.А. Покровский, хотя «идея естественного права тянется непрерывно через всю историю умственного развития Западной Европы», тем не менее «особенную глубину и интенсивность естественно-правовое настроение... приобрело в XVII и XVIII веках, — в эпоху, которой и дается по преимуществу название эпохи естественного права»².

Необходимо сказать нечто большее. Есть основание полагать, что основные принципы в государственно-правовой сфере общества того замечательного, поистине переломного для человечества времени определились в качестве требований естественного права и как раз в таком виде и оказали решающее воздействие на все общественное развитие. Речь идет о таких принципах, как:

принцип народовластия, права народа самому определять свою судьбу, свой общественный и государственный строй;

наличие у людей, у каждого человека *прирожденных* и потому *неотъемлемых прав*.

Насколько значительным оказалось влияние естественного права на формулирование основополагающей категории того времени — категории «права человека» и отсюда влияние на всю политико-правовую жизнь общества, видно уже из содержания основных политико-юридических документов первых буржуазно-демократических революций.

Если самые исторически первые акты обществ, становившихся на путь демократического развития (таких как английские Великая хартия вольностей 1215 г., Билль о правах 1689 г.), сводились в ос-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 61.

² Там же. С. 62.

новном к ограничению монархической власти без сколько-нибудь «философского» обоснования вводимых законоположений, то иная картина характерна для документов периода победы демократии — в США и Франции. В Декларации независимости США 1776 г. говорится: «Мы исходим из той самоочевидной истины, что все люди созданы равными и наделены Творцом определенными неотчуждаемыми правами, к числу которых относятся жизнь, свобода и стремление к счастью». Еще более значимые положения содержатся во французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г., заложившей основы идеологии свободы: «Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах», при этом «цель всякого политического союза — обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека», прежде всего таких «неотчуждаемых и священных» прав, как свобода, собственность, безопасность личности.

ПРИНЯТО СЧИТАТЬ, что такое «вторжение» естественного права в юридическую сферу касается чуть ли не исключительно организации государственной власти, конституционно-правовых вопросов. Действительно, здесь, особенно при реализации принципа народовластия (преимущественно через институты свободных выборов), естественно-правовые начала напрямую воплощаются в позитивном праве.

Вместе с тем эти начала, по всем данным, имеют не меньшее значение и для гражданского законодательства, для частного права. И это тем более важно оттенить, что по своей внутренней сути, органике естественное право в том содержании и облике, в каком оно выступило в эпоху Просвещения, с одной стороны, а с другой — частное право — явления *однотипные, однопорядковые*. И то и другое одинаково направлены в нынешнюю эпоху на обеспечение *свободы человека, его самостоятельности, независимости, творческой самостоятельности и самоопределения*. Потому и в практической жизни они призваны существовать и функционировать в глубоком единении, обогащая и усиливая друг друга.

Весьма знаменательно, что в книге замечательного русского правоведа-цивилиста И.А. Покровского «Основные проблемы гражданского права» (выдержки из нее уже не раз приводились и будут приводиться в последующем) в целях глубокого философского обоснования гражданского права его характеристика увязывается как раз с естественно-правовыми идеями. При этом И.А. Покровский, осветив перепады в такой «увязке», когда спустя почти сто лет после Французской революции, к концу XIX в., произошло как бы возрождение естественного права в области юридиче-

ских знаний, пишет, что после такого возрождения «дух искания снова повеял в юриспруденции. Она почувствовала всю свою слепоту и беспомощность без «великих идей» и «всеобщих истин»...»¹.

При этом нужно учитывать, что в глубоких корнях биологической природы человека существует инстинктивная предрасположенность не только к иерархической организации, но и к свободе и даже к «своей собственности». Как пишет специалист в области поведения и нравов в животном мире В. Дольник (о его работе уже говорилось ранее), «демократия использует и позволяет большинству людей реализовать другие инстинктивные программы, также заложенные в человеке: желание быть свободным, потребность иметь собственность (включая землю, дом, семью), запрет убивать, грабить, отнимать, воровать, притеснять слабых»².

Но дело — как только что было отмечено — не только в «великих идеях» и «всеобщих истинах» — идеях и истинах свободы, достоинства и высокого положения человека в обществе, которые одухотворяют право и юридическую практику высоким смыслом и гуманистическим предназначением. И даже — не в самих по себе глубоких истинно природных корнях свободы человека. Суть дела в том, что в эпоху становления гражданского общества, в новую эпоху, именно на гражданское право выпала миссия сыграть в этом становлении определяющую роль. А эту свою миссию оно способно выполнить постольку, поскольку гражданское законодательство становится «носителем» частного права, *единого с прирожденными, неотъемлемыми правами человека*.

Даже сами основополагающие категории гражданских законов — «субъект права» «субъективные права» — стали таковыми, как они есть сейчас, и приобрели ключевое значение и звучание благодаря эпохе Просвещения, Великой французской революции — эпохе естественного права. Они — не просто обобщение в области юриспруденции, и уж совсем теперь не некие дары, милостиво преподанные подданным властью, благостным усмотрением правителя, а также естественные, прирожденные для каждого человека начала жизни в обществе.

Достоин внимания то обстоятельство, что первоначально, при подготовке гражданских законов начала XIX в., нормативные положения о статусе субъектов и их субъективных правах в области собственности и обязательств формулировались так, что они напрямую связывались с естественно-правовыми формулами (примерно такими же, как и в конституционных документах). Это было харак-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 76.

² Дольник В. Непослушное дитя биосферы. М., 1994. С. 169.

терно и для проекта Гражданского кодекса Франции 1804 г., и для Австрийского уложения 1811 г. И лишь затем (причем показательно — в связи с появлением консервативных, реакционных тенденций в обществе, как отметили историки права) такого рода «увязки» оказались выброшенными из окончательных законодательных текстов. Не могу не заметить попутно, что аналогичное явление обнаружилось почти двумя столетиями позже у нас, в России, притом, увы, даже на уровне конституционных документов. В первоначальном тексте российской Конституции 1993 г. права человека обозначались в качестве «прирожденных», а частная собственность прямо определялась в качестве «естественного права человека». К сожалению, при последующем «редактировании» конституционного текста такого рода «излишества» были устранены... Впрочем, и в прошлом, и теперь принципиально важно то, что сами правовые категории, основанные на естественно-правовых началах, сохранились.

СУЩЕСТВУЕТ достаточно данных, чтобы полагать, что начала естественного права сыграли для позитивного права выдающуюся (хотя не очень замеченную в науке и в общественном мнении) роль не только в эпоху Просвещения и Французской революции, но и в совсем недавние годы, в середине нынешнего века, в 1950—1960-е гг. Причем эта роль в области права проявилась во многом именно через гражданское законодательство, частное право.

Суть дела тут вот в чем.

Глобальный кризис общественной системы в условиях конца промышленного капитализма на пороге XX в. вновь потребовал того, чтобы была найдена духовно-философская основа для решения проблем, связанных с назревшими изменениями в общественно-политической жизни общества. Именно тогда и возникла потребность *возрождения естественного права*. Такое возрождение и произошло в конце XIX — начале XX в., и оно вновь оттенило то важнейшее для демократического развития обстоятельство, что положение человека как субъекта права и обладателя субъективных прав — не благостный дар правителей, а нормальное положение вещей, данное самой «природой».

Но в первые десятилетия XX в. прирожденные права человека даже в странах, именовавших себя «демократическими», еще не стали первоосновой демократической правовой системы. Хуже того, сами по себе свободные выборы, к которым зачастую и в то время и, к сожалению, зачастую сейчас сводятся чуть ли не все представления о демократии, далеко не всегда обеспечивают действительную демократию и гума-

низм общественной жизни. Порой, к несчастью, они становятся даже «легитимной» дорожкой к тирании, к авторитарным режимам власти. К тому же в обстановке социалистических иллюзий общие лозунги о правах человека начали заслоняться представлениями о приоритете «прав трудящихся», а затем уже фактически были отодвинуты на периферию общественного мнения грозными опасностями, связанными с гитлеровскими и коммунистическими экспансионистскими акциями 1930—1940-х гг., ужасами сталинского и нацистского тиранических режимов, бедами второй мировой войны.

Но именно эти ужасы и беды вызвали к жизни новую и, к счастью, более продуктивную фазу возрождения естественного права в послевоенное время, когда возрожденное естественное право — как это, необходимо заметить, предсказали русские правоведы — оказало наиболее мощное влияние на позитивное право, еще более глубоко и непосредственно «вторглось» в само его содержание. Настолько глубоко и непосредственно, что вполне оправданно говорить ныне о сильной и высокозначимой общечеловеческой *культуре, или идеологии, прав человека*.

Так что последовательно правовой путь, реализующий возрожденную естественно-правовую концепцию, поднятую на высокий уровень общественного признания после второй мировой войны, в демократических странах Запада на деле и был пройден в 1950—1960-е гг.

Существенный шаг в этом направлении был сделан уже в первые послевоенные годы. В декабре 1948 г. ООН приняла Всеобщую декларацию прав человека, юридически на международно-правовом уровне закрепившую эту ранее в основном декларативную категорию. Затем конституции ряда европейских стран (притом — знаменательно! — прежде всего стран, испытавших «на себе» ужасы фашистской тирании, — Германии, Испании, Италии) придали прирожденным правам человека — в первую очередь основным, фундаментальным — непосредственно юридическое действие и плюс к тому — приоритетное значение в данной национальной юридической системе.

Это означает, что основные, фундаментальные человеческие права, признанные мировым сообществом, действуют в качестве *непосредственно юридически значимой культуры (идеологии)* — непосредственно, причем независимо от воспроизведения или упоминания о них в национальных законодательных документах, в условиях верховенства закона напрямую входят в содержание действующего права страны и имеют в ней непосредственное юридическое действие.

Именно здесь раскрылось принципиально *новое видение права* в условиях гражданского общества — общества, утверждающего начала цивили-

лизации либерального типа. В том числе глубокий смысл понятия «*правовой закон*». Право под таким углом зрения — это общеобязательные нормы не всяких, не любых законов (законы могут быть реакционными, служить тираническим, авторитарным режимам). Право в современном гражданском обществе — это юридическая система, основанная на гуманитарных ценностях, на прирожденных правах и свободах человека.

Отсюда же и новое видение законности. Она в условиях современного гражданского общества — как это подметил крупный либеральный мыслитель Ф. Хайек — приобретает характер *правозаконности*. То есть принципа, который не только проводит требования верховенства закона, равенства всех перед законом и т.д., но и предполагает, что сами эти законы строятся в соответствии с демократическими и гуманитарными ценностями, и прежде всего прирожденными неотъемлемыми правами человека.

Одним же из наиболее ярких подтверждений принципиально-го изменения регулятивного статуса естественного права и отсюда — юридической силы неотъемлемых прав человека стало решение в 1996 г. Конституционного суда Германии, который признал юридически оправданной ситуацию, с позиций прежней юриспруденции в принципе невозможную, — привлечение к уголовной ответственности руководителей несуществующего государства (ГДР) за причастность к убийствам на границе перебежчиков, т.е. за деяния, которые как будто бы согласовывались с законоположениями ГДР, но противоречили фундаментальным, прирожденным правам человека. Аналогичные выводы следуют из факта (во многом вопреки известным нормам экстерриториальности) задержания на территории Великобритании бывшего чилийского диктатора Пиночета и из самой постановки вопроса о привлечении его к ответственности за нарушение прав человека. Вынесенное в конце ноября 1998 г. на этот счет палатой лордов решение вполне оправданно приобрело значение крупного правового события современной эпохи, официально придающего наднациональную (всепланетную) значимость фундаментальным, прирожденным правам человека и принципиальную «экстерриториальность» юридической ответственности за их нарушение.

И ВСЕ ЖЕ, на мой взгляд, «возрожденное» естественное право (в виде непосредственно юридически значимой культуры прав человека) определило наиболее глубокие, пожалуй, поистине внушительные последствия в послевоенное время, в 1950—1960-е гг., в области частного права, гражданского законодательства.

Существо дела в том, что идеология прав человека в том виде, в каком она стала выстраиваться в 1950–1960-х гг., *резко возвысила юридически защищенный статус человека, придала прочность и надежность его самостоятельности и независимости, уверенность во всех сторонах его поведения, персональную ответственность за него*. В том числе — поведения в сфере современного «рынка», основанного на риске и персональной ответственности человека за результаты его деятельности. Отсюда и проистекают особенности современного частного права, находящие выражение в гражданском законодательстве последних десятилетий (вовсе не случайно, например, первый раздел Гражданского кодекса канадской провинции Квебек прямо отведен положениям о прирожденных, неотъемлемых правах человека).

Можно, думается, обоснованно утверждать, что в связи с только что отмеченными обстоятельствами в экономическую и социальную жизнь общества вступил *защищенный и ответственный человек со значительным потенциалом энергии, активности, ответственности*. Человек, действующий в «поле» и в согласии с началами современного гражданского законодательства.

И именно здесь (наряду и в связи с гигантским взлетом научно-технического прогресса) следует видеть одно из главных, решающих оснований — на мой взгляд, основание самое главное и решающее, — которое привело к нынешнему экономическому и социальному успеху в демократических странах. Успеху, как порой считают, «рынка», а в действительности — *развитой рыночной экономики как составной части современного гражданского правового общества*.

Что же касается самого частного права, то именно определяющее влияние на него современного естественного права в виде культуры прав человека и обусловило то обстоятельство, что именно сейчас, в наше время, обозначился *особый этап (веха)* его развития. Этап **ч е т в е р т ы й** по счету (первые два этапа, напомним, — римское частное право и «право университетов средневековья») и в т о р о й по значению после Французской революции и связанных с нею классических кодексов по гражданскому праву. Именно на основе современного естественного права, выраженного в культуре прав человека, «дух» частного права, его основные начала возвысились и приобрели определяющее значение для современного гражданского общества.

И ЕЩЕ ОДИН момент принципиального характера. Именно естественное право в современном его понимании, наряду с другими характеристиками, связало права человека с его высокой, также истинно человеческой *ответственностью*. А отсюда и вывод большой

гражданственной значимости. Частное право в гражданском обществе — это право свободы человека в практических делах, когда у человека есть «свобода быть своим собственным господином», и одновременно *право, единое с солидарностью людей*.

И вновь хотелось бы привлечь внимание к тому, что эту сторону современного частного права, и притом в годы, предшествующие октябрьскому перевороту 1917 г., подчеркнули русские правоведы-цивилисты. Комментируя слова Ренана о том, что «политика подобна пустыне; в ней идут наугад — то на север, то на юг, но никто не знает, где добро, где зло», И.А. Покровский писал: «Мы же думаем, что, как для пустыни, так и для политики есть свой компас. Стрелка этого компаса всегда поворачивается к одному пункту — именно к тому, где сходятся свобода и социальная солидарность...»¹. И, как показал И.А. Покровский в своей книге об основных проблемах гражданского права, именно в современном гражданском праве все более утверждается гармоничное сочетание этих двух начал.

Замечу попутно вот что.

Ныне, в обстановке объявленного и по ряду направлений осуществляемого в России курса на глубокие демократические преобразования, вдруг возникла и даже приобрела остроту идеологическая проблема «национальной идеи», которая должна определять жизнь современной России. Были идеи «третьего Рима», потом «великодержавной империи», наконец, «коммунизма, его строительства во главе с КПСС». А теперь что? Пустота? Рынок?

Между тем сам ход Истории, развитие человеческих цивилизаций свидетельствуют о том, что в настоящее время для стран, объявивших себя демократическими, нет иной «национальной идеи», кроме *идеи человека, его высокого, центрального положения в обществе*, а отсюда и *идеи права* как стержня, центрального звена в жизни людей. А точнее — *прежде всего — частного права в единстве с солидарностью*. Учтем при этом соображение, высказанное в этой связи русским правоведом: «При осуществлении... подлинной солидарности человек возвращается, действительно, на присущее ему место — «меры всех вещей». Человеческая личность возвышается: не общество превращает ее в средство, а, напротив, само общество в целом становится хранителем и гарантом ее существования»².

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 36.

² Там же. С. 321.

6. ЧАСТНОЕ ПРАВО — ЯВЛЕНИЕ КУЛЬТУРЫ

ПРАВО как продукт и элемент цивилизации может быть охарактеризовано также в качестве явления *культуры* — объективированного выражения и аккумулятора творчества человечества, его материального и духовного богатства, накапливаемых обществом социальных ценностей. И тут — как и по другим проблемам — следует учитывать особенности публичного и частного права. Характеристика публичного права как явления культуры крепко связана и в принципе неотделима от понимания сути и назначения в обществе другого высокозначимого социального феномена — государства. Своеобразие же в данной области именно права во многом выражено как раз в праве частном, в гражданском законодательстве.

Частное право, рассматриваемое с указанных позиций, раскрывает свои достоинства как *общекультурная* ценность — явление культуры человечества в целом.

Вот ряд моментов таких достоинств частного права, гражданских законов.

Прежде всего, принятые и действующие в XIX–XX вв. гражданские законы, как ничто иное, выражают «связь времен», причем по основополагающим институтам человеческой культуры. Ведь гражданские законы Франции и Германии, как и гражданские законы других стран, — это прямые преемники одного из великих шедевров культуры, заложенных в античности, — римского частного права, его уникального, непревзойденного юридического богатства, выраженного в отточенных юридических конструкциях, математически стройных формулах и классификациях, строгой и точной лексике.

Можно с достаточной определенностью утверждать, что юриспруденция, охватывающая частное право, оказалась, в сущности, единственным участком современной культуры, который напрямую, по большей части чуть ли не в первозданном, готовом виде, воспринял одно из высших достижений культуры античности.

И в связи с этим еще один существенный момент. Гражданские законы стали восприимчивыми таких достижений культуры, которые обогащены разумом. Об этом ранее, и как раз в отношении римского частного права, уже упоминалось: большинство древнеримских юри-

дических формул и сентенций не результат сглаженной и усредненной коллективной проработки, характерной для законодательного правотворчества, а плод сильного и оригинального ума выдающихся древнеримских правоведов. Но не менее существенно и то, что древнеримские конструкции и формулы стали уже после периода расцвета древнеримской правовой культуры во II—III вв. предметом интеллектуальной обработки, раскрывшей их значение «писаного разума» и в более позднее время — сначала в юстиниановской систематике (VI в. н.э.), а затем, столетия спустя, в проработках глоссаторов и постглоссаторов, — приведшей к формированию нового интеллектуально-правового шедевра — «права университетов» средневековой Европы.

Отмеченные моменты, надо полагать, выражают одну из существенных особенностей права, его значение для цивилизации как общекультурной ценности. Право, и в первую очередь частное право, олицетворяет и поддерживает целостность и единство человеческой *цивилизации во времени*. Оно в этом отношении — именно тот механизм культуры, который обеспечивает череду сменяющихся эпох и национальных культур *непрерывность, преемственность* в регулировании экономических, личных неимущественных отношений, т.е. — во всем том, что выражает ценность права как механизма непрерывного воспроизводства социальной системы, причем не только «данной» (исторически определенной, национальной), но и в принципе самой по себе общественной организации как таковой — способа существования любого человеческого сообщества.

Нетрудно заметить, что отмеченная особенность права, изначально и наиболее полно проявляющаяся в частном праве, связана с важнейшей стороной миссии последнего — функцией, обеспечивающей постоянство, непротиворечивость и прочность социальной среды, и в связи с этим — мощного интегрирующего фактора, способного объединять (через интересы и свободу отдельных людей, регулирование частных отношений) различные страны и территории, а во времени, в череду сменяющихся эпох — обеспечивать непрерывность цивилизации в целом.

ЕСЛИ достаточно развитое частное право может быть охарактеризовано в качестве элемента общей культуры человечества, то явление обратного порядка — неразвитое, ущербное в данном обществе частное право, и тем более частное право, «изгоняемое» властью из общественной жизни, представляет собой свидетельство низкого уровня культуры. Если угодно — свидетельство своего рода *антикультуры*, несовершенства, пожалуй, даже (как это произошло в советском обще-

стве) порочности социальной системы, которая оборачивается крупными бедами для людей.

Здесь, при неразвитом, ущербном или «изгоняемом» частном праве, происходит в принципе то же самое, что случается при попытках «избавиться» от частной собственности — одной из предпосылок и социальной предосновы частного права. Да и не только частного права, но и первичных потребностей человека. Потому-то — как это отмечается в литературе — «лишение собственности или ограничение на владение ею деформирует... человека. Делает его агрессивным, завистливым и вороватым»¹.

А в обществе, где «изгоняется» частное право, агрессия, зависть и воровство возводятся в государственное начало всей общественной жизни. Такого рода общество — тотально тираническое, когда происходит варварское опубличивание всей жизни на зоологическом уровне. Здесь также и публичное право, лишенное своего «напарника» — частного права, превращается в юридизированный придаток тиранической власти, всей репрессивной системы.

ЧАСТНОЕ ПРАВО представляет собой явление культуры также и непосредственно в юридической области. Оно — важнейший источник правового прогресса, ведущий «цех» формирования ценностей правовой культуры.

История права свидетельствует о том, что долгие века юридические системы древнего мира имели примитивный, неразвитый характер, и это, помимо иных моментов, выражалось как раз в том, что они отличались аморфностью своего содержания, нерасчлененностью по сферам — тем, что юридические установления были представлены в юридических документах и практике как нечто одинаковое, качественно неразличимое с правовой стороны.

Правовой прогресс, и довольно интенсивный, исторически начался, в сущности, лишь тогда, когда произошло — за несколько веков до христианской эры — структурное и понятийное обособление в национальных юридических системах частного и публичного права, особенно впечатляющее и «взрывное» — как мы видели — в правовой системе Древнего Рима. Римское частное право и «явило собой» как раз чистое право, что и предопределило столь мощное его

¹ Дольник В. Непослушное дитя биосферы. С. 53. Автор продолжает: «В нашем веке эксперимент по массовому лишению людей частной собственности ясно показал, что противодействие этому инстинкту делает людей не лучше, а хуже, чем они могли бы быть, владей они собственностью».

влияние на все последующее мировое правовое развитие, на весь правовой прогресс¹.

Именно с той поры правовые институты «выкристаллизовались» в «чистом» виде, что, надо полагать, и позволило в полной мере раскрыть потенции, заложенные в праве, прежде всего потенциал частного права, — обстоятельство, свидетельствующее, помимо всего иного, о том, что не только в науке, но и в жизненных отношениях «чистые» явления и предметы с наибольшей полнотой обнаруживают свою специфику и возможности.

Отсюда — один из существенных моментов в истории развития права вообще. Эта история с указанной поры реализуется через публично-правовую и частноправовую культуру, проходит по двум самостоятельным (и одновременно тесно взаимодействующим) сферам — публичного права и частного права, по двум различным, в чем-то даже не сопоставимым феноменам, особым «правовым континентам».

Так что, по всем данным, необходимо рассматривать правовую культуру и правовой прогресс в обществе расчлененно, дифференцированно. При известной общности культуры и прогресса в сфере публичного и частного права все же основные тенденции и ценности, важные для общества и права, их развития и будущего, изначально складываются и реализуются отдельно, по указанным фундаментальным сферам.

В публичном праве это такие категории и ценности, как «компетенция», «дисциплина», «подчиненность», «ответственность»; в частном праве — «договор», «диспозитивность», «защита», «реституция». В то же время взаимное проникновение этих категорий и ценностей (например, конструирование в частном праве категории «ответственность» штрафного характера или применение в публичном праве конструкции «договор») не должно заслонять того решающего обстоятель-

¹ О. Шпенглер, характеризуя римское частное право, говорит о необходимости «знания античного права, причем не как образца значимых ныне понятий, но как блестящего примера права из чисто *практической* жизни эпохи» (*Шпенглер О. Закат Европы: Очерки мифологии мировой истории*. Т. 2. С. 86). Это мнение несправедливо. Римское право — «блестящий пример», неповторимый и исторический, прежде всего возникновения и кристаллизации *чистой мысли*, в особенности по пониманию *логики права*, закладываемой в понятийный аппарат и юридические конструкции.

Не скрою, несколько странное впечатление производит мнение О. Шпенглера (ранее уже упомянутое), когда он во имя обосновываемого им мнения в отношении римского частного права с одной лишь ссылкой на то, что «классические юристы (160–200) Пипиниан, Ульпиан и Павел были арамеями», относит выработанные ими теоретические конструкции к... арабскому праву (Там же. С. 73).

ства, что каждая из них имеет свою первородную обитель, по своим исходным свойствам коренится либо в естественном «праве свободы» индивида, либо во властно-государственных началах и именно там, в «своей сфере», в полной мере разворачиваются, получают адекватное и интенсивное развитие и потому с учетом особенностей своей первородной обители и одновременно новых условий должны рассматриваться наукой¹, воплощаться в законодательстве и применяться в юридической практике².

И ЕЩЕ ОДИН вывод из краткой характеристики частного права как явления культуры.

Как это ни покажется неожиданным, *для права как явления цивилизации и культуры исторически исходной, первичной является сфера частного права*, т.е. правовая сфера, которая не является продуктом и инструментом государственной власти, рождается спонтанно, в силу требований самой жизни, под ее напором, в условиях перехода общества первобытных людей в эру цивилизации.

Весьма показательно, что те факторы, которые связаны с разумом, разумной творческой деятельностью индивида и которые определили развитие общества при переходе к цивилизации (избыточный продукт и вытекающая из него частная собственность; обособление отдельной, автономной личности), обусловили необходимость существования «горизонтальных» юридических отношений, таких, которые строились бы на наличии множества юридически суверенных «цент-

¹ Здесь уместно и такое еще замечание. В отношении научных разработок, совершенных правоведами в условиях советского общества (в них, как уже отмечалось, немало позитивного, вполне соответствующего мировому уровню науки), нужно постоянно иметь в виду, что они — даже в позитивных своих гранях — сориентированы все же на публично-правовую культуру. Эти разработки, особенно обобщающего характера, зачастую не принимают во внимание данных и ценностей частноправовой культуры, которые по многим фундаментальным проблемам правовой теории (например, договорной формы юридического регулирования) призваны служить отправным пунктом научного анализа.

² Выскажу здесь в постановочном порядке общетеоретическое соображение на возможную и, не исключено, конструктивную перспективу разработки проблемы.

Краткая характеристика частного и публичного права позволяет, думается, наметить контуры сложного многозвенного пути движения природно-социальных процессов от природных предпосылок к праву. Это движение:

- от природных предпосылок, которые выражены, с одной стороны, в обособлении отдельных особей из «социально-биологического целого», а с другой — в поддержании иерархической системы подчинения;
- через появление соответствующих объективных требований формирования «своего» закрепления и гарантирования за каждой особью.

ров», самостоятельности субъектов, на свободном определении ими условий своего поведения.

Поэтому вовсе не случайно основные правовые категории, в особенности те, которые касаются начал естественного права, положения личности в обществе («субъект права», «субъективное право»), первоначально вырабатывались в частном праве, на основе его «логики», его фактических материалов.

Да и вообще частное право — база и обитель первичных и одновременно основополагающих юридических знаний, прежде всего аналитической юриспруденции.

Значение римского частного права как шедевра мировой культуры объясняется именно тем, что в Древнем Риме на основе частного права получила высокое развитие (в чем-то уникальное и непревзойденное) именно аналитическая юриспруденция. Ее достижения раскрылись в самой материи позитивного права и позже, уже после своего расцвета, были отражены в Кодексе Юстиниана (VI в. н.э.).

Ранее уже говорилось о том, что в Древнем Риме, правовая жизнь которого строилась в значительной степени на решении конкретных жизненных ситуаций (прецедентов) и, по словам О. Шпенглера, представляла собой «право повседневности, даже мгновения», достижения аналитической юриспруденции концентрировались в основном непосредственно в практической работе юристов, в вырабатываемых ими правовых принципах, в формулах, конструкциях, институтах, отличающихся предельной логической завершенностью, строгостью, точностью. Это в общем-то и формировало историческую и логическую почву для всей последующей аналитической юриспруденции¹, а затем — уже на основе данных аналитической юриспруденции, получившей развитие в отраслевых науках, прежде всего в науке гражданского права, — и почву для обобщающих отраслей юридических знаний (общей теории права, социологии права, философии права).

¹ Едва ли прав О. Шпенглер, справедливо отметивший прецедентный характер римского (античного) права, когда он вместе с тем утверждает, что «римское право перестало быть для нас источником вечно значимых фундаментальных понятий. Для нас оно ценно как свидетельство отношений, существовавших между римским бытием и римскими правовыми понятиями» (*Шпенглер О.* Закат Европы: Очерки мифологии мировой истории. Т. 2. С. 87).

7. ДРАМАТИЧЕСКАЯ СУДЬБА

ЧАСТНОЕ ПРАВО как система правовых начал, элемент цивилизации и культуры — явление, если можно так сказать, «вечное», неуничтожимое. Оно — неперенная «составляющая» любой, более или менее развитой юридической системы. Такая составляющая, от которой во многом зависит и состояние национального права данной страны в целом, и прогресс (или регресс) общества, успехи (или провалы, неудачи) его экономического, демократического и духовного развития.

Поэтому частное право непрерывной полосой проходит через всю человеческую историю. О существовании частного права можно говорить в отношении всех юридических систем прошлого и настоящего.

В то же время для частного права характерны различные, порой полярные состояния — состояния несовершеннолетних, примитивных юридических форм и стадии поразительного совершенства, долгие века стагнации, «замерзания» и стремительного взлета. Такие перепады, взлеты и падения решающим образом зависят от исторической эпохи, сложившегося в стране экономического, политического и духовного строя, общих тенденций исторического развития. Хотя — возьмем на заметку — судьба частного права в немалой степени обусловлена также мерой господства в данном обществе *мысли*, той ролью, которую играют в обществе духовные пастыри, в особенности тогда, когда достойное место среди них занимают философы и правоведы.

ДЛЯ ЧАСТНОГО ПРАВА характерны долгие века «бесславной судьбы», убогого существования в неразвитых, примитивных формах. По большей части — в виде казуистических норм, судебных прецедентов, обычаев, нередко связанных с религиозными догмами, ритуалами. Отчасти — законов, содержащих опять-таки конкретизированные императивы по отдельным жизненным ситуациям.

Это, понятно, — первые фазы истории права вообще.

Такой, например, выдающийся памятник Древнего мира, как Законы Хаммурапи (XVIII в. до н.э.), предусматривал и договорную форму, и порядок возмещения за вред, и даже распределение риска на началах принципиального равенства субъектов. Но и эти законы не шли дальше того, чтобы вводить казуистические правила. Скажем, следующее:

«Если человек отдаст свое поле земледельцу за арендную плату и получит арендную плату за свое поле, а потом Адат затопит поле или наводнение унесет жатву, то убыток падет только на землевладельца».

При анализе этого правила нетрудно сделать вывод, что оно строится на признании равенства сторон: основой взаимоотношений является договор, проводится принцип «равновесности» несения тягот от случайной гибели вещи. И в связи с этим допустимо говорить о «частном», или «гражданском», праве древнего Вавилона. Однако приведенные и аналогичные правила «перемешаны» с нормами публичного порядка, сами имеют характер императивных установлений, а главное — даже вычлененные и рассматриваемые в единстве, они могут быть охарактеризованы в качестве таких, которые построены на неких частноправовых началах лишь путем отвлеченных умозаключений (к тому же основанных на современном правопонимании).

Можно высказать соображение и более общего характера. Во всех странах Древнего мира и Средневековья, в особенности теократических монархиях, при режимах азиатско-тиранического типа, частноправовые формы оставались долгие века неразвитыми, примитивными, занимали весьма скромное, пожалуй, даже убогое место в государственнo-правовой жизни общества, в системе юридического регулирования.

В связи с этим надо заметить, что наше повышенное внимание к частному праву Древнего Рима обусловлено не только тем, что в нем сложились логически стройные, юридически совершенные гражданско-правовые конструкции и категории, но в не меньшей мере и тем, что институты частного права заняли достойное, высокое место в жизни всего общества (подтверждением этому может служить хотя бы сам факт выработки известной формулы — «Пусть свершится правосудие, даже если погибнет мир»). И хотя было бы неоправданным в этой связи рассматривать древнеримское общество «правовым», но то, что здесь в специфических условиях античности был сделан крупный шаг в указанном направлении, — факт, который может получить достаточное обоснование.

В то же время вот какое обстоятельство не следует упускать из поля зрения. Какое бы скромное, убогое место ни занимали частноправовые формы в большинстве стран древнего мира и средневековья (в том числе в «варварских» государствах, утвердившихся на территории бывшей Римской империи), они, эти частноправовые формы, демонстрируют все же неодолимость, «вечность» частного права. Даже при самых тиранических режимах теократического типа и разбойничьих образованиях норманнских общностей на почве торговли, хозяйственно-го и межсемейного (межродового), индивидуального общения и бы-

та спонтанно, в силу требований самой жизни, складывались — пусть и примитивные (но всегда однотипные) — юридические формы, выражающие и опосредствующие частноправовые отношения.

ДЛЯ ИСТОРИИ права характерны не только долгие периоды низкой частноправовой культуры, застойного состояния, но и время стремительного, «взрывного» развития, поистине взлета частного права.

И самое примечательное здесь то, что такого рода взлеты синхронно соответствуют крупным историческим переломам в истории человечества, цивилизации, в том числе в развитии всей духовной культуры, в известном смысле — утверждении в жизни людей светлой перспективы, разума, надежды. Ведь те основные вехи в развитии частного права, о которых говорилось ранее (напомню, таких вех было названо три и еще одна, четвертая, в наши дни только определяющаяся), — это в каждом случае крупные исторические повороты в человеческой истории, рубежи целых исторических эпох, восходящего развития человеческой цивилизации.

Расцвету римского частного права, как мы видели, соответствует тот прорыв в истории человечества, которым ознаменовано «начало» христианской культуры, христианской цивилизации. И то обстоятельство, что «золотой» период римского частного права выпал на I—III вв. н.э., возможно, подтверждает гипотезу о глубокой внутренней связи Христовых откровений в области права и расцвета права (и, быть может, придает известную значимость тому подмеченному историками развития человеческой культуры факту, что крупнейшие правоведы-классики Древнего Рима творили во II в. и были по преимуществу выходцами из народностей, близких к христианству¹).

Другая веха в развитии частного права — «право университетов» в Средние века — время Возрождения, всестороннего развития предосновы либеральных цивилизаций — возрожденческой культуры.

Следующая веха — гражданское законодательство эпохи, открытой Просвещением, Великой французской революцией (прежде всего — наполеоновский Гражданский кодекс), — вообще, быть может,

¹ По мнению О. Шпенглера, «классические юристы (160—200) Пипиниан, Ульпиан и Павел были арамеями; Ульпиан с гордостью называл себя финикийцем из Тира...» (*Шпенглер О. Закат Европы: Очерки мифологии мировой истории. Т. 2. С. 73*). Однако из этого исторического факта вытекает вовсе не то, что полагает автор (по его мнению, в дошедшем до нас «римском праве» мало римского, а больше того, что выражено в иудейской, христианской культуре, персидской литературе). Здесь, надо полагать, — одно из свидетельств глубокой внутренней связи между основательными ценностями права и христианства.

наиболее крупный перелом в судьбе человечества, выражающий переход от традиционных к либеральным цивилизациям.

Наконец, хотелось бы привлечь внимание к тому, что современная стадия развития гражданского законодательства, стадия модернизации и углубления выраженных в нем исконных, первородных частноправовых начал (и, скажу еще раз, глубокого единения модернизируемого частного права и современного естественного права), — предвестник, а возможно, уже и выражение новой эпохи развития человечества. Эпохи, когда в обстановке утверждения либеральных цивилизаций и в трудных, противоречивых процессах общественного развития шаг за шагом происходит реализация «замысла природы» — утверждение в жизни людей тех задатков, которые основаны на разуме и высоких моральных, духовных принципах, принципах солидарности.

РАССМАТРИВАЯ судьбу частного права, его состояние и роль в современную эпоху, важно вновь обратиться к одной из острых проблем нынешнего времени — к проблеме гражданского права и «рынка».

К сожалению, рядом специалистов прогрессивное демократическое развитие современного общества нередко связывается просто с «рынком». Между тем «просто рынок» — явление, характерное для всех эпох и в принципе для любых «вариантов» экономики (даже для плановой социалистической экономики, где существовали своеобразные, уродливые, но все же именно рыночные отношения). «Просто рынок» может стать и поприщем диких порядков, разбойничьих нравов, в итоге — общественного упадка, разложения.

Как показывают процессы, связанные с развитием общественных взглядов в середине XX в., само понятие «рыночная экономика» как нечто передовое было выдвинуто в противовес плановой социалистической экономике, вокруг которой в 1930-х гг. возник ореол как будто обоснованного превосходства по сравнению со стихией капиталистического эксплуататорского общества. И едва ли можно признать оправданным широко распространившиеся представления о том, что будто бы именно «рыночная экономика» как таковая во второй половине XX в. привела к экономическому и потребительскому процветанию в ряде стран Запада, ознаменовала победу капитализма над социализмом в сферах экономики и потребления.

В действительности передовую экономическую и социальную значимость имеет не «просто рынок», а рынок, развивающийся на основе научно-технического прогресса, в условиях утверждающегося гражданского общества и потому *облагороженный*

частным правом, когда — как мы видели — корректнее говорить не о «рыночной экономике», а о *частноправовой организации* народного хозяйства.

Что касается того поражающего эффекта, который будто бы дал западным демократическим странам «рынок», то нужно видеть, что этот эффект на самом деле наступил в результате ряда внутренне связанных факторов новой эпохи. А среди этих факторов, наряду с ошеломляющим научно-техническим прогрессом, стремительным развитием интеллекта, информационных механизмов, выдающееся значение приобрело *частное право на нынешней стадии его развития*. То есть частное право развитого гражданского общества, в котором оно модернизируется и одновременно возвышается в единении с основной категорией естественного права в современную эпоху — неотъемлемыми правами человека. Такое право, при котором экономическая свобода (свобода защищенной, уверенной, ориентированной на право личности) не соскальзывает в базарно-разбойничью вольницу, а переводится в созидательную активность, экономический риск и творчество, соединенные с персональной ответственностью за результаты собственного дела. В итоге — поразительные результаты частноправовой экономики демократически развитых стран во второй половине XX в. — это эффект не просто «рынка», а результат функционирования рыночной экономики как составной части современного правового гражданского общества.

Стало быть, именно на счет современного частного права, функционирующего в единстве и взаимодействии с публичным правом, нужно во многом отнести достоинства постиндустриальной экономики, когда в экономической жизни отсекаются многие «негативы» просто рыночных отношений и в полной мере начинает работать их потенциал — по своей основе потенциал «оцивилизованной» частной собственности и конкурентного состязания, раскрывающих свои достоинства через частное право новой, современной эпохи в человеческой истории.

СУДЬБУ ЧАСТНОГО ПРАВА можно назвать *счастливой*.

Но эта судьба одновременно (как часто бывает в жизни) также исполнена истинной *драмы*.

И драма частного права не в том, что в его развитии время расцвета и взлетов сменялось долгими периодами упадка, примитивных, неразвитых юридических форм (такие перепады характерны для развития всей человеческой цивилизации).

Ведь и «классические» законы частного права — Французский кодекс и Германское гражданское уложение раскрыли свою истинно историческую миссию (угаданную Наполеоном) спустя долгие десятилетия после своего принятия — лишь после того, как через свое рутинное содержание воплотились в реальную практику, в образ жизни людей. Да и они «сработали» в полной мере лишь во второй половине нынешнего века, на основе культуры прав человека.

А вот истинная драма частного права — это тот чудовищный срыв, который произошел с частным правом у нас, в России.

Этот срыв особенно драматичен и болезнен потому, что, несмотря на все негативные российские предпосылки в области права (общинно-соборное мироощущение и нравы, имперские порядки, чиновничье засилье, идеология позднего православия), в России именно в конце XIX — начале XX в., прямо-таки к октябрьскому перевороту (революции) 1917 г., определился по многим данным «поворот» к праву. К праву высокого уровня — такому, которого, по всем данным, и требует современное гражданское общество. И свидетельства этого стали не только общее внимание к юридическим вопросам, суд присяжных, престижная адвокатская деятельность, но в не меньшей мере — подъем цивилистики, подготовка передового по содержанию Гражданского уложения, впечатляющие, обгоняющие время научные разработки русских правоведов-цивилистов (особенно яркая из них — книга профессора Иосифа Алексеевича Покровского «Основные проблемы гражданского права», выдержки из которой уже не раз приводились в этом издании¹).

И вот сразу же после октябрьского переворота 1917 г. в России началась полоса целенаправленного, упорного *изничтожения частного права*. Именно — уничтожения. И именно — частного права, так как юридические установления публичного характера — революционные декреты, правительственные постановления и т.д. — вовсю использовались для проведения в императивном порядке большевистской политики и пропаганды.

Частное же право, сообразно коммунистическим догмам, должно было разделить судьбу частной собственности, всей частноправовой организации народного хозяйства, более того, — и в этом весь ужас такого рода политической линии, дотоле невиданной в мире, — при-

¹ Ранее уже отмечалось, что не так давно издательство «Статут» переиздало эту книгу. Не сомневаюсь, читатель, обратившись к этой замечательной книге, будет поражен и, верю, обрадован глубиной мысли русского ученого, обстоятельностью его научных раздумий, которые по ряду проблем и для современного правоведения, и для нашего правосознания являются, пожалуй, истинными откровениями.

вести к тому, что «частное» в жизни человека будет сведено к узкому кругу потребительских предметов. Поразительно, но подобные представления в какой-то мере разделял и видный дореволюционный теоретик права Б.А. Кистяковский, ученый в общем либеральной ориентации, полагающий, однако, в обстановке социалистического угара того времени, что хотя социализм и не отрицает частного права, однако «частное» будет состоять в гарантировании каждому «своей рубашки, своего сюртука, своей комнаты»¹.

И все же истинная драма частного права произошла в социалистической России не в годы прямого, незавуалированного отрицания «частного» и прямого господства революционного правосознания (уже к 1920–1921 гг. национализированная российская экономика потерпела полнейший крах), а несколько позже, когда был в порядке временного отступления от коммунизма объявлен нэп и — как это ни парадоксально — принят первый в российской истории юридический документ, названный Гражданским кодексом РСФСР.

Казалось бы, вот замечательное свершение! Наконец-то и в России, как во Франции, в Германии, в других демократических странах, принят Гражданский кодекс! Тем более, что он в основном составлен по весьма отработанным материалам проекта российского Гражданского уложения, подготовленного в дореволюционное время.

Но суть дела (и суть указанной истинной драмы) заключается как раз в том, что в российском социалистическом обществе стало действовать гражданское законодательство, которое, однако, вопреки всякой социальной и юридической логике *н е б ы л о частным правом* в строгом и полном значении этого понятия.

Как это произошло? А вот как. При выработке в начале 1922 г. проекта Гражданского кодекса РСФСР вождь Коммунистической

¹ Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. М., 1916. С. 579. В этой же книге, несколько раньше, он и прямо утверждает: «В с е те виды индивидуальной и общественной деятельности, которые в современном правовом государстве составляют область частноправовых отношений, превратятся в социалистическом государстве в область публично-правовых отношений, регулируемых государством и государственной властью» (Там же. С. 444–445).

И.А. Покровский справедливо писал в отношении этого мнения своего коллеги: «Конечно, никто не станет отрицать, что в социалистическом строе каждому будет гарантирована «своя» рубашка и т.д., но слишком поспешно делать отсюда вывод, будто это и есть частная собственность» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 46, примеч.). И здесь же делал вывод более общего порядка: «...едва ли может подлежать оспариванию, что именно п р и н ц и п а л ь н о экономическая централизация отрицает и должна отрицать частную собственность, частный оборот, частное накопление и частное наследование» (Там же).

партии Ленин в секретном (секретном!) письме к тогдашнему наркомюсту Курскому писал, что нужно выработать «новое гражданское право, новое отношение к «частным» договорам и т.п.». И дальше следовали слова, которые стали идеологической установкой для полного отрицания в советской идеологии частного права вообще: «Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное». «Отсюда, — продолжал Ленин, — расширить применение государственного вмешательства в «частноправовые» отношения, расширить право отменять «частные» договоры, применять не *corpus iuris romani* к «гражданским правоотношениям», а наше революционное правосознание».

Обратим внимание — как старательно Владимир Ильич ставит в кавычки слова «частное», «частные» договоры и даже «гражданские правоотношения». И такая еще многозначительная деталь. Ленин все эти ультрареволюционные установки прикрывает завесой секретности (вот когда началась вся политика откровенной лжи в советском праве!); он прямо пишет о том, что текст данного письма допустимо только «показывать под расписку», выступать кому-либо по данному вопросу надо под своей подписью, но, упаси Боже, не «упомягая имени» автора письма.

Чем все это можно объяснить? А тем, что Ленин как юрист понимал: Гражданский кодекс, созданный с установкой «мы ничего частного не признаем», — это гражданское законодательство, *лишенное своей души*. То есть в условиях нэпа вводится гражданское законодательство, которое *не есть частное право*. И надо было, чтобы всем, кто принял за чистую монету официальные лозунги о «строе цивилизованных кооператоров», о «свободе торговли», о нэпе как политике «всерьез и надолго», было неведомо, что все это — лишь временный маневр и что на деле будет торжествовать «государственное вмешательство», «наше революционное правосознание», «кара НКЮста» вплоть до «расстрела» (есть и такая установка в письме к Курскому).

Таким образом, получается, что принятый в 1922 г. Гражданский кодекс РСФСР, выполняя узкую оформительскую функцию — функцию по юридическому упорядочению имущественных отношений в условиях нэпа, *не мог и по партийным установкам не должен был реализовать свое исконное историческое предназначение — быть инструментом формирования свободного гражданского общества*. Напротив, он призван был каким-то образом легализовать и придать юридически оправданный вид «нашему революционному правосознанию», широкому «государственному вмешательству» в гражданские правоотношения.

Конечно, издание Гражданского кодекса в условиях советского общества имело и прогрессивное значение. Кодекс — пусть и в деформированном виде — все же реально, в самой гуще жизни представлял дореволюционную правовую культуру. В саму практику применения предусмотренных им юридических средств и механизмов (построенных на частноправовых началах) он все же вносил какие-то элементы частного права. И конечно же, он даже в неимоверно сложных российских условиях того времени послужил предпосылкой для развития цивилистической науки, для деятельности таких выдающихся ученых-цивилистов, как М.М. Агарков, С.И. Аскназий, С.Н. Братусь, А.В. Венедиктов, А.М. Винавер, Д.М. Генкин, О.С. Иоффе, И.Б. Новицкий, В.К. Райхер, В.И. Серебровский, Е.А. Флейшиц, Р.О. Халфина, Б.Б. Черепахин, и многих других. Для создания ими, их сотрудниками, учениками замечательных трудов по проблемам гражданского права (и это знаменательно, например, что работа Б.Б. Черепахина о частном и публичном праве вышла в свет в 1926 г., когда уже прозвучала грозная установка — пусть и неопубликованная — насчет того, что «мы ничего частного не признаем»; впрочем, вскоре, в начале 1930-х гг., Борис Борисович был отстранен от научной и педагогической работы...).

Тем не менее следует отдавать ясный отчет в том, что советское гражданское законодательство, построенное на нормативном материале Гражданского кодекса РСФСР 1922 г., отличалось — как это ни парадоксально — во многом опубличенным характером и реально имело в жизни общества ограниченное значение.

Советское гражданское законодательство не только было «обезображено» партийными директивами и утратило свое значение как законодательство частного права, но и с правовой стороны реально действовало главным образом в качестве подсобного, «оформительского», технико-юридического средства сугубо практического порядка (и в основном проявляло свою частноправовую природу через юридические конструкции и категории и несколько полнее — в узкой сфере, преимущественно в бытовых отношениях). В условиях коммунистического строя гражданские законы и не могли реализовать свое основное историческое предназначение — стать решающим фактором формирования современного гражданского общества. К сожалению, они даже выполняли идеологическую функцию по «прикрытию» тоталитарного репрессивного режима, командно-административной экономики.

Ситуация в принципе не изменилась в последующее время, в 1930–1980 гг. Более того, изданный после смерти Сталина и устра-

нения «крайностей» его режима Гражданский кодекс 1964 г. хотя и воплощал определенные технико-юридические достижения цивилистики (в его подготовке участвовали многие видные советские цивилисты), но уже напрямую имел идеологизированный характер, прямо, текстуально связывал советское гражданское право с идеями коммунизма, социалистической системой, а в правовом отношении, по-прежнему легализуя вмешательство власти в гражданские отношения, напрямую проводил ряд сугубо социалистических начал — приоритет государственной собственности, верховенство «плана» над договором, принцип «реального» исполнения обязательства и др.

Выгодно отличается от кодексов 1922 и 1964 гг. Закон, названный «Основами гражданского законодательства» и принятый уже в условиях перестройки в 1991 г. В этом общесоюзном кодифицированном акте по гражданскому законодательству впервые были устранены указанные выше идеологические элементы и постулаты, включен ряд современных гражданско-правовых институтов и конструкций (в том числе по вопросам собственности, акционерных обществ и др.). Но и этот документ в полной мере не отразил современных достижений культуры современного гражданского права, всего современного цивилистического правового инструментария, а главное — не стал еще Кодексом частного права, выражением и инструментом реализации основополагающих частноправовых начал.

Вот такова истинная драма советского гражданского права, особенно в той его части, которая строилась по конструкциям ГК 1922 г., воспринявшим через дореволюционные проекты достижения мировой частноправовой культуры. Оно находилось в непреодолимом противоречии (настойчиво сглаживаемом советскими цивилистами) с «планом», «приоритетом государственной собственности» и другими управленческими, административными юридическими реалиями советского времени, упорно вводимыми официальной догмой в содержание гражданского права как отрасли социалистической правовой системы.

Отсюда и ущербность всей юридической системы, существовавшей в советском обществе. Эта ущербность состояла не только в ее заидеологизированном и репрессивном характере, но еще и в том, что в ней сообразно коммуно-большевистской догме существовала нацеленность на изничтожение, полное искоренение частного права в основных областях общественной жизни (напомню ленинские слова — «мы ничего частного в хозяйстве не признаем»). Благодаря этому советское право приобрело однобоко публичные содержание и направленность,

и это стало характерным даже для такой, казалось бы, исконной обители частного права, как гражданское право, цивилистика.

ДРАМА частного права в России, наряду со всеми иными негативными характеристиками, имеет еще одну неблагоприятную сторону, быть может, наиболее губительную для нашего Отечества, его будущего.

Политика на изничтожение частного права в советском обществе во многом в реальной жизни увенчалась успехом. Оно фактически было изгнано из основных сфер жизни общества. Отношения в народном хозяйстве по большей части регулировались правительственными постановлениями и ведомственными актами («инструкциями»). В арбитражных учреждениях лишь изредка, в случае каких-то заковыристых казусов, делались ссылки на Гражданский кодекс. По сути дела, действие Гражданского кодекса как такового сохранилось в советских условиях, начиная с 1930-х гг., главным образом в области бытовых отношений да во внешнеторговых операциях.

Но здесь дал знать о себе некий твердый, неумолимый закон человеческого бытия. Столь же жесткий, как и необходимость частной собственности для человека. Даже в самом что ни на есть тоталитарном обществе (кроме, и то, пожалуй, с немалыми допущениями, теократических монархий, где каждая человеческая особь — «абсолютный раб»). Поскольку в нашем мире на попрание реального бытия вышел отдельный, автономный человек, то само его существование как самостоятельного индивидуума невозможно в принципе, если он не имеет опоры в «вещах» (стало быть, в своей, частной собственности) и опоры в праве, притом именно в частном праве.

Потому-то частное право — поскольку сохраняется существование человека как самостоятельного индивидуума — является неуничтожимым, «вечным».

И когда частное право целенаправленно и упорно изгоняется из официальной, «видимой» жизни общества, то тогда оно уходит в «тень», коренным образом теряя при этом свою цивилизационную суть. Потому что «тень» — это не что иное, как криминал, преступный мир. Или, во всяком случае, нечто тайное, скрытое от глаз, находящееся на зыбкой грани с криминалом. И людям, знакомым с «экономикой социализма», известно, что ее реальная жизнь в большой, нередко подавляющей части проходила за кулисами официальных планов и плановых договоров через руки оборотистых снабженцев и завскладами, притом по твердым, но примитивным критериям в общем-то частного правового порядка («ты мне — я тебе», «по договоренности», «уважь»,

«я простил — ты прости» и т.д.). Таким правилам, которые в обстановке социалистической тотальной государственности неизбежно охватывали также и аппарат, партийное и советское чиновничество, когда нужно «отблагодарить», «поделиться».

В определенных же (доходных, «жирных») секторах хозяйственной жизни, когда появляются большие деньги, при социализме расцветает и криминал в своем откровенном, обнаженном обличьи. С подкупом, коррупцией и подлогом. И там утверждается голое, неприкрытое «право сильного» — диктат пахана и вора «в законе», разгул под их крылышком «шестерок», криминальные разборки, законы обшага, «свой суд» и «свои приговоры» без апелляций и обжалований, с «заказным» исполнением приговоров.

И надо видеть, что нынешние беды в России сопряжены не только с тем, что «кардинальный переход к рынку» под крылом всемогущей власти начал осуществляться при отсутствии своей цивилизационной основы — частного права, современного гражданского законодательства, но и по другой, в чем-то обратной причине — некое «право» как раз было. Но это было, и во многом остается, с одной стороны, право, государственного, чиновничьего всевластия, а с другой — «частное разбойничье право» криминального мира.

Вот и пришли мы сейчас к дикому, полукриминальному полурынку с непобедимой коррупцией и по-прежнему всемогущим чиновничеством. Впрочем, несколько подробнее об этом — в одной из следующих глав.

8. ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РОССИИ

И ВСЕ ЖЕ частное право вернулось на российскую землю.

Это «возвращение» произошло не сразу после начавшихся в 1985 г. перемен в Советском Союзе. Первые перемены вплоть до начала 1990-х гг. проходили в обстановке, когда в жизни общества продолжали господствовать социалистические иллюзии, существовали многие порядки и принципы прошлого, требующие будто бы только «совершенствования» или «перестройки». Сохранялись в эти годы и общее построение юридической системы, и ее идеология. Вопрос о восстановлении частного права, в том числе при разработке и принятии в 1991 г. общесоюзных Основ гражданского законодательства, даже не ставился.

Но время российских реформ еще раз подтвердило, что частное право — явление «знаковое». Его возвышение, как это не раз уже было в истории, или даже просто его реанимация, восстановление, как это наметилось, будем верить, в России, представляют собой выражение и свидетельство того, что крупные повороты в общественном развитии не просто объявлены, а уже «случились», реально свершаются.

Только тогда, когда после трудных, противоречивых, порой драматических событий 1991 г. (осложненных жесткой борьбой за власть политических лидеров) рухнул коммунистический режим власти и идеологии, оказался возможным и «логичным» реальный переход к формированию на российской земле современного гражданского общества. И значит — к возвращению в нашу жизнь частного права. И именно в конце 1991 г. в центральной российской печати прозвучали слова о частном праве, его необходимости для успеха реформ. Тем более, что переход в это же время к решительным преобразованиям в народном хозяйстве и в практическом отношении требовал скорейшей разработки правовой основы современной рыночной экономики — гражданского законодательства, построенного на частноправовых началах.

Счастливым стечением обстоятельств следует признать и тот факт, что тогда же, в октябре—декабре 1991 г., был учрежден Исследовательский центр частного права (сначала — «при Президенте СССР», а затем, после распада СССР и соответствующего переоформления в конце декабря, — «при Президенте Российской Федерации»). Это позволило объединить с организационной стороны в «одну команду» наибо-

лее видных специалистов страны по гражданскому праву, в том числе учеников крупных цивилистов из «дореволюционной когорты», прямых продолжателей их дела. С 1992 г. ученые Центра с привлечением специалистов из других учреждений и ведомств начали работу над Гражданским кодексом. В 1994 г. президентским распоряжением была утверждена федеральная программа «Становление и развитие частного права в России», предусматривавшая образование первого в истории России учебного юридического заведения высшей юридической подготовки — Российской школы частного права. Думается, есть основания полагать, что возрождение идеи частного права в России, нашедшей к тому же реализацию в указанных организационных институтах, а в итоге — в разработке современного гражданского законодательства, может претендовать на наиболее значительное научное и духовное событие постсоветского времени.

Подготовка проекта российского Гражданского кодекса потребовала больших усилий ученых-правоведов. Практическую работу по подготовке проекта возглавили крупный ученый-цивилист А.Л. Маковский и исполнительный директор Центра, юрист от Бога, С.А. Хохлов, хозяйка в деловой работе — О.М. Козырь. В подготовке проекта принимали участие видные правоведы «старшего» и «среднего» поколений (в том числе — М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Г.Д. Голубов, В.А. Дозорцев, В.П. Звеков, П.В. Крашенинников, Е.А. Суханов, Ю.Х. Калмыков, А.С. Комаров, В.Ф. Яковлев, К.Б. Ярошенко и др.), обретающие серьезный вес в науке молодые ученые — Г.Е. Авилов, М.Ф. Казанцев, О.Ю. Шиловост.

Примечательно, что сложная работа по подготовке проекта Кодекса проходила в непростой обстановке столкновения интересов и амбиций некоторых ведомств и научных школ различной теоретической и социально-политической ориентации. В качестве свидетельства и иллюстрации особенностей обстановки, которая сопровождала подготовку проекта Кодекса и его принятие в Федеральном Собрании, в приложениях к данной книге приведено несколько статей автора этих строк, опубликованных в центральной печати того времени.

Главное же — это то, что в итоге в 1994—1995 гг. две (из трех) части Гражданского кодекса были приняты.

В 1995—1996 гг. Гражданский кодекс в составе указанных двух частей, построенный впервые в российской истории на частном праве, вступил в действие. И можно твердо сказать: ему уготована в России не менее значимая роль, чем роль Гражданского кодекса во Франции и Гражданского уложения в Германии, соответствующих актов в дру-

гих ныне развитых странах, т.е. роль решающего фактора формирования и в нашей стране современного гражданского общества, современного частноправового народного хозяйства.

В СВОЕЙ СОВОКУПНОСТИ первая и вторая части Гражданского кодекса Российской Федерации, включающие 1109 статей (60 глав), уже образуют достаточно полный — за немногими исключениями — массив российского гражданского законодательства, распространяющийся на подавляющую часть всей системы имущественных и связанных с ними неимущественных отношений, принадлежащих к рыночной экономике. И теперь в таком развернутом виде российский Гражданский кодекс способен *придать рынку, формирующемуся в России, современный, цивилизованный характер.*

Это находит свое выражение в том, что российский Гражданский кодекс, выработанный на основе отечественного и мирового опыта, данных современной коммерческой деятельности, международных документов, упорядочивает отношения рынка, содержит отработанное юридическое регулирование многообразных и сложных рыночных отношений, имущественных и личных неимущественных прав граждан, других субъектов.

Первая часть Кодекса охватывает обширный спектр вопросов, связанных с правовым положением граждан и юридических лиц, в том числе — индивидуальных предпринимателей, хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, некоммерческих организаций, а также — с ценными бумагами, представительствами и, что особенно существенно, — с собственностью, ее приобретением, защитой, другими вещными правами, обязательствами, их исполнением и обеспечением, залогом, неустойкой, договором, его заключением и расторжением и т.д.

Здесь, в первой части Кодекса, получают развернутое регулирование фундаментальные основы не только частноправовой, рыночной экономики, но и гражданского общества в целом. Это:

- *правовое положение (статус) субъектов* — участников жизни гражданского общества;
- *собственность* во всех ее разновидностях и проявлениях;
- *договор* как генеральный способ взаимодействия субъектов, самостоятельного определения ими условий своего поведения.

Вторая часть Кодекса регламентирует разнообразные виды договоров и обязательств. В том числе «договорных», т.е. основанных на договоре, — куплю-продажу, аренду, подряд, заем и кредит, хранение

ние, страхование, доверительное управление имуществом, включая такие специфические виды, как финансовая аренда, агентский договор, коммерческая концессия и многое-многое другое, относящееся к сегодняшней практике коммерческой деятельности. И одновременно — «внедоговорные», в том числе обязательства вследствие причинения вреда и др.

Нормативные положения второй части Кодекса охватывают отношения гражданского оборота, его повседневную практику, обеспечивают формирование и функционирование деловых хозяйственных отношений на развернутой, отработанной юридической основе. Существо дела, стало быть, заключается в том, что вступили в действие такие законоположения, реальное функционирование которых является насущной, крайне острой потребностью повседневной хозяйственной практики, связанной с многообразным деловым, коммерческим оборотом, с необходимостью ввести его в систему отработанных правовых установлений.

При этом следует иметь в виду, что положения части второй ГК реализуют, претворяют в конкретных юридических отношениях те принципиальные, рыночно ориентированные общие принципы и начала, которые закреплены в части первой Кодекса. Договорные и внедоговорные обязательства, закрепленные во второй части, представляют собой сумму способов, обеспечивающих практическую реализацию правомочий собственника, его широких юридических возможностей. Именно через институты купли-продажи, аренды, подряда, страхования и т.д. собственник на деле реализует свои юридические возможности и тем самым участвует в многообразных отношениях современной экономической жизни.

Представляется важным сказать и о том, что во второй части ГК перечислены все сделки, договорные обязательства, используемые в коммерческой деятельности, в торговом обороте. Поэтому — и в полном согласии с законодательной практикой передовых демократически развитых стран — отпадает необходимость подготовки и издания особого акта — Торгового кодекса. Во второй части предусмотрено принятие отдельных актов, развивающих некоторые нормы ГК по транспортным услугам, финансовым отношениям. Такого рода акты после их издания могут быть инкорпорированы в особый сборник и его можно назвать Торговым кодексом, с тем, однако, чтобы подобный инкорпорированный документ рассматривался в качестве производного от Гражданского кодекса.

Нормативное регулирование имущественных и иных отношений в первой и второй частях Кодекса строится на началах правовой пре-

емственности: оно в полной мере соответствует исконным российским традициям, многодесятилетней деловой, коммерческой практике, накопленной в России. При проработке юридических конструкций обязательств в Кодексе использованы, в частности, отработанные материалы книги пятого проекта российского Гражданского уложения, материалы ГК РСФСР 1922 г., а также практика коммерческой деятельности в условиях советского общества, в особенности по тем секторам деловых отношений, где и в советских условиях проводились начала диспозитивности, свободы договора.

Вместе с тем в Кодексе в полной мере учтены (а в необходимых случаях прямо использованы) общепризнанные мировые достижения правового регулирования коммерческих отношений, выраженные в международно-правовых документах (в частности, венском и берлинском документах), в решениях международных судов по коммерческим вопросам, а также отдельные технико-юридические разработки развитых в правовом отношении стран, таких, как Германия, Нидерланды и др.

Таким образом, первая и вторая части Кодекса содержат институты, которые уже сейчас обеспечивают функционирование современного народного (рыночного) хозяйства. В целом нормативный материал частей первой и второй Гражданского кодекса РФ соответствует уровню регулирования отношений собственности, гражданского коммерческого оборота сообразно современным требованиям и общепризнанным в мировой практике стандартам.

Практически к началу 1999 г. подготовлен и передается в президентско-правительственные инстанции, а через них в Федеральное Собрание проект и т р е т ь е й части Гражданского кодекса, которая охватывает исключительные права в интеллектуальной собственности (в области авторства, изобретательства, научных открытий и др.), наследственное право, международное частное право.

После принятия третьей части Кодекса формирование российско-го гражданского законодательства, строящегося на основе современного частного права, будет завершено полностью.

И такой еще существенный момент. И теперь, и в перспективе гражданское законодательство России в соответствии с Конституцией призвано образовать твердую общефедеральную, единую по всей стране правовую основу народнохозяйственной жизни не только по принципиальным вопросам, но и — что не менее важно — по повседневным многообразным делам оборота имущества, сделок, процедур и ответственности. А это предупреждает ту сепаратистскую «правовую самодеятельность» по проблемам собственности, договоров, имущественной

ответственности, которая намечается в ряде субъектов Российской Федерации и которая наряду с другими разрушительными последствиями исключит саму возможность формирования на территории России единого рыночного пространства, необходимого для современного гражданского общества.

НО ДОСТОИНСТВА Гражданского кодекса, его роль (в том числе и в создании цивилизованной рыночной экономики) не исчерпываются только тем, что он призван обеспечить юридически строгое регулирование отношений правосубъектности, собственности, коммерческих отношений и процедур.

Можно с весомой обоснованностью утверждать, что *именно в российском Гражданском кодексе законодательно закреплена юридическая, в чем-то даже «философская», идеологическая основа современного гражданского общества. И с этой точки зрения — о н р е д е л я ю щ и е у с т о и цивилизованной рыночной экономики, которая является составной частью такого — именно современного! — гражданского общества.*

Эта весьма высокая юридико-философская роль гражданского законодательства как раз и состоит в том, что оно является выражением и носителем *ч а с т н о г о п р а в а* на нынешней, современной стадии его развития.

И вот что здесь особенно важно. Впервые в истории гражданского законодательства, включая отработанные гражданские кодексы последнего времени ряда развитых в правовом отношении стран, в российском Кодексе прямо, непосредственно в законодательном тексте закреплены не просто общие положения (и даже не просто общепризнанные положения о правах человека, как в Кодексе канадской провинции Квебек), а *основные частноправовые начала*.

Это значит, что идеи и принципы частного права, его «дух» выражены не только в самом содержании нормативных положений, юридических конструкций и форм (что характерно для гражданского законодательства в целом, включая в какой-то мере даже советское законодательство, в особенности Кодекс 1922 г.), но и в строгих формулировках закона. И главное — закреплены в виде «начал», т.е. определяющих принципов, руководящих положений — исходных, стержневых. Причем не в некоем идеологическом введении к закону, не в его преамбуле, а в «самом законе», в первой же статье Кодекса.

Ключевые слова статьи 1 (п. 1) — «основывается на признании» («Гражданское законодательство основывается на признании...» — и далее идет перечисление «начал») — слова, означающие, что сущью, смыс-

лом данной ветви законодательства являются вот эти самые «начала», т.е. частное право, выраженное в указанных формулах.

Основными частноправовыми началами по статье 1 Кодекса являются:

- *равенство субъектов;*
- *неприкосновенность собственности;*
- *свобода договора;*
- *недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела;*
- *необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав;*
- *обеспечение восстановления нарушенных прав;*
- *судебная защита прав.*

Кроме того, к числу основных частноправовых начал следует отнести принцип *автономии*: согласно пункту 2 этой же, первой, статьи Кодекса граждане (физические лица) и юридические лица *приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе*. То есть обладают *юридической автономией* в самом глубоком юридическом значении. В значении не только самостоятельности, независимости, правовой обособленности, но и в смысле своего рода правовой самодостаточности, способности самим определять условия своего поведения, распоряжаться своими юридическими возможностями, правами — того, что выражает «свободу быть своим собственным господином» (на языке юридической науки такая способность и такая свобода именуются *диспозитивностью*). Особенно значима здесь свобода договора. Согласно Кодексу лица (физические и юридические) свободны в установлении своих прав и обязанностей на основании договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора¹.

Вполне очевидно, что приведенные «начала» имеют широкую и более основательную значимость, чем просто принципы одной из отраслей законодательства. Равенство субъектов, недопустимость наличия у них в данных отношениях каких-либо преимуществ, неприкосновен-

¹ Представляет интерес и то положение закона (об этом говорится уже в статье 2 Кодекса), согласно которому гражданское законодательство регулирует имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, *основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников*. Но здесь, в только что приведенном положении, делается ударение уже не столько на юридические, сколько на известные материальные предпосылки частного права, в том числе на *имущественную самостоятельность* субъектов.

ность собственности, судебная защита, недопустимость вмешательства кого-либо в дела граждан и их объединений, еще более — правовая автономия, диспозитивность, способность самим, своей волей и в своем интересе определять условия своего поведения, договорный метод определения взаимоотношений, — все это не что иное, как *определяющие черты и ориентиры современного гражданского общества в целом* (и кстати сказать, нигде — кроме Гражданского кодекса — такие черты и ориентиры в российском законодательстве не закреплены).

И вот какой момент здесь нужно выделить особо. Надо видеть, что в правовых началах, закреплённых Кодексом, выражено новое качество частного права, связанное с правами человека, с обретением ими в современную эпоху прямого юридического значения. То, что сообразно с таким значением прав человека упрочилось и возвысилось правовой статус субъектов. И то, что в соответствии с этим по-новому «завучали» частнопровые начала (в особенности начала правовой автономии, диспозитивности). Вовсе не случайно, не ради «дежурной» фразы в Кодексе прямо записано, что гражданским законодательством защищаются «неотчуждаемые права и свободы человека» (ст. 2), а статус гражданских прав по своей юридической обеспеченности в сущности такой же, как и прав конституционных (согласно статье первой гражданские права могут быть ограничены только по тем же основаниям, что и конституционные права).

Именно они, эти частнопровые начала, в своем «новом звучании» в условиях современного правового гражданского общества явились ответом на вызов времени — оказались тем мощным побудительным элементом, который в полной мере раскрыл *достоинства свободы, осуществляемой через право*, притом — частное право. Элементом, который стал, следовательно, фактором, по-современному упорядочивающим свободу в обществе. Здесь, на почве экономических интересов, рождаемых частной собственностью и рынком, экономическая свобода (свобода защищенной, уверенной, ориентированной на право личности) не соскальзывает в базарно-разбойничью вольницу, а *переводится в созидательную активность, экономический риск и творчество, соединенные с персональной ответственностью за результаты собственного дела*. По своей социальной и правовой сути «такая» свобода в обществе — это свобода в правовом гражданском обществе, предполагающая также и *солидарность* между людьми.

И ВОТ ЕЩЕ один существенный момент. Так как начала частного права, выраженные в российском Гражданском кодексе, ста-

ли *нормой закона*, они не только имеют общеюридическое, философское значение и, стало быть, не только выполняют функцию стратегического гуманитарного ориентира в нашем социальном развитии, в движении к современному гражданскому обществу и современной рыночной экономике (частноправовому народному хозяйству). Они, кроме этого, могут иметь и *непосредственное юридическое значение*.

В чем заключается это непосредственное юридическое значение рассматриваемых общих положений Гражданского кодекса? Здесь два основных момента.

Во-первых, приведенные выше начала частного права (равенство субъектов, неприкосновенность собственности и др.) — определяющий критерий при решении вопросов, связанных с *совершенствованием и развитием гражданского законодательства* и — что не менее важно в области юридической практики — с *толкованием, адекватным пониманием истинного смысла и интерпретацией* содержащихся в Кодексе нормативных положений.

Во-вторых, закрепленные в Кодексе частноправовые начала (при том в тех формулировках, которые даны в статье первой Кодекса) могут быть прямо положены в основу решения судов по тем или иным юридическим делам, касающимся тех или иных жизненных ситуаций.

Такого рода решений с указанием на то или иное «начало» — насколько мне известно — в опубликованной практике еще нет, если не считать ссылок в некоторых решениях арбитражных судов в целом на «начала гражданского законодательства». Но когда они появятся (а они, по моему мнению, появятся непременно, дай Бог, не в очень отдаленное время), перед нами по всем данным окажутся высокозначимые прецеденты — и в юридическом, и в социальном отношении — свидетельство того, что современное российское гражданское право активно входит в жизнь. И быть может, самое существенное — свидетельство и того, что *в нашей жизни реально используется инструмент, при помощи которого — при помощи судебных решений по конкретным жизненным ситуациям! — реально утверждаются важнейшие основы современного правового гражданского общества*.

ТЕПЕРЬ, после характеристики достоинств Гражданского кодекса РФ, освещенных в мажорных интонациях (вполне, полагаю, оправданных), настало время «спуститься на землю» и посмотреть на то, как фактически обстоят дела с частным правом, с гражданским законодательством в сегодняшней российской действительности.

И здесь, увы, интонации и оценки оказываются иными. Во всяком случае — разными.

После некоторой эйфории, связанной с изданием и вступлением в действие в 1995—1996 гг. Гражданского кодекса, когда он именовался «второй» или «экономической» российской Конституцией (комплиментарные определения, которые — если честно — во многом иницированы самими цивилистами), вскоре, спустя всего два-три года, наступило время весьма прохладного отношения к гражданскому законодательству.

На первый план в законодательной области, как и в былые времена, вновь выступили Уголовный кодекс, административные законы, в сфере хозяйства — налоговое законодательство. Даже в законодательных документах частноправового характера (таких, как законодательные документы об акционерных обществах, о лизинге, о приватизации и др.) ссылки на их исходную нормативную основу, Гражданский кодекс, — редкость. Еще большая редкость — органическая увязка новых нормативных актов с юридическими конструкциями, а главное — правовыми началами гражданского законодательства. Чаше ссылки на Гражданский кодекс встречаются при обосновании «пресекательных» акций, в том числе отклонения президентскими «вето» тех или иных актов Государственной Думы.

Аналогичной, а пожалуй, и более серьезной оценки заслуживает практика применения гражданского законодательства, его реальное действие.

Здесь мы встречаемся с рядом тревожных фактов нашего нынешнего постсоветского бытия.

ОДИН ИЗ ТРЕВОЖНЫХ ФАКТОВ нынешней российской действительности — отрицательное влияние на действие гражданского законодательства сохранившихся элементов коммунистического строя, идеологии и практики неолевизма (так и хочется сказать — «рудиментов», «остатков», но — нет, дело куда более серьезное).

Нынешнее состояние российского общества таково, что, несмотря на проводимые уже долгое время реформы (а во многом и благодаря акциям, названным «реформами»), реально, фактически в России не только не сложилось современное правовое гражданское общество, но, увы, и нет устойчивой доминирующей тенденции к его формированию. Российское общество в своих главных сторонах, компонентах и характеристиках остается прогосударственной системой с сильными авторитарными началами, с господством коррумпиро-

ванного чиновничества, элитарным строем новых могущественных властителей — в основном выходцев из бывлой партийно-комсомольской номенклатуры.

В такой обстановке реальные функции российского гражданского законодательства — как и в недавние советские времена — свелись в основном к тому, что оно выступает в качестве нормативного документа «оформительского» значения. При помощи действующего Гражданского кодекса складывающиеся коммерческие, иные отношения в нашем полурыночном, все еще прогосударственном хозяйстве получают юридическую легитимацию, вводятся с юридической стороны в отработанные юридические конструкции. Конечно, и в данном случае определенные элементы частноправового порядка в какой-то мере реализуются на практике. Но существующая в настоящее время практика применения гражданского законодательства не свидетельствует о том, что ее центром, сутью становится воплощение в жизнь основных начал частного права — решающего звена формирования современного гражданского общества, цивилизованной рыночной экономики.

Не вселяют оптимизма и направления государственной политики последних лет.

Вполне своевременные лозунги о «наведении порядка», о «дисциплине» в современных условиях редко связываются с гражданским законодательством. Хуже того, иной раз в средствах массовой информации при оправдании наших трудностей и указаниях на их причины звучат слова о «пресловутом» Гражданском кодексе, который, дескать, препятствует активным государственно-властным акциям, прежде всего сбору налогов. А летом 1996 г. вынесенное на основании президентского указа решение трех финансовых ведомств во имя жесткой политики по сбору налогов по сути дела отменило на практике действие одной из статей Кодекса (ст. 855). Да и факты, связанные с «неплатежами», «дефолтом», со всей суммой событий 17 августа 1998 г., до сих пор не получили правовой оценки, в том числе и с точки зрения самих основ действующего российского гражданского законодательства.

Есть здесь факты и более тревожные.

Они связаны в основном с той «средой» — обстановкой в народном хозяйстве, к которой общество пришло в результате «реформ».

Основная беда по данному кругу отношений — это неадекватно использованные в целях приватизации юридико-организационные конструкции — акционерные общества. Большинство созданных в результате «сплошного акционирования» акционерных обществ, в особенно-

сти открытых, не стали юридической формой рыночного управления делами совокупных частных собственников, а, оставаясь в основном в зоне государственного властвования, открыли вместе с тем простор для вольного маневрирования громадными богатствами, в том числе для передела собственности или даже в сугубо политических целях, целях персонального обогащения небольших групп людей. В частности — для возвышения до уровня новорусских богачей «директоров», в том числе «красных», направления неконтролируемых богатств на нужды избирательных кампаний угодных политиков, назначения на высокие посты в акционерных обществах недавних политических деятелей и крупных чиновников, далеко не всегда справлявшихся со своими функциями, подчас политически обанкротившихся, «перегона» через иностранных акционеров крупных национальных богатств за пределы российской юрисдикции, и др.

Пожалуй, еще более тревожным и в чем-то даже обескураживающим является то обстоятельство, что гражданско-правовые формы, включая институты акционерных обществ, а также институты собственности, сделок, разнообразных договорных обязательств, порой становятся легальным прикрытием действий криминальных и полукриминальных сил, действующих в единении с коррумпированным чиновничеством. Притом, понятно, в целях, никак не связанных с интересами экономики, общества, подчас чуть ли не в открытую во имя узкокорыстных групповых интересов, интересов криминальных групп и воротил (хотя формально «в согласии» с требованиями правопорядка, нормами гражданского законодательства).

В настоящее время, в конце 1990-х гг., наши замечательные, отработанные веками и международной практикой гражданско-правовые институты — такие, как институты акционерных обществ, сделок, обязательств и др., — все более прикрывают и придают благообразный вид процессам передела собственности, выражающим новую фазу схватки экономически и политически могущественных группировок нынешнего кланового полукриминального капитализма, завоевавшего довольно прочные позиции в современной России.

А все это, к великому сожалению, находится в разящем противоречии с определяющей миссией частного права, призванного по своим глубинным функциям шаг за шагом утверждать, внедрять в самую плоть жизни общества истинно правовые, гуманитарные начала и ценности, относящиеся к самой сути современного гражданского правового общества. К тому же указанные горькие факты дают известные фактические основания также и для бытующей в обществе

недоброй славы о частном праве. И одновременно — материал для идейных противников реформ, которые оценивают частное право и современное гражданское законодательство в качестве «орудия буржуазии», «инструмента мафиозных структур». Впрочем, последнее из приведенных суждений, надо напомнить, построены на узкой, идеологизированной трактовке частного права, на сведении в этой связи гражданского законодательства к одним лишь «юридическим формам», к сугубо «оформительскому делу». К тому, что — не надо забывать! — порождено именно коммунистической системой и идеологией, стало основой ленинского постулата о гражданском праве при социализме, а на деле привело к нравам и бедам командной экономики, ни на йоту не уступающим нынешним горьким фактам использования гражданско-правовых институтов в их сугубо формальной интерпретации для передела собственности, иных операций в области имущества, связанных с деятельностью могущественных криминальных и полукриминальных групп, коррумпированного чиновничества.

9. НЕУДАЧИ И НАДЕЖДЫ

ИЗВЕСТНО, что результаты идущих в России с 1992 г. «кардинальных» реформ неоднозначны, противоречивы. Наряду с рядом позитивных явлений в связи с реформами возникли и ширятся негативные процессы. Особенно болезненны те из них, которые несовместимы с требованиями современной цивилизованной рыночной (частноправовой) экономики — экономики как составной части современного правового гражданского общества.

По моему разумению, наиболее мягкое слово, которое можно подобрать для оценки результатов реформ, — это неудача. Хотя какая же это просто «неудача», когда после семи (семи!) лет кардинальных, решительных и жестких, основанных на силе государственной власти акций, объявленных «реформами», притом «либеральными» и «кардинальными», в российском обществе сложилось нечто иное — не порвавший с прошлым доминирующий строй кланового полукриминального капитализма, сориентированный на интересы меньшинства общества. И это не только усилило, обострило возникшие в обстановке перестройки беды, но и породило новые. Экономика страны находится в разрушенном состоянии, непрерывно падает производство, всю хозяйничают криминал и коррупция, произошло резкое обеднение многих слоев населения, в том числе большинства интеллигенции, и одновременно произошло невероятно сказочное обогащение небольшого слоя новорусских богачей, «назначенных» олигархов, в основном выходцев из былой партийно-комсомольской номенклатуры.

И если в начале 1998 г. показалось, что вот-вот вслед за стабилизацией рубля прекратится падение производства, начнется многократно обещанный промышленный «бум» и будто бы уже формируется «средний класс» (впрочем, весьма странный — состоящий не из работников науки, учителей, врачей, инженеров, а в основном из членов, банковских служащих, дилеров, мастеров валютных операций), то после обвала 17 августа 1998 г. надежды рухнули. Страну обдало холодом крупной беды — тотальной экономической катастрофы. Что же — результат обескураживающий и, к несчастью, желанный для коммунистов, всех противников демократических и рыночных реформ, получивших поистине подарок, козырные карты для того, что-

бы восстановить население страны против «всех этих реформ», «рынка», «демократов».

Словом, страна подошла к критическому рубежу.

И значит, настал момент истины. Время правды, когда нужно перестать врать, закрывать глаза на действительное положение дел. Время стыда, когда всем нам, причастным к свершившимся преобразовательным акциям, следует повиниться перед бедствующими стариками и детьми, голодающими учителями и врачами. Время честных оценок и самооценок, когда следует навсегда и решительно положить конец любым попыткам по-большевистски, сверху, диктаторски, навязывать обществу абстрактные, на поверку утопические и потому неоправдавшиеся реформаторские схемы. Главное же, настало время наконец-то честно разобраться с причинами неудачи. И тогда попытаться, дай Бог везения, что-то исправить и стать на путь истинно демократического развития.

ПРИЧИН провалов в реформах, по данным сторонников истинно либеральных взглядов, — несколько. Это и ложный, по-пиночевски понимаемый «либерализм», когда рынок и рыночные блага утверждаются не по воле и не в интересах самих людей, а по схемам авторитарной власти, большевистскими методами. Это, надо полагать, и ошибочная стратегия «рыночных реформ», когда «свободные цены» императивно вводятся властью в условиях еще огосударственного, неприватизированного хозяйства. Такой же оценки, судя по сути проведенных мер и их результатам, заслуживает сама позже осуществленная «приватизация» — позор ваучеров и неудачное сплошное акционирование, к тому же заведомо ущербное, так как акционерные общества — правовая форма, вообще не приспособленная и по самой своей сути не способная быть способом приватизации и потому приводящая по преимуществу к смене вывесок да к бесконтрольному хозяйствованию чиновников и директоров, неважно — «красных» или «белых».

И все же есть, кажется, основания выделить из всех этих причин одну. Возможно — главную. Во всяком случае, такую, по которой, исходя из изложенных в этой книге данных, позволительно высказаться с профессиональной стороны, притом достаточно определенно и жестко.

В ПОПЫТКАХ определить наше дальнейшее развитие мы по большей части сосредоточиваем внимание на власти, на властных персонах. На том, кто «красный», кто «розовый», а кто «радикальный ре-

форматор», т.е. порой на сугубо лексических штампах, во многих случаях самоприсвоенных политическими деятелями, а по сути очень далеких от идей и дел тех или иных персон. И кажется, невдомек нам, что есть главная причина, а в ней — центральный пункт, от которого действительно решающим образом зависит успех реформ, будущее нашего Отечества.

На мой взгляд, главная причина неудачи идущих в нашей стране реформ — это *недооценка права*. Права как решающего средства и важнейшего элемента формирующегося гражданского общества.

Причем здесь есть общезначимые вещи, относящиеся просто-напросто к элементарным требованиям правопорядка.

Вот, скажем, так называемые «неплатежи», которые стали фактом обыкновенным, чуть ли не само собой разумеющимся, находящим объяснение в существующих жизненных реалиях, трудностях, проблемах. Сначала это были в основном неплатежи между организациями, главным образом государственными. Затем (отчасти из-за неплатежей между организациями) все большее число предприятий и учреждений стало не выплачивать своим работникам заработную плату. Точнее — выплачивать ее несвоевременно, с задержками. Но вот неплатежи, «задержки» в 1996—1998 гг. приобрели небывало массовый масштаб, стали хроническими, длительными: заработная плата не выплачивается несколько месяцев, а то и год-другой. Они вскоре обернулись социальным напряжением, ростом социальных и политических акций, все большими требованиями к власти, требованиями изменения экономического курса, отставки Правительства, Президента.

Но при всем том мало кто обратил и ныне обращает внимание на то, что массовые систематические неплатежи заработной платы и пенсий, в особенности со стороны государства, — это, наряду с показателем многих других бед, свидетельство того, что государство считает допустимым в одностороннем порядке не выполнять самую простую, элементарную обязанность, возлагаемую действующим правом, законом. И отсюда — свидетельство несостоятельности всей юридической системы страны, ее неспособности решить самую элементарную юридическую задачу — обеспечить возврат неплательщиками своих долгов.

Ведь обеспечение государством возврата неплательщиками долгов относится к таким, притом немногим, звеньям любой юридической системы (к их числу, к примеру, принадлежат еще защита собственности, соблюдение договоров, исполнение судебных решений), которые образуют исходные «клеточки», своего рода «протоматерию» права и без которых ни о каком «праве» вообще не может быть речи. Неда-

ром в совсем недавнее время последствием неплатежей являлась «долговая яма» — знак деловой несостоятельности и позора. Да и в современную пору официальное признание состояния «банкротства» означает, по сути дела, утрату тем или иным лицом нормального делового и юридического статуса, переход лица в своего рода деловое и юридическое «небытие». И, строго говоря, нет решительно никаких оснований для того, чтобы не распространять юридические и деловые нормы о банкротстве непосредственно на государство. По современным юридическим представлениям государство, упорно не уплачивающее долги своим гражданам, — это банкрот в самом точном юридическом значении (да к тому же «банкрот» в том еще упрежном значении, что оно злоупотребляет своим качеством публичного органа власти, своими публичными полномочиями односторонне принимать юридически обязательные решения).

Другой факт — это уже упомянутый обвал, случившийся в финансовом хозяйстве России в августе 1998 г. В атмосфере продолжающихся в последнее время официальных славословий по поводу «успехов реформ» 17 августа произошла внезапная и резкая девальвация рубля — он по отношению к американской валюте, к доллару, разом подешевел в 2–3 раза. Взметнулись в 1,5–2 раза цены, сначала на импортные товары, потом и на отечественные. Начался ажиотажный спрос на дешевые товары, за день-два опустели полки многих магазинов. Вкладчики заспешили за своими вкладами в банки. Те в свою очередь прекратили выдачи по вкладам. Стали нарастать банкротства.

Что же случилось?

А случилось то, что и не могло не случиться при том варианте проведения рыночных реформ, которые под маркой «кардинальных» и «либеральных» с 1992 г. начали реализовываться в России. Реформ, которые сконцентрировались на мерах финансовой стабилизации, но которые не обеспечили устойчивого, восходящего развития собственного производства (что должна была бы дать приватизация). И когда исчезли, исчерпали себя искусственные подпорки, поддерживающие при непрерывно падающем производстве курс рубля (иностранная валюта, пирамида ГКО), и его цена стала реальной, сообразной с действительным экономическим положением в обществе, девальвация рубля оказалась неизбежной. Плюс к тому Правительство со своей стороны объявило так называемый дефолт — отказ или отсрочку в выполнении своих денежных обязательств, в том числе — по оплате ГКО, приобретенных зарубежными банками, другими зарубежными инвесторами. И вдобавок объявило об отсрочке платежей по долгам коммерческих банков.

И все это стало крупным финансовым скандалом, существенно подорвавшим, как это вскоре было признано, финансовое положение страны со всеми вытекающими отсюда отрицательными последствиями.

«Дефолт» — звучит красиво, и здесь, в этом понятии, есть особые грани, связанные с банковскими, денежными операциями. Но с юридической стороны перед нами — просто-напросто привычный в нашем обществе *неплатеж или «задержка» платежа*. Только такого рода ситуация в данном случае произошла не втихую, не в виде последствия как будто бы объяснимых «трудностей» и не в отношении «своих» сограждан, которые чуть ли не обязаны терпеть любые акции идола-государства, попавшего в беду.

В данном случае без тени смущения государство — именно само государство! — открыто объявило, что оно не будет выполнять свои элементарные юридические обязательства. Не будет выполнять перед всеми своими партнерами, в первую очередь — зарубежными. И дополнительно еще — своим односторонним актом вторглось в частноправовые отношения других лиц: «дало» отсрочку в выполнении обязательств коммерческими банками.

И вот здесь надо видеть, что отрицательные последствия разразившегося кризиса касаются не только сугубо финансовых проблем, но и проблем юридических. Дефолт объявлен перед всем миром, он адресован главным образом тем людям (зарубежным нашим партнерам), для которых выполнение элементарных юридических обязательств — строжайшая норма, а объявление о их невыполнении со стороны государства — да еще при отсутствии хотя бы извинительных интонаций — свидетельство не только финансовой, но прежде всего правовой несостоятельности государства. И это уже скандал, чрезвычайная — по нормальным порядкам правового государства — ситуация!

После того, как вслед за девальвацией рубля и объявленным «дефолтом» нашу страну охватил жесточайший кризис, было объявлено, что подобные последствия оказались для руководящих российских кругов «неожиданными». Наверное — да, действительно неожиданными. У правительственного руля в то время находились руководители, которым чуть ли не официально присвоено звание «молодых реформаторов», но для которых право и правовые нормы по существовавшим в прошлом нравам и партийно-комсомольской выучке — не более чем формальность, с которой можно не очень-то считаться.

Во всяком случае, если вернуться к положению дел внутри нашей страны, поражает то спокойствие, которое характерно для официальной оценки массовых, из года в год тянувшихся «неплатежей»

и «задержек». Тут обычно звучат слова о трудностях, о невзгодах для трудящихся и другие в общем правильные суждения. Но никто не дает оценки существующего положения дел *с точки зрения права*. Ведь если давать такую оценку — и давать ее всерьез, с позиций правового государства, — то надо было бы признать, что и здесь по крупному счету — *длящаяся годы чрезвычайная правовая ситуация, касающаяся государства в целом!*

И ее суть в том, что вопреки формальным записям в Конституции, на деле государственная власть не считает для себя обязательным выполнение самых элементарных обязанностей, предусмотренных действующим российским законодательством. И выходит, положение дел в данной области государственной и общественной жизни в принципе такое, когда осуществление общественно значимых задач, в том числе задач по реформированию общества, не имеет — при всех декларациях и каких-то действиях на этот счет — надлежащих предпосылок с правовой стороны.

НО И НЕ ЗДЕСЬ, не в этих, казалось бы, элементарных, а на деле крайне существенных условиях общественной жизнедеятельности, касающихся состояния правопорядка в нашем Отечестве, — центральный пункт, сама суть проблемы. Недооценка права при проведении реформ заключается по крупному счету в том, что в России при приступе и при проведении реформ изначально *не было и в последующем не утвердилось стратегического р а с ч е т а на право*. И потому *потенциал права не используется как решающее средство формирования и как необходимый элемент современного гражданского общества*.

А это значит, что в России нет необходимой социально-правовой основы для сколько-нибудь существенных действительных либерально-демократических преобразований. И нет основы для свободной конкурентной цивилизованной рыночной экономики. Той основы, которая выражается как раз в *фактическом прочном утверждении в реальной жизни современного гражданского законодательства, построенного на частном праве*.

Ведь все случившееся в нашей стране при приступе к «кардинальным реформам» решительно, вопиюще не соответствует опыту передовых демократических стран Европы и Америки, где расцвет экономики произошел не только благодаря небывалому научно-техническому прогрессу, но в не меньшей степени — в результате того, что именно ко второй половине XX в. начала частного права — именно права! — в качестве непреложной реальности вошли в действительность, в жизнь

и быт людей. И когда на основе возвышения прав человека экономическая свобода (свобода защищенной, уверенной, ориентированной на право личности) не соскальзывает в базарно-разбойничью вольницу, а переводится в созидательную активность, экономический риск и творчество, соединенные с персональной ответственностью за результаты собственного дела.

В нашей же стране реформаторские акции, объявленные в конце 1991 г. в качестве «радикальных» и «либеральных», начались в такой социально-правовой среде, когда — будь даже указанные акции более отработанными и освобожденными от большевистского нетерпения и государственного своеволия — в принципе, по определению не могли привести к ожидаемым результатам, к созданию продуктивной, свободной и конкурентной рыночной экономики.

Ибо к 1991—1992 гг., хотя и было издано несколько «рыночных» законов, общая социально-правовая среда в России оставалась огосударственной, публично-правовой, настроенной на государственное всевластие, команду, ленинский постулат — «мы ничего частного не признаем». Такая социально-правовая среда в принципе, по главным своим характеристикам сохраняется до настоящего времени.

А как же тогда понимать, возникает вопрос, то обстоятельство, что подобная ситуация мало в чем изменилась в связи с тем, что в России к середине 1990-х гг. все же был издан и вступил в действие основной массив современного гражданского законодательства — две (из трех) части Гражданского кодекса?

Дело, надо полагать, не только и даже не столько в том, что основные «реформаторские» меры были *уже* проведены в огосударственном хозяйстве и маховик огосударственной полурыночной полукриминальной экономики вовсю заработал, так сказать, в автоматическом режиме. Причем заработал так, что воротилам кланового капитализма Гражданский кодекс со всеми его принципами не очень-то нужен. А если «нужен», то лишь в том узком, ограниченном значении, которое рождено коммунистическим строем, т.е. в значении сугубо «оформительского» документа, который даже может прикрыть «теневые» акции по переделу собственности, обретению источников богатств, подпольных коммерческих акций. Словом, режим огосударственной полукриминальной жизни получил в виде формально понимаемого престижного Кодекса даже какие-то новые подпорки. Пожалуй, даже — благообразное, престижное прикрытие.

Основное, что предопределяет нынешние экономические и социальные беды и отсутствие обнадеживающей перспективы, заключает-

ся в том, что в стране изначально и до сих пор не взят твердый курс на воплощение в жизнь *н а ч а л ч а с т н о г о п р а в а*, а отсюда и курс на формирование действительно правового гражданского общества, составной частью которого должна стать современная рыночная экономика. А в этой связи нет и твердой государственной воли на придание действительно высокого статуса Гражданскому кодексу в его истинном значении, на решительное и последовательное проведение в жизнь его частноправовых начал.

К сожалению, Гражданский кодекс и ныне, увы, понимается по большей части не в качестве духовно-правовой основы формирующегося современного гражданского общества, адекватной социально-правовой среды цивилизованного рынка, а всего лишь — как и в советские времена — в виде документа, пригодного главным образом для «оформительских» целей и решения текущих конфликтных ситуаций. Оказывается, и сейчас с фундаментальными положениями гражданского законодательства можно даже не считаться, открыто и безнаказанно во имя интересов текущего момента (скажем, во имя увеличения «собираемости налогов») нарушать его нормы, попирая принципы частного права.

Более того, как мы видели, можно не только не считаться с началами, с «духом» гражданского законодательства, но и использовать гражданско-правовые нормы для дел и целей, далеких от нормального, делового функционирования современной рыночной экономики, существа современного правового гражданского общества. В том числе — для коммерческой деятельности, сконцентрированной только на одном — быстром, по принципу «любой ценой» персональном обогащении. А порой и хуже того — на прикрытии акций криминального характера. Добавим сюда и то, что все это, к несчастью, вполне логично сочетается со все еще могущественным «криминальным частным правом», с нравами его «законов» и разборок.

КАК ЖЕ БЫТЬ? Наш извечный вопрос — *что делать?* И что делать именно в наших условиях? В условиях, когда для действительно эффекта «от частного права» нужно время, и немалое. А в нашем Отечестве, деформированном более чем семидесятилетним срывом в соблазнительную утопию и близкой угрозой губительной катастрофы, такого сколько-нибудь длительного времени просто нет. Слишком велики все эти, скажем мягко, деформации, грозящие наступлением тотальной беды.

И еще в условиях, добавлю, когда не так уж много надежды по вопросам права (частного права!) на власть. И не только потому, что уж очень сильными и цепкими остаются традиции власти, доставшиеся

нам от имперского и коммунистического прошлого, напрочь несовместимые с ценностями частного права. Но и просто потому, что для власти ныне и в центре, и на местах, даже настроенной на служение обществу и человеку, не остается, кажется, ничего иного, как главным образом «залатывать дыры», что-то «спасать», создавать условия, зачастую только маломальские, для «выживания». А для этого действительно приходится прибегать к мерам преимущественно административного порядка. Какое уж тут частное право? Тем более, когда и гражданские законы, их формальные установления на практике нередко используются в несправедливых, подчас криминальных целях.

И здесь еще — наше отечественное правосознание. Правосознание, настроенное у многих людей на необходимость достижения в обществе просто-напросто дисциплины и порядка, максимум — «диктатуры закона» (не очень-то задаваясь вопросом — что это за законы?). И добавок еще — наше сохранившееся предубеждение против «частного» вообще, его будто бы некой низменности, ущербности — его социального имиджа, изначально будто бы уступающего по шкале социальных ценностей «общественному» и «государственному».

Итак, что же делать?

Тут прежде всего нужно нечто очень простое. Нужно, как уже говорилось, видеть правду — видеть нашу жизнь такой, какая она есть. И в этой связи отдавать ясный отчет в том, что стратегический расчет на право и тем более — на частное право, расчет на то, что именно правовые начала сыграют решающую роль в реформировании общества, в нашем будущем в полной мере может возникнуть только в качестве *органической части переориентации нашей общей социальной стратегии*. Такой переориентации, когда место «просто рынка» и идола «личного обогащения любой ценой» — пусть и «за счет других» — займет великое достижение цивилизации, культуры, разума — *правовое гражданское общество*. В том числе — и цивилизованная свободная и конкурентная рыночная экономика как органическая часть правового гражданского общества. А отсюда — на первое место в нашей жизни выдвинутся *реальное экономическое дело, творчество, солидарность и ответственность*, реализуемые на основе права.

Именно тогда, при такой общей переориентации нашей социальной стратегии раскроется и *глубокий человеческий смысл* частноправовых начал, выраженных в современном российском гражданском законодательстве.

ДА, ЕСТЬ НАДЕЖДА. Наше внимание и понимание правовых вопросов, понятно, довольно значительно зависит от общего состояния

дел в стране, от господствующих в обществе представлений. Но существует и *встречная* зависимость. А порой отыскивается в вещах, казалось бы, вторичных, своего рода *ключик* для овладения и решения всего комплекса сложных вопросов.

Таким ключиком в нашем Отечестве и призвано стать *частное право*.

Тем более, что есть твердая основа для того, чтобы этот ключик «сработал», дал ожидаемый эффект. Жизнь свидетельствует — крупное человеческое дело, связанное с постижением и овладением великими ценностями цивилизации и культуры, тогда приобретает ключевое значение, когда они *выстраданы* обществом, людьми.

А кто, как не мы, наше российское общество — общество, прошедшее через ужасы большевистского тоталитаризма, воистину выстрадало право. Выстрадало ничуть не меньше, чем, скажем, Германия, Италия, Испания — страны, для которых беды фашистских режимов сделали неотвратимым в послевоенное время новое возвышение права на основе культуры прав человека, а отсюда — наряду со всем другим — небывалое развитие современной свободно-конкурентной рыночной экономики.

И наше российское общество выстрадало право, вдобавок к сказанному, в нашем сложном бытии еще и тем, что оказалось вынужденным проходить через новые несчастья и страдания в связи с неудачами реформ на пути к правовому гражданскому обществу.

Так что есть надежда!

Лишь бы нашлись у нас, людей современной эпохи, силы, понимание, профессиональное мастерство, гражданственный настрой и, если угодно, правовое подвижничество, мужество.

Хотя бы для начала — силы для реальных шагов по реализации потенциала частного права в нашей действительности, для решения существующих здесь сложных проблем.

10. ПРОБЛЕМЫ

ПЕРВОЕ и вполне очевидное, от чего зависит действенное использование потенциала частного права в нашем российском обществе, — это *правовое просвещение*.

Притом — просвещение в смысле простой просветительской (разъяснительной, комментаторской) работы по вопросам гражданских законов — в учебных заведениях всех ступеней, в популярных лекциях и брошюрах, в выступлениях и беседах на телевидении, на радио.

И вместе с тем все же — по своей гражданственной сущности разъяснительная, комментаторская, в чем-то пропагандистская работа, «выходящая» именно на *Просвещение в глубоком социальном смысле*, которое, увы, миновало Россию, но которое для всех ныне демократически развитых стран стало стартовой основой перехода к цивилизации либерального типа, формированию правового гражданского общества.

То есть речь идет о разъяснительной и комментаторской работе, результатом которой стало бы такое понимание норм гражданского права, когда в самом их содержании *видятся частноправовые начала*, конкретизированно, наглядно раскрывается их смысл и назначение, острая необходимость их реального и полного претворения в жизнь на пути к правовому гражданскому обществу. И хотя смысл и назначение таких начал, как равенство всех субъектов, неприкосновенность собственности, свобода договора и др., и без дополнительных пояснений, надо полагать, ясны и очевидны всем, тем не менее исключительно важно возвести эти начала в ранг определяющей основы современного общества.

Не могут ли помешать такого рода разъяснительной, комментаторской работе довольно стойкие предубеждения, стереотипы о нашем праве, существующие в нашей действительности реалии? В том числе и такие, когда значение гражданского права целиком сводится к «оформительским» функциям, а те в свою очередь нередко связываются в представлениях людей с тем, что вся эта «формалистика» служит прикрытием не всегда благовидных акций в нашей рыночно-разбойничьей полукриминальной действительности?

Нет, как мне представляется, не помешает. Более того, здесь — и именно здесь! — вполне возможен «эффект парадокса» или «эффект контраста». Тот эффект в понимании значения гражданских законов, когда Наполеон, прославившийся в мире в качестве великого полко-

водца — творца десятков поразительных военных свершений, в конце жизни сказал, что выше всех его «сорока побед» является его, наполеоновский, Гражданский кодекс. Нечто близкое по эффекту понимания сути гражданских законов, надо полагать, будет достигнуто, если удастся показать — а показать это не очень трудно, — что провалы в реформах сопряжены не с огрехами в оформлении или произвольном использовании тех или иных сделок и иных гражданско-правовых форм, а в немалой степени с тем, что заложенные в Гражданском кодексе начала частного права по решающей своей сути до сих пор так и не реализовались и по-настоящему не реализуются поныне.

НАРЯДУ с правовым просвещением решающую роль в использовании потенциала частного права (в том числе в постижении его истинного смысла) играет *реальное дело, практика*.

Это реальное дело, практика тоже может иметь своего рода «воспитательное значение». Притом — весьма высокой эффективности, действенности (как и всякое реальное дело). Например, в случаях, когда высшая судебная инстанция, отменяя решение нижестоящего суда, в качестве единственного или главного основания для такой отмены сошлется на несоответствие решения тому или иному началу гражданского законодательства, указанному в статье первой Гражданского кодекса. Или — когда аналогичный аргумент будет приведен в документе, содержащем президентское «вето» на закон, принятый Федеральным Собранием. И дай Бог, это бы стало событием на телевидении, в других средствах массовой информации! Разве не произвело бы мощное впечатление на слушателей прозвучавшее на телевидении, скажем, такое сообщение: «Президент наложил «вето» на закон на том основании, что в нем содержатся положения, нарушающие принцип неприкосновенности собственности, предусмотренный Гражданским кодексом»?

И все же главное, что достигается путем «реального дела», «практики» в области частного права, — это *п е р е в о д общих частнопрововых начал в реальную жизнь, их прочное внедрение в наше повседневное бытие*. Можно тысячи раз повторять и повторять замечательные формулы — «равенство», «решение вопросов по своей воле и в своем интересе» — и им подобные; но зачастую они так и остаются для людей красивой фразой до той поры, пока человек не столкнется с жизненными ситуациями, когда такого рода формулы начинают «работать». И тем более, когда они начинают действовать в качестве непреложного требования, основанного на законе, строго проводимого в жизнь «как закон» и потому со временем прочно входящего в самую плоть жизни.

При этом через юридические конструкции и категории нередко постигаются такие «тонкости» в человеческих взаимоотношениях, которые выводят на основательные ценности бытия в жизни людей.

Ну, например, по нормам гражданского права — как оказывается — собственник в одних случаях (когда его вещь утеряна или украдена) может истребовать ее даже у добросовестного приобретателя, т.е. у лица, которое приобрело вещь, не ведая того, что, допустим, покупает ее не у собственника. В других же случаях (когда вещь, скажем, самим же собственником передана в аренду, а арендатор взял да и продал вещь) — такого права на истребование вещи у добросовестного приобретателя собственник не имеет. В чем тут дело? Казуистика? Какие-то вольные манипуляции?

Да нет же! Здесь — весьма основательные ценности в нашей жизни. Коль скоро человек не утратил вещь и ее не украли у него, а он передает имущество кому-либо по своей воле, то он, стало быть, в этой своей воле реализует доверие к другому лицу, а отсюда — берет на себя ответственность за нарушение такого доверия. Выходит, от волевых действий человека неотделима и его ответственность. Не правда ли, здесь исподволь — и чем чаще подобные ситуации повторяются, тем глубже — в саму жизнь входит важнейшее начало в человеческих взаимоотношениях — неотделимость поступка от начал добросовестности, от личной ответственности?

Искусных правоведов, в особенности цивилистов, знатоков тонкостей гражданского права, нередко сопровождает ходячее мнение о том, что они «формалисты», «буквоеды», «крючкотворцы». Но когда в обществе утверждаются истинно правовые начала и каждый человек становится гражданином с высоким достоинством, неотъемлемыми правами и ответственностью за свои поступки, то надо знать, что это результат и деятельности юристов — знатоков и приверженцев права. Жаль только, что об этом — как нередко и о других вселенских добрых делах — мало кто помнит, да и вообще знает.

С ПОНИМАНИЕМ истинного смысла и назначения частного права в российском обществе и еще более — с реальным претворением в жизнь частноправовых начал связаны проблемы *развития и совершенствования законодательства*.

Это относится и к действующему гражданскому законодательству, к недавно принятому Гражданскому кодексу (первой и второй части). Конечно, для такого крупного и фундаментального законодательного документа, получившего основательную проработку, как Гражданский кодекс, ведущий принцип его статуса и действия — стабильность, постое-

янство содержащихся в нем юридических норм и конструкций. Здесь нужны предельная осторожность, аккуратность даже в самой постановке вопросов о внесении в содержание Кодекса тех или иных коррективов.

Вместе с тем есть группа вопросов, затрагивающих содержание Кодекса, которые нуждаются в решении уже в настоящее время. Это — вопросы гражданско-правового регулирования отношений собственности и создания коммерческих организаций в связи с проведенной в 1993—1995 гг. официальной приватизацией. Некоторые законодательные решения в этой области были приняты под давлением ведомств и деятелей, связавших свою судьбу с успехами официальной приватизации, когда сама перспектива принятия Кодекса была поставлена в зависимости от принятых в то время приватизационных схем и императивов.

С этой точки зрения вызывает серьезные сомнения положение ч. 2 ст. 217 Гражданского кодекса, согласно которому «при приватизации государственного и муниципального имущества предусмотренные настоящим Кодексом положения, регулирующие порядок приобретения и прекращения права собственности, применяются, если законами о приватизации не предусмотрено иное».

Дело в том, что по принципиальным началам правовой теории и требованиям законности законоположения о временных процессах экономической жизни (таких как приватизация) не могут отменять фундаментальные правовые нормы (такие как положения Гражданского кодекса о приобретении и прекращении права собственности). Да в этом и нет нужды. Преобразование государственной собственности в собственность частную вполне может осуществляться (и действительно дать ожидаемый экономический и социальный эффект) на основе указанных фундаментальных норм гражданского права. Может, но — впрочем — лишь при том неперменном условии, если не преследуется цель просто «раздать» имущество, «поделить» его, признать его собственностью «по факту», словом, если не действовать по-большевистски, сообразно «революционному правосознанию». И если — надо добавить — не ставится задача вообще создать для «новых собственников», былой и новой номенклатуры, фактически овладевших основными национальными богатствами страны, некий вольный режим собственнического всевластия.

Не меньшие сомнения вызывает и другое положение, которое хотя и помещено во вводном законе к первой части Кодекса, но по своей «диктаторской» сути несовместимо с основными началами гражданского законодательства и существенно влияет на сам строй гражданско-правового регулирования. Это — положение о том, что со дня

официального опубликования первой части Кодекса «коммерческие организации могут создаваться исключительно в тех организационно-правовых формах, которые предусмотрены для них главой 4 Кодекса». Опять в угоду принятым в то время приватизационным схемам и императивам (далеко не во всем оправдавшимся на практике) введен императивный принцип, императивно ограничивающий инициативу субъектов, саму их возможность учреждать такие формы коммерческих организаций в рамках действующего законодательства, который в наибольшей мере согласуется с их волей и интересами и одновременно — с требованиями рыночной экономики, построенной на частном праве.

Разумеется, и по указанным вопросам нужна предельная осторожность и аккуратность при уточнении положений Гражданского кодекса. С тем, во всяком случае, чтобы «очистка» фундаментальных начал и норм гражданского права от политического влияния того или иного времени не вылилась в новые катаклизмы, допустим, в новый перedel собственности.

Вместе с тем вот какая сторона совершенствования законодательства в области частного права представляется исключительно важной.

Наряду с разработкой проблем, связанных с развитием и совершенствованием «самого» гражданского законодательства (одна из таких вполне назревших проблем — нормативная детализация принципа «свободы договора», совершенствование положений об акционерных обществах), повышенное внимание должно быть уделено, так сказать, «параллельным» и «сопутствующим» законодательным сферам.

Важнейшее значение имеет здесь налоговое законодательство. И не только выраженная в нем интенсивность фискальных мер, когда эта интенсивность может оказаться столь значительной, что налоги приобретают конфискационный характер (увы, такого рода тенденция дает о себе знать в экономической жизни современного российского общества). Существенное значение в самой возможности влияния налогового законодательства на область частного права принадлежит структуре налогов и даже порядку их начисления, в том числе определению объектов налогообложения («имущество», «отгруженная продукция», «выручка» и т.д.).

И вот что здесь существенно важно. Преодоление ряда остро негативных явлений в экономической жизни нынешнего времени связано не столько с гражданским законодательством, сколько с «сопутствующими» и «параллельными» участками законодательного регулирования — законами и иными нормативными актами по административному и уголовному праву. Например, борьба с коррупцией, чиновничьим своеволием при регистрации юридических лиц,

регистрации прав на имущество и сделок с ним — это уже сфера административного права и практики его применения. Аналогичный характер имеют острые проблемы, относящиеся к имущественным операциям, имеющим криминальный характер, тут уже в основном — сфера уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

И вновь, как и во многих других случаях, возникает проблема «граней». Во имя борьбы с коррупцией, чиновничьим беспределом, криминалом вовсе не исключено по нравам нашего бюрократического бытия такое «ужесточение», например, порядка регистрации юридических лиц, прав на имущество и других гражданско-правовых актов и состояний, которое фактически приведет к резкому ограничению или даже к сведению на нет частноправовых начал. На мой взгляд, при наличии фактов подобного рода для их оспаривания в компетентных юрисдикционных учреждениях и признания их незаконности достаточным правовым основанием являются соответствующие нормативные положения ст. 1 и 2 Гражданского кодекса России.

СУДЬБА частного права в России во многом затрагивает проблемы применения российского гражданского законодательства.

Наиболее существенное значение среди них имеют, на мой взгляд, три группы вопросов. Это:

- приведение существующих общественных отношений в соответствие с Гражданским кодексом;
- адекватное понимание основных начал гражданского законодательства в юридической практике;
- использование гражданско-правовых механизмов и средств для преодоления негативных явлений в общественной жизни (вопросы злоупотребления правом).

ПРИВЕДЕНИЕ общественных отношений (состояний) в соответствие с требованиями Гражданского кодекса — проблема, в основном обращенная в будущее. Ее решение предполагает организацию необходимых государственных служб по регистрации гражданских актов и состояний, а главное — надлежащую работу вновь организуемых и уже существующих юрисдикционных, нотариальных и иных учреждений по регистрации, удостоверению гражданских правоотношений, прав и обязанностей субъектов гражданского права.

Но есть здесь и вопросы, относящиеся к прошлому. Главный из таких вопросов — собственность, правомерность обладания ею после проведенной приватизации. Если даже признать, что положение ст. 217 о priori-

тете законов о приватизации перед нормами Гражданского кодекса отвечает всем юридическим канонам, то и это ни в коей мере не исключает необходимости того, чтобы в настоящее время существующее положение вещей было приведено в соответствие с нормами Кодекса о приобретении права собственности. И чтобы факт обладания правом собственности (титул собственности) получил формальное закрепление в официальных «реестрах», «кадастрах», «регистрационных книгах» и т.д.

И вот мое, несомненно дискуссионное, мнение. Оптимальным вариантом такого рода общегосударственной акции было бы, надо полагать, проведенное в законодательном порядке общее официальное признание права собственности на точно определенную дату по неоспоренному факту владения данными объектами (с тем, чтобы после известного, скажем шестимесячного, срока оспаривание допускалось бы в судебном порядке только по материалам возбужденного уголовного дела). Понятно, здесь возможны и иные варианты. Но во всех случаях — с тем, чтобы когда-то, не в очень отдаленное время, можно было «подвести черту» — все! В отношении права собственности внесена необходимая юридическая определенность! И теперь здесь, по вопросам собственности, есть лишь один вершитель судеб — Гражданский кодекс!

ТЕПЕРЬ — некоторые соображения об адекватном понимании основных начал гражданского законодательства.

Но что значит «адекватное понимание» основных начал?

И почему оно необходимо?

Ведь формулировки этих начал даны прямо в тексте Гражданского кодекса — «равенство участников отношений», «неприкосновенность собственности», «свобода договора», «недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела», «судебная защита прав» и т.д. И они должны пониматься — как и все иные формулировки закона — в строго буквальном значении — так, как «написано» в тексте законодательного акта, в Кодексе.

Дело в том, что указанные начала гражданского законодательства применяются на практике при решении различных ситуаций и в этой связи могут пониматься по-разному. По-разному могут пониматься другие юридические нормы. И тогда возникают вопросы. Например, вопросы в связи с тем, что договором займа под залог квартиры установлено условие, в соответствии с которым в случае невозврата в срок суммы долга займодавцу квартира должника переходит в его собственность. Или — арендатор по договору об уступке права требования (цессии) передал третьему лицу не все свои права и обя-

занности по правоотношению аренды, а только право на взыскание штрафа за нарушение правил по расчетным операциям.

На первый взгляд, казалось бы, какие в указанных случаях могут быть вопросы. Ведь Кодексом установлена «свобода договора», и значит — договаривайся по обоюдному согласию о любых условиях, лишь бы они не противоречили предписаниям закона! Но вопросы все же есть. С учетом очень разных жизненных ситуаций. С учетом к тому же действия других юридических норм. Например, допустимо ли вообще «оторвать» из всего комплекса прав и обязанностей арендодателя одно лишь право — право требовать от арендатора уплачивать штрафы за несвоевременные расчеты и как бы торговать таким правом — передавать его по договору какому-то другому лицу? Тем более, допустимо ли за несвоевременный возврат долга сразу же отбирать у собственника его квартиру?

В указанных и подобных им случаях есть известные юридические тонкости (о них частично будет сказано дальше), и плюс к этому даже без детального разбора подобных ситуаций ясно, что при их решении требуется учет других юридических норм и вдобавок — принципов добросовестности, справедливости и разумности, о которых так же говорит Гражданский кодекс.

Помимо всего иного, должно быть очевидным, что при решении такого рода вопросов, в том числе — в судах, может возникнуть большая разнобой, а подчас, увы, и судейское своеволие.

Вот почему столь важным становится точное (и в этом смысле — адекватное) понимание положений действующего гражданского законодательства. И лучшим, наиболее надежным и авторитетным выражением такого адекватного понимания законодательных положений становится судебная практика. В особенности — практика высших судебных инстанций, в частности — Высшего Арбитражного Суда. Плenum этого Суда может давать прямые разъяснения по применению гражданского законодательства. Но определенное понимание законодательных положений содержится и при решении конкретных юридических дел. Особенно существенно это понимание, когда оно дается наиболее высокими звеньями судебной системы. Например, Президиумом Высшего Арбитражного Суда. В российском праве хотя и не признается судебный прецедент как источник права, равный по юридической силе закону, однако вполне допустим *прецедент применения закона*. В нем, в таком «образце» применения закона, и выражается авторитетное и, по мнению высшей судебной инстанции, адекватное понимание законодательных положений.

Так, в 1996 г. Президиум Высшего Арбитражного Суда по двум конкретным юридическим делам вынес решения, из содержания которых следует, что передача какому-либо лицу одного лишь права на взыскание санкций (штрафов), без перехода всего комплекса прав данного лица не соответствует закону.

И вот тут мы возвращаемся к вопросу об адекватном понимании основных начал гражданского законодательства.

Из норм Гражданского кодекса действительно можно сделать — хотя и не бесспорный — вывод о том, что передача одного лишь права на взыскание санкций какому-то другому лицу взаимосвязана с основным обязательством (в ст. 384 Гражданского кодекса сказано, что «право первоначального кредитора переходит к новому кредитору в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права»).

Но если это верно, то как же быть с одним из основных начал гражданского законодательства — свободой договора? Тем более, что в ст. 384 Кодекса при формулировании изложенного выше положения говорится также — «если иное не предусмотрено законом или договором...». А денежные требования как таковые являются в условиях рыночных отношений самостоятельным объектом гражданского оборота и вполне могут быть предметом договора, для чего и выработан особый институт — уступка права требования (цессия).

Выходит, в упомянутых решениях высшей судебной инстанции по конкретным юридическим делам вопрос о свободе договора вообще остался открытым. И фактически само это обстоятельство и своеобразное толкование ст. 384 Кодекса приводят к выводу об ограниченном, суженном понимании одного из основных начал гражданского законодательства.

Между тем, надо думать, при решении любого юридического дела, в особенности в высших судебных инстанциях, основные начала гражданского законодательства должны быть постоянно в поле зрения суда. И их понимание должно в необходимых случаях находить ясное выражение в судебном решении. Лучше всего не в виде абстрактной отсылки к таким началам вообще (подобные отсылки порой встречаются), а в виде указания на конкретный, точно определенный принцип.

И тогда прецеденты применения закона приобретут еще большее значение в юридической системе: они станут не только образцами для решения аналогичных юридических дел, но и источниками адекватного понимания основных начал гражданского законодательства.

ОДНА ИЗ СЕРЬЕЗНЫХ ПРОБЛЕМ законодательства и практики его применения в области частного права — это использование гражданско-правовых механизмов и средств для преодоления негативных явлений в общественной жизни. В особенности — преодоление негативных фактов и процессов в области экономики, в том числе таких, когда неблагоприятные, порой криминальные явления прикрываются «законными» гражданско-правовыми формами, причем со ссылками на «новый Гражданский кодекс».

Вновь скажу: борьба с такого рода явлениями во многом связана с государственной политикой по упорядочению и «цивилизации» нашего в нынешнее время дикого, в немалой степени разбойничьего рынка, в юридическом отношении — все же с облагораживающим действием гражданских законов, а напрямую во многих случаях — с энергичным и точным применением административного и уголовного законодательства к деяниям, имеющим криминальный, наказуемый характер.

Ну а «само» гражданское законодательство? Неужели его роль в преодолении негативных фактов и процессов сводится к общей упорядочивающей, облагораживающей миссии, рассчитанной, вспомним, в основном на перспективу? И нет в нем ничего, чтобы относилось к прямой борьбе с отрицательными явлениями, с теми в особенности, когда гражданско-правовые формы злонамеренно используются для прикрытия неблагоприятных, нередко криминальных деяний? Коль скоро частное право открывает известный простор для свободного использования гражданско-правовых форм, оно тем не менее остается именно правом, и должны существовать меры противодействия, «инструменты борьбы» с негативами?

Да, такого рода «инструменты борьбы» в гражданском законодательстве *существуют*.

Но они — внимание! — строятся в гражданском законодательстве и должны применяться *в с о о т в е т с т в и и с «духом»*, основными *началами частного права*.

В соответствии с тем прежде всего, что главная, оправданная историей миссия гражданского законодательства — формирование цивилизованной рыночной экономики, частноправового народного хозяйства (во имя чего порой приходится преодолевать стереотипы и даже, увы, мириться с какими-то аморальными с нашей точки зрения явлениями корысти и эгоизма).

И плюс к тому — меры борьбы с отрицательными явлениями должны применяться в соответствии с тем, что эти меры, переходящие из известную грань и в особенности трактуемые с идеологических позиций,

могут привести к не менее отрицательным последствиям. Их интенсивное, «запредельное» применение может привести к утрате, а порой и попранию важнейших культурных человеческих ценностей, выраженных в частном праве. В итоге в ходе неблагоприятного общественного развития — к утрате перспективы формирования правового гражданского общества, а то и к утверждению или возрождению античеловеческих, тиранических, большевистских порядков.

Пусть для нас незабываемым горьким уроком останется идеология «советского гражданского права». Ведь ленинская партийно-государственная политика невмешательства власти в гражданско-правовые отношения, всеобъемлющего контроля над «частными сделками» и жестокой уголовной ответственности вплоть «до расстрела» (т.е. всего того, что приводило к изничтожению частного права) строилась не только на идеологической догме — «мы ничего частного не признаем», но и на, казалось бы, благородных устремлениях. На том, чтобы бороться со спекулянтами, с эксплуататорами, с теми, кто поработощает людей через «частные сделки», и в общей форме — на том принципе, чтобы гражданские права вообще защищались лишь постольку, поскольку они соотнобразуются со своим «социально-экономическим назначением» (что прямо было записано в первой же статье Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. и что на деле давало основание отказывать в защите любых гражданских прав).

СРЕДИ «ИНСТРУМЕНТОВ БОРЬБЫ» с негативными фактами и процессами, предусмотренных в гражданском законодательстве (и согласующихся с его «духом», основными началами), необходимо прежде всего указать на нормы гражданского права о недействительных сделках.

Здесь в первую очередь представляется важным обратить внимание на нормативные положения о так называемой *притворной сделке*. Согласно ст. 170 Гражданского кодекса это — «сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку»; и в данном случае применяются правила к тем действиям, к той «сделке, которую стороны действительно имели в виду», причем «с учетом существа сделки». Эти нормативные положения, позволяющие в соответствующих случаях как бы сорвать покров с внешне будто бы благообразных отношений, увидеть действительное содержание поступков и операций, открывают путь к тому, чтобы дать им надлежащую юридическую оценку и при наличии необходимых данных применить к виновным лицам — участникам «прикрываемых» действий — меры юридической ответственности — гражданской, административной, уголовной.

В Гражданском кодексе есть нормативные положения, в соответствии с которыми сделки, сами по себе выражающие негативные явления в нашей жизни, могут быть признаны судом недействительными. Они в этом случае не влекут тех юридических последствий, на которые рассчитывали данные лица, а порой признание судом сделки недействительной для одной из сторон связано с известными материальными потерями. К числу таких сделок относятся сделки, которые совершены под влиянием *заблуждения, имеющего существенное значение* (ст. 178), сделки, совершенные под влиянием *обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной*, а также *кабальные сделки*, т.е. такие, которые лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (ст. 179). А вот сделка, совершенная «с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности», изначально считается ничтожной (ст. 169).

В КАЧЕСТВЕ действенного инструмента борьбы с негативными явлениями в нашей жизни выступает особый, известный с далекой древности правовой институт — *злоупотребление правом* (в юриспруденции его именуют *шikanой*).

На первый взгляд этот институт вообще как будто имеет универсальное значение и может применяться широко. Ведь, казалось бы, лица имеют определенные права для каких-то конкретных целей, и уж будьте любезны поступать сообразно таким целям, не злоупотреблять своими правами, не причинять при использовании своих прав ущерба другим лицам. А иначе, казалось бы, поступки субъектов права должны терять юридическое значение, как это происходит в признании судом на основании закона сделок недействительными.

Но вопрос о злоупотреблении правом куда более сложен, чем это представляется на первый взгляд. В особенности, если рассматривать его под углом зрения основных начал гражданского законодательства, принципов частного права. Ведь в сущности единственной целью, закладываемой в гражданские права, является *обеспечение свободы на основе права*. Разве в этой связи у гражданских прав может быть какая-то иная «цель», с оглядкой на которую можно было бы отказать в защите субъективного права?

Присмотримся к простым фактам.

Инженер воспользовался своими правами и открыл авторемонтную мастерскую, которая сразу же стала пользоваться успехом у автолю-

бителей. Владелец аналогичной мастерской на соседней улице понес убытки и вскоре вообще разорился. Не злоупотребил ли инженер своими правами? Не злоупотребляет ли своими правами процветающее кредитное учреждение, которое выдало на определенный срок гражданину кредит, срок наступил, гражданин все еще находится в тяжелом материальном положении, а кредитор все равно требует возврата долга? Или — владелец дачного участка построил высокий двухэтажный коттедж и заслонил от солнца цветочную оранжерею соседа?..

В XIX в., в особенности при тщательной проработке сложных проблем, связанных с подготовкой проектов гражданских кодексов (Французского кодекса, Прусского и Австрийского уложений, Германского гражданского уложения и др.), широкая трактовка понятия «злоупотребление правом» не получила поддержки. Она не только не соответствовала условиям и требованиям развивающегося рыночного хозяйства, основанного на конкуренции, экономической самостоятельности, риске, экономическом успехе предприимчивого хозяина, но и необходимости обеспечения твердого правопорядка, правового обеспечения свободы субъектов, устойчивости и определенности их прав, их правовой самостоятельности, гарантированной возможностью использовать свои права своей волей и в своем интересе.

Здесь возникают, правда, весьма тонкие, порой деликатные вопросы, связанные с тем, что называют «доброй совестью», стремлением учесть моральные соображения, интересы других людей. И с тем, что как будто бы все это может быть учтено, если представить право решать проблему злоупотребления правом суду. Но всесторонний анализ и практика показали, что в этом случае все же открывается весьма широкий простор для произвола, в том числе — для судебсого усмотрения, а отсюда — для разрушения самих основ правопорядка, обеспечения его устойчивости и определенности — всего того, что может на деле свести на нет сам «дух» частного права, его основные начала.

Вот почему господствующая правовая мысль, в том числе и при подготовке соответствующих положений в гражданских законах, склонилась к тому, что шиканой (злоупотреблением правом) следует считать *такое использование «своего права», целью которого является причинение зла другому лицу.*

Вот что на этот счет пишет И.А. Покровский: «Намерение причинить зло, *animus nocendi*, является... неперменным и единственно надежным критерием шиканы». А «возложить во всех подобных случаях [при возникновении любого рода конкуренции. — *Ред.*] на меня еще обязанность действовать «разумно» и принимать во внимание чужие интере-

сы — это значит возлагать задачу совершенно непосильную»¹. И еще такое суждение русского правоведа: «Не впадая в крайность, не берясь за неосуществимую задачу насаждения морали принудительным путем, запрещение осуществлять право с исключительной целью причинить зло будет иметь уже само по себе огромное морализующее значение. Если гражданское право является по преимуществу областью частного самоопределения, т.е. областью дозволенного эгоизма, то запрещение шиканы устраняет крайние, антисоциальные шипы этого эгоизма. Современное гражданское право как бы говорит человеку: если тебе позволено быть в известных пределах эгоистом, то это не значит, что ты можешь быть злым...»².

Именно в таком ключе в принципе и решен вопрос о злоупотреблении правом в российском Гражданском кодексе. В ст. 10 Кодекса говорится: «Не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу...». Это и есть шикана, злоупотребление правом, и здесь, как говорится в той же ст. 10 Кодекса, «суд, арбитражный суд или третейский суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права».

Правда, в указанной статье Кодекса сказано и о том, что не допускается злоупотребление правом «в иных формах».

Какие это «иные формы»? Ответ на этот вопрос требует подробной и тщательной проработки. Причем такой, когда не разрушилась бы основная идея ст. 10. Возможно, например, сюда относится указанная ранее ситуация, когда заключен договор займа под залог квартиры и залогодатель использует свое право на истребование долга с целью обретения собственности на квартиру. В ст. 10 Кодекса специально говорится о том, что «не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке». Не исключено, что под подобную же формулу может подойти и фактический захват имущества при, казалось бы, «законной» приватизации. На мой взгляд, в дискуссионном порядке можно высказать такое предположение: во всех указанных и им подобных случаях может быть констатируемо использование юридических возможностей исключительно с намерением применить «право во зло». То есть использовать право в том смысле, о котором сказано в ст. 169 Кодекса, — «с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности».

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 118.

² Там же. С. 119.

Но какой бы характер ни приобрело обсуждение вопроса о значении положения об «иных формах» злоупотребления правом, оно, на мой взгляд, должно все же находиться в том же *смысловом поле*, как и общая формула («не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу...»), а в практическом отношении здесь все же требуются конкретизирующие законодательные решения или, в крайнем случае, постановления высших судебных инстанций, содержащих прецеденты применения закона по данному кругу вопросов.

* * *

Не исключено, что в суждениях автора о частном праве есть акценты, которые связаны с авторским профессиональным увлечением проблемой. Хотя могу заверить, что здесь — не столько возможное «увлечение», сколько ценности, которые *выстраданы*. И которые, по моему убеждению, составляют самый надежный знак надежды, веры в наше оптимистическое будущее.

Я верю, что неизбежно в нашей стране настанет время, когда на вопрос о том, почему в российском Отечестве все же миновали годы, казалось бы, непрекращающегося кризиса и уже наступила пора устойчивого развития и благополучия людей, каждый второй или хотя бы третий из участвующих в опросе граждан страны скажет:

— А потому, что в нашем обществе утвердился, стал священным и неприкосновенным Гражданский кодекс!

Екатеринбург,
11 января 1999 г.