

ЦИВИЛИСТИКА КЛАССИЧЕСКАЯ И ПОСТКЛАССИЧЕСКАЯ¹



С. СТЕПАНОВ

доктор юридических наук, профессор,
директор Института частного права
(Российская Федерация)

I

Историю отечественной цивилистики как науки почти официально принято отсчитывать с середины 19 в.² Это действительно так, если речь идет о господствующей гражданско-правовой концепции, основные начала которой привнесены в неспешные отечественные рассуждения³ возвышенной, ограничивающей наиболее крупные алмазы римской юриспруденции⁴ и порой исчерпывающей до педантичности немецкой мыслью⁵. Молодые и эрудированные,

¹ Настоящая статья — фрагменты будущего одноименного монографического исследования. Автор приносит читателям извинения за некоторые погрешности в логике и последовательности материала. Задача публикации — обозначить отдельные проблемные положения гражданского права, которые автор расценивает не более чем отправными, постановочными для дальнейшего более углубленного изучения.

² В исторических источниках отмечается, что в первую очередь (середина 19 в.) за границу, в Германию были посланы Неволин, Богородский, Благовещенский, Знаменский, Орнатский; во вторую — Крылов, Редькин, Мейер, Осокин, Куницын, Федотов-Чеховский и Кранихфельд... И с этого времени начинается новая эпоха в развитии русской юриспруденции вообще, и в изучении римского и гражданского права в особенности [1, 844, 845].

³ Памятниками (конец 18 — начало 19 вв. — С. С.) теоретического плана остались «Краткое руководство к систематическому познанию гражданского права России» профессора Терлаича, «Начальные основания российского частного права» Кукольника и «Опыт начертания российского гражданского права» Вельяминова-Зернова. Первые русские юристы не стремятся к тому, чтобы перенести на русскую почву целиком западное правосозерцание, а хотят создать самостоятельную философию права, которая могла бы им объяснить сходства и отличия русской жизни сравнительно с западно-европейской (особенно Десницкий).

⁴ Рецептированные источники гражданского права римской эпохи, к сожалению, не могут быть охарактеризованы как полные. Об определенной ограниченности этих памятников сетовал Э. Рабель, неоднократно подвергая сомнению тот или иной принципиальный постулат [2]. «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» — отмечает и О. Шпенглер [3, 87].

⁵ В литературе Общегерманское гражданское уложение характеризуется как «памятник колоссального труда и обширнейшей учености; по ряду вопросов мы найдем в нем и смелый разрыв с прошлым, и новые идеи. Но в целом оно производит впечатление крайнего эклектизма, разностильности: разрыв с прошлым и порывания в будущее не связаны единством общего направления, единством какой-нибудь основной идеи» [4, 75].

напористые и самоотверженные, уверенные и несгибаемые Неволин, Крылов, Мейер и другие с ними буквально ворвались в размеренно-раздумчивое русское юридическое бытие. Стремительно обрастая новыми (на почве «беспорядочного» российского законодательства того времени) системно-внедренческими идеями и многочисленными учениками¹, упомянутые основоположники в течение очень недлительного периода возвели германскую (в основном) гражданско-правовую доктрину в преобладающее и по существу единственное в России цивилистическое учение².

Безраздельное властвование утонченной германской мысли, 150 лет назад безоговорочно (а зачастую — навязывающее) овладевшей русскими цивилистическим сообществом, наивысший эффект произвело в самой важной и в то же время самой незащищенной области — университетском юридическом образовании. Фундамент теории, преданные умелые продолжатели, формировавшиеся в вузовских кругах, на долгие десятилетия обеспечили твердые дальнейшее развитие непоколебимости созданной цивилистической крепости.

Неудавшиеся отечественные кодификации [5; 6], казалось бы воплощающие идеальную юридическую архитектуру, продемонстрировали тем не менее если не враждебное, то безоговорочное отторжение, неприятие действовавшим гражданским законодательством (хаотичным, «бессистемным» и потому, казалось бы, нуждающимся в упорядоченности) целостной, логичной, емкой «правильной», но чуждой устоявшимся национальным правотворческим представлениям теоретической доктрины³. Волею Провидения «чистое поле» для посева и взращивания созданного в кабинетах и отшлифованного в научных спорах цивилистического материала представили российские события 1917 г.

Уникальный момент упущен не был — на «свободном» законодательном пространстве могла быть и была воплощена выстроенная блестящими специалистами совершенная модель гражданского права, которая в силу действительно прекрасных и блестящих основных положений и конструкций должна была обеспечить безошибочное законодательство и взвешенное правосудие. Утвердившись в кодексе 1922 г., властвующая научная гражданско-правовая идея воплотилась в российском Гражданском кодексе (далее — ГК) 1964 и 1995 годов. Причем наиболее полно — в действующем ныне ГК Российской Федерации (далее — РФ) (части первой). Общие положения этих

¹ К тем из этих лиц, которые заняли кафедры гражданского и римского права, примыкают группы учеников, составивших себе имя в русской научной цивилистической литературе. Непосредственно с Невוליным связаны своей плодотворной деятельностью И. Энгельман; по направлению к ученому близки Митюков, Никольский, Демченко и Загорский. С Крыловым связаны Кавелин, Дювернуа, Муромцев, Умов, Боголепов, Нерсесов, Гамбаров; с Мейером — Вицын, Пахман и Малышев; к последним примыкают Цитович, Гольмстен, Шершеневич [1, 845].

² Несовершенство русского гражданского права, отсутствие практического значения рецептированного в Германии римского и связь необходимых преобразований русского гражданского законодательства с общими вопросами русской политической и общественной жизни направляли внимание юристов школы Невוליнова, Крылова и Мейера в сторону вопросов *de lege ferenda* гораздо более, чем в сторону вопросов *de lege lata* [1, 845].

³ Изложенное находит подтверждение и в литературе. О. Иоффе отмечал, что, вызвав, однако, острую критику за «подражательство», «разрыв с русской самобытностью», «внутреннюю несогласованность» и т. п., проект так и не стал законом (речь идет о проекте Гражданского уложения Российской империи 1903–1913 годов). В результате еще более углубляется исторически возникший разрыв между русской цивилистической мыслью и гражданским законодательством Российской империи [7, 65].

кодифицированных законов настолько высоки и научно обоснованны, что сменяющие друг друга на протяжении почти столетия реалии экономической и политической жизни страны не вызвали необходимости коренной переработки общих положений главного экономического правового акта¹. Более того, ГК России выделяется не только своим значением для всей страны, но и не маловажной, порой даже решающей степени — как образец законотворческой деятельности². Уровень проработанности и логики законодательного материала ГК, к сожалению, не всеми иными последующими отечественными кодифицированными актами был поддержан (Семейным, Земельным, Уголовным, Налоговым и другими кодексами). В этом, пожалуй, кроется пусть одна, не самая принципиальная, но причина определенной несогласованности и известных «нестыковок» основных российских законов.

Идеальная научная концепция отражает идеальное построение эмпирического материала. В России не только прошлого, но и настоящего времени не только идеального, но и хоть определенно упорядоченного законодательства, на базе которого строится всякая юридическая мысль, не было³. Цивилистическая доктрина требовала новых витков развития. Поиски «точки отсчета», критериев и аргументов неминуемо выводили цивилистов из границ догматического эмпирического материала. Основные начальные постулаты приносились в юридическую науку из иных исследовательских областей — истории, экономики, философии, психологии, социологии и т. д. Равно, как и цивилистическая догма взаимно служила предметом анализа «смежных» дисциплин, выводы которых, увы, возвращаясь в юридическую науку, не добавляли ясности в целостное доктринальное построение⁴.

Стремительная и утонченная до изощренности цивилистическая научная мысль и «закостеневшее», медлительное русское гражданское законодательство с неровной, конформичной судебной практикой «оторвались» друг от друга. После Победоносцева — единожды и навсегда⁵.

¹ Теоретические основы гражданского права в равной степени обеспечивали «достаточное» регулирование имущественных отношений и в годы военного коммунизма, и в период НЭПа, и в 1937 г., и во время Великой Отечественной войны, и «оттепель», и застой.

² Проект ГК РФ лег в основу модельного кодекса, послужившего основой для принятия соответствующих законов в немалом числе государств.

³ Немецкие цивилисты в свое время иронизировали: «Три слова законодателя и целые библиотеки отправляются в макулатуру» [8]. В отечественном законодательстве таких примеров немало. Достаточно упомянуть Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

⁴ В частности, современные философы без сомнения могут обосновывать положения о том, что «среднестатистические юристы не осознают того, что было ясно творцам римского права, а именно того, что право есть сложная система, состоящая из трех основных компонентов: естественного, позитивного и обычного права. Типичный юрист-ремесленник редуцирует все это богатство к простейшей подсистеме — позитивному праву, а от всего остального принципиально абстрагируется и становится поэтому юридическим позитивистом, не желающим обращать внимание на действительность, выходящую за пределы позитивного права» [9, 239]. «Подталкивая» цивилистику за пределы догмы, философия таким образом «провоцирует» правоведов на поиски ускользающей (в отличие от твердой позитивной нормы) главной идеи вне цивилистического поля: «упомянутые три аспекта права тесно взаимосвязаны, представляют собой относительно самостоятельные фрагменты некоей большой и сложной (синтетической) системы, именуемой правом вообще и, по мнению автора, объединяемой (собираемой в одно целое) естественным правом» [9, 240; 10, 524; 11, 143].

⁵ Анализируя зарождающуюся в то время российскую цивилистическую доктрину, О. Иоффе отмечал: «... Правила Свода законов лишь «вкрапливаются» в ее аналитическую ткань, носящую

Не обремененная безоговорочной зависимостью от законодательного и даже судебного материала¹, цивилистическая теория заблистала искрометными выводами и конструкциями, одним из значительнейших является, к примеру, многогранное учение о гражданском правоотношении. Именно это учение (наряду с теоретическими разработками проблем предмета и метода² гражданского права, некоторыми иными общими положениями) составляет пандектное ядро современной гражданско-правовой науки. Блестящее теоретическое открытие, гражданское правоотношение (как фундаментальная категория) предопределило «золотой эталон», философский камень цивилистики: «субъект — объект — содержание». Глубокая, бесспорно уникальная, конструкция на долгие десятилетия (казалось — навечно) безотказно обеспечивала необходимым инструментарием и науку, и практику³. Но рано или поздно любая, даже самая совершенная система (тем более научная, умозрительная) «изживает» себя. Цивилистическое абстрактное методологическое построение, непрерывно совершенствуясь, тем не менее, как системное явление ограничено собственным системным же существом. Пласты стремительно рождающихся неизвестных ранее жизненных отношений и конфликтов опережают саморазвитие доктрины, ставят перед ней новые и новые задачи⁴, решение которых затруднительно без выработки принципиально свежих научных подходов.

Отечественная наука гражданского права была и остается центральной доктринальной базой для всей российской юриспруденции, эталоном четкости и системности, образцом логики и исторической преемственности. Несколько поколений законодателей, судей, педагогов и ученых продолжают дело Великих учителей. Недоступное западной теоретической мысли российское цивилистическое учение является неповторимым и непревзойденным достижением современной юридической мысли⁵.

подчеркнуто теоретический характер и насыщенную колоссальным изобилием общих положений при незначительной нормативной, а нередко и фактической базе» [7].

¹ Кроме законодательства и судебных актов цивилистическая мысль все реже и реже обращается к иному эмпирическому материалу, в частности к массиву реальных сделок в имущественном обороте, не попадающих в сферу судебных органов. Судебный спор — исключение из складывающихся экономических отношений. Анализ судебных актов дает весьма скудную, ограниченную картину лишь одной из граней применения гражданского законодательства.

² По словам Г. Радбруха «науки, вынужденные заниматься собственной методологией — большие науки». «Большой» наукой в смысле выражения Г. Радбруха, сегодня является, по видимому, не сравнительное правоведение, а правовая наука в целом. Хотя традиционный неререфлектирующий и самоуверенный догматизм оказался на удивление поразительно живучим, стало совершенно очевидным, что цепляться за него означает обманывать самого себя [8, 48–49].

³ В частности, одним из наиболее ярких и гармоничных примеров комплексного научного подхода к основным (системным) узлам гражданского права как науки следует назвать творчество О. Красавчикова. [12].

Д. Мурзин обратил внимание, что «русские дореволюционные цивилисты не были догматиками, в противоположность их ученикам советского периода» [12, 28].

⁴ Гражданское законодательство и цивилистическая доктрина не только несколько отстранились от проблематик прав человека, охраны окружающей среды, приватизации и ряда других, но и старательно «не замечают» давно ожидающих решения задач в сфере интеллектуальной собственности, информационных отношений, рекламе, профессиональном спорте, шоу-бизнесе и т. д.

⁵ Только в последние годы западная научная мысль постепенно «разворачивается» от догмы к поиску общих теоретических основ. «Считать, что новые, более реалистические методы, основанные на данных экспериментальной социологии и потому учитывающие многократную усложнившуюся действительность, реально отражают современное правовое мышление, озна-

Это действительно так.

Но, как разливающаяся река огибает многовековой утес, так и стремительно ускоряющаяся жизнь, новые ценности и критерии, неизвестные ранее объекты и отношения минуют доселе универсальные гражданско-правовые конструкции, обозначая новые теоретические узлы и стратегические направления, которые, на наш взгляд, не должна игнорировать современная наука русского гражданского права.

Центробежно развивающаяся цивилистическая доктрина, выстроенная «сама из себя», остро нуждалась и продолжает нуждаться в законодательном воплощении. Отсутствие этого приводит к парадоксальной (вероятно ни в одной иной науке невозможной) ситуации: гражданско-правовая наука начинает формировать, изменять собственный, уже существующий эмпирический материал, а также стимулировать появление нового «правильного», соответствующего отточенным в бескомпромиссных дискуссиях идеальным моделям законодательства.

Такое теоретическое учение беспощадно и к судебным актам, награждая одни чести быть названными воплощением научной мысли и определяя другие как концептуально ошибочные. Но и для последних, если они приобретают стойкий, всеобщий характер, доктрина найдет, сумеет найти «достойное» место и «должное» значение, но для укрепления своих уже существующих теоретических позиций.

Научные концептуальные труды, следуя в строго определенном доктриной русле, в основном группируются вокруг отправных точек юридической теории: правоотношений, субъектов, различного рода объектов, правовых режимов, общих положений о сделках, оснований и составов деликтов и пр.¹ Новизна научных произведений зачастую сводится к новому ракурсу известных, опять-таки теоретических, построений, критике существующего законодательства и правоприменения, а также к выработке предложений по «совершенствованию» законодательства.

Пугающее отдаление фундаментальной теории от гражданского законодательства наиболее трагично в практически игнорировании цивилистикой процессуальных норм (особенно гражданских процессуальных), а значит в какой-то мере лишении гражданско-правовой науки ее главного смысла — доктринальной возможности и эффективности судебной защиты нарушенного субъективного права.

Главенствует теоретико-методологический подход: все, что не соответствует основным постулатам доктрины, то неверно, будь то правовая норма, судебный акт или мнение исследователя...

чало бы принимать желаемое за действительное. Оно (сравнительное право) не только вскрывает пустоту догматического системного мышления прошлого, но и развивает, будучи не связанной с национальной доктриной и непосредственно обращенным к потребностям правового регулирования в жизни общества, собственно новую систему, связанную с нуждами людей и потому способную эффективно функционировать [8].

¹ Безусловно, что немало современных добротных исследований посвящено конкретным юридическим конструкциям (рассмотрение отдельных видов договоров, сравнительно-правовые исследования, анализ состоявшихся и предстоящих изменений гражданского законодательства и др.). Речь же в данном случае идет о традиционных научных трудах, разрабатывающих традиционно фундаментальные темы: предмет, метод, правоотношение, субъекты, объекты и т. д.

II

Отечественная доктрина и законодательство традиционно придерживаются принципа разделения всего догматического массива на отрасли права (конституционное, гражданское, уголовное, административное и др.)¹. Общее число отраслей российского права, наиболее значительных и неоспоримых сегодня приближается уже к нескольким десяткам. Выполняя неопределимую роль важнейшего структурного и методологического критерия, отраслевая классификация неизбежно и неизменно сопровождается «пограничными конфликтами», порой сокрушающими, казалось бы, универсальное и исчерпывающее построение отраслей права. Выработанные юридической наукой «границы» отраслей (юридический режим, предмет, метод) не выдерживают натиска сгустка общественных конфликтов, «сдобренных» судебным-процессуальным изломом, экономическим оппортунизмом и социально-психологическим напряжением, и уступают произвольному усмотрению правоприменителя. И верх одерживает правоприменитель, вооруженный юридическими средствами не отдаленного универсального характера (судебные иски), а оперативного («ближнего боя») — административный акт, уголовно-процессуальное постановление и т. д. Данное положение усугубляется тем, что отрасли права (и, следовательно, отраслевые юридические режимы) отличаются известной замкнутостью, своего рода суверенностью и неприменимостью к отношениям, регулируемым данной отраслью, норм, лежащих за ее пределами [14].

Гармоничное сочетание гражданского, административного и уголовного права обеспечивает фундаментальную основу всей правовой системы и государственности. Развитые и стабильные юриспруденции обеспечивают такое сочетание. Российский юридический быт в резко изменившихся политических, экономических и социальных условиях не достиг еще такого необходимого научного, законодательного и правоприменительного уровня, который обеспечивал бы понятную и предсказуемую юридическую квалификацию, справедливое и однозначное правоприменение. Современный период эволюции отечественного права, напротив, в известной мере порывист и непредсказуем. А это лишает право в целом одной из его главных, только ему присущих особенностей — исключительной четкости, постоянства и строгой формальной определенности. Как на законодательном, так и на правоприменительном уровнях. Базовые материальные отрасли в известной степени нескоординированы и продолжают развиваться безотносительно друг друга, что не может не привести к нежелательному преобладанию одной или нескольких таких отраслей. Общую отнюдь не радужную картину дополняет к тому же взлетевшее на ранее невиданную высоту и внешнюю непрерывность судопроизводство, вооруженное процессуальными (жестко публичными) нормами, во многом ориентированными на торжество и нерушимость не права и закона, а судебного усмотрения. Гармонизация межотраслевых связей становится одной из главных задач развития права... Особенно острой является необходимость совершенствования межотраслевого взаимодействия в регулировании

¹ Отрасли права — наиболее крупные, центральные звенья структуры права. Они охватывают основные, качественно особые виды общественных отношений, которые по своему глубинному экономическому, социально-политическому содержанию требуют обособленного, юридически своеобразного регулирования [13].

сферы экономики, где это взаимодействие является наиболее сложным [15, 237].

Доктринальные поиски путей устранения негативного влияния межотраслевых «пограничных нестыковок» в российской юридической науке предпринимались [16–20] и, хочется надеяться, будут предприниматься. Заслуживает внимания и дальнейшего исследования, в частности, подход, основанный на надотраслевом различии механизмов трех известных типов правового регулирования: дозволений, предписаний и запретов¹. Используемые в различных отраслях права эти типы в конечном итоге выводят правоприменителя на соответствующие процессы: гражданский, административный, уголовный (судебная защита субъективного гражданского права, привлечение к административной ответственности, уголовное преследование и т. п.) [21]. Представляется, что в перспективе это направление в юридической науке сможет выработать рекомендации, «смягчающие» межотраслевые конфликты.

III

Гражданское право в известной степени обеспечивало (и обеспечивает) частные интересы и экономическую основу общества, развивалось вместе с промышленностью и торговлей, вырабатывало универсальные юридические конструкции, признаваемые в дальнейшем властью и облакаемые ею в законодательные формы. Четко обозначенной «границы» между правом и уголовным законом не было и, вероятно, никогда не будет: одни и те же отношения могут быть объектом и уголовного преследования и гражданско-правовой защиты². Вместе с тем, нельзя не согласиться с позицией В. Яковлева, отметившего, что уголовное право охраняет отношения, в целом регулируемые другими отраслями права, в том числе и гражданским правом, в частности, отношения собственности в их статике. Это обстоятельство не означает, однако, совпадение предметов названных отраслей, поскольку предмет отрасли определяется кругом регулируемых, а не охраняемых отношений. Уголовным правом регулируются отношения, которые возникают в связи с нарушением установленного запрета и представляют собой властные отношения по возложению мер уголовной ответственности [15]. Имущественные отношения, таким образом, равно включаются в сферу и гражданского, и уголовного законодательства. Причем в сфере уголовного права регулирования особого, принципиально отличного от частноправового, но необходимого и востребованного. Востребованным даже гражданским правом — не только в принципиальном, концептуальном смысле, но и в конкретных юридических ситуациях (например, рассмотрение судом гражданского иска о возмещении вреда в рамках уголовного судопроизводства).

¹ Право как объективно-социальное явление, зародившись в запретах (некий прообраз публичного права) и дозволениях (нередко из естественных, частных прав), все более и более трансформируется в предписания, которые по большому счету не отнести ни к праву публичному, ни к праву частному. Глобальные явления, многонаселенность, финансовые и коммуникационные вненациональные и внегосударственные сети, экономика, нуждающаяся в непрерывном и детальном правовом вмешательстве — все способствует переносу центра тяжести в праве от запретов и дозволений к предписаниям. Предписания, непосредственно не нарушающие права субъектов и по существу своему относящиеся к сфере управления, возведены в ранг не только закона, но и права, даже будучи лишенными собственного правосудия.

² В частности, защита чести и достоинства, жизни и здоровья гражданина может быть и уголовно-правовой, и гражданско-правовой.

Даже очень краткий и достаточно поверхностный обзор отдельных теоретических проблем межотраслевых связей в современном российском праве, тем не менее, позволяет утверждать, что наиболее показательные и принципиальные противоречия и иные «горячие точки» таких связей сосредоточены во взаимодействии (или его отсутствии) гражданского права и уголовного закона. Причем в разной степени и значимости соответственно на теоретическом, законодательном и правоприменительном уровнях.

Соотношение гражданского и уголовного права в юридической науке практически безболезненно встраивается в общую теоретическую структуру национального права, подчиняясь универсальной классификации отраслей по предмету и правовому режиму (в том числе методу). Эти наиболее яркие и бесспорные «представители» частного и публичного права, как никто иной, вооружены, по общему правилу, диаметрально противоположными механизмами регулирования (дозволения — запреты) и абсолютно разной процедурой государственного принуждения при правонарушениях. Доктринальная мысль, таким образом, выстраивает разумную, четкую, далеко просматриваемую, стабильную и трудно преодолимую «пограничную полосу» (почти стену) между гражданским правом и уголовным законом. И это обстоятельство, как это не удивительно, в следующих этапах правоприменения начинает играть не позитивно организующую роль, а становится одной из решающих предпосылок возникновения признаков отчуждения, разновекторности этих отраслей.

В сфере правотворчества известная «размытость» границы между гражданским правом и уголовным законом не только обозначается, но и принимает принципиально-тревожный характер. Несмотря на законопроектную целесообразность объединения инициатив в единый поток¹, гражданское и уголовное правотворчество не достигло (и вероятно, не достигнет в обозримом будущем) необходимой гармонии. И основной причиной законопроектных диссонансов служат две группы факторов: а) упомянутое ранее и «вошедшее в плоть и кровь» отечественной юридической мысли отраслевое деление²; б) невнимание законодателя к надотраслевому разделению права на частное и публичное³.

¹ В настоящее время в Государственной Думе РФ действует один комитет, объединяющий и гражданское, и уголовное законодательство.

² Отраслевой принцип является не только решающим в законодательной деятельности. Он пронизывает юридическое образование, науку. Этот принцип, так или иначе, в принципе формирует юридическое мышление во всех без исключения сферах теоретической и практической юридической деятельности. Вместе с тем, не меньшими опасностями характеризуется и иной подход (учебный, научный, правотворческий) — ситуационный, присущий в первую очередь правовым семьям, исторически основанных на принципах судебного прецедента.

³ Отличия частного и публичного права далеко не исчерпываются принципиальными (неоднократно исследованными теоретиками) чертами: равенство-неравенство, координация-субординация, интерес одного субъекта-интерес многих. Глубинные основы такого деления пронизывают все юридические институты, в частности, принцип и характер юридической ответственности. В частном праве центральной фигурой ответственности выступает лицо потерпевшее, в публичном — нарушитель. Частное право не приемлет «жалостный» принцип «бедного и обиженного» потерпевшего, более того, частное право с большей жесткостью реагирует на неосмотрительность, а не на недобросовестность. Частная собственность, фундамент частного права не мыслится без инициативного, энергичного, сильного владельца, способного защитить свое имущество. Частное право не предназначено для официальной власти ни в качестве орудия управления, ни способа наказания «непослушных».

В юридическом механизме правоприменения все невидимые (но предчувствуемые) в теории и явно обозначенные в законодательстве «радости и горести» взаимосвязей гражданского права и уголовного закона приобретают не только явный и яркий облик, но и дополняются особым «отражающим» свойством, взаимно (но не в равной значимости и не в равных последствиях) проецируя «обратно» в свой обитель кроме положительных, взаимодополняющих и взаимообогащающих свойств, еще и отрицательные, разрушающие моменты. Если одна и та же жизненная ситуация, один и тот же комплекс социальных отношений («взял деньги в долг и не вернул», «получил товар и не рассчитался» и др.) одновременно становится объектом регулирования и гражданского, и уголовного законодательства, то необходимо искать первопричины в доктрине и законодательных недоработках.

Все без исключения правоприменительные конфликты и коллизии гражданского права и уголовного закона по основаниям возникновения можно разделить на три группы: а) противоречия, проистекающие из глубинных, доктринальных и законодательных сфер; б) объективные ошибки юридической квалификации правоприменителя; в) случаи субъективного, произвольного (можно сказать, неправомерного) применения в разрешении экономических споров уголовно-правовой и уголовно-процессуальной «регламентации»¹.

Две последние группы в значительной степени предопределены предпосылками теоретического и законодательного характера, которые в одном случае допускают такую возможность со стороны «добросовестного» правоприменителя, а в другом позволяют недобросовестному властному лицу использовать закон в неправовых целях.

Таким образом, обозначенные в правовой теории принципы и границы их взаимосвязи («с уголовным правом гражданское право находится в функциональной связи, выражающейся в том, что первое, присущими ему юридическими средствами, охраняет отношения собственности, регулируемые вторым» [15, 236]) в законодательстве и особенно в юридическом быту нередко остаются только теоретическими. В современных реалиях, тем более в сфере экономических отношений и максимально ярко — в отношениях собственности, составляющей суть всякого социума и всякого индивида, во всяком случае внешние (зачастую наиболее болезненные) проявления такой связи (взаимодействия, противостояния, конфликта) имеют место, увы, нередко².

Если попытаться все изложенное свести к максимально краткой (но далеко не упрощенной) формулировке, то неизбежно таковой станет противостояние частного и публичного права в его наиболее концентрированной форме: свобода предпринимательства и договора против общественного порядка (в самом

¹ Д. Медведев публично отмечал такие случаи: «Хотел бы также отметить, что у нас существует целый ряд проблем в этой системе. Надеюсь, то, что я предлагаю, позволит хотя бы частично заблокировать возможность для коррумпированных сотрудников правоохранительных органов использовать «посадки» в тюрьму в рейдерских целях, а то мы все знаем, таких примеров достаточно. Сажают сначала в «зندان» по наводке конкурента, а потом выпускают оттуда за «бабки» — вот что происходит. Если у вас есть подобного рода примеры, можете рассказать. Захотите — расскажете. Но этот беспредел пора завершать. В ближайшие дни я внесу соответствующий законопроект в Государственную Думу».

² Последние десятилетия изобилуют примерами неправомерных банкротств, рейдерством, захватами имущества иными способами. Экономические споры в судах рассматриваются параллельно расследованию уголовных дел, возбужденных в связи с обстоятельствами, вытекающими из сделок и т. д.

широком его значении), частная и неприкосновенная собственность против поколениями пестовавшимися идеей абсолютного и обезличенного социально-экономического равенства.

Более пятнадцати лет миновало со времени вступления в силу ГК России. С небольшим отставанием во времени (с 1997 г.) начал действовать Уголовный кодекс, а с 2002 г. — Уголовно-процессуальный кодекс. Достижение главной первоначальной экономической цели — появления частной собственности как имущественной основы дальнейшего развития общества в целом и каждого человека в отдельности — обеспечено преимущественно и в первую очередь ГК РФ (безусловно, при поддержке упомянутых уголовного и уголовно-процессуального закона), заслуженно называемого экономической конституцией. Пятнадцать лет для единственного кодифицированного акта, наиболее полно воплощающего частнопроводную идею, — срок весьма незначительный, однако и за это время отчетливо обозначились новые, еще неизвестные на момент подготовки проекта ГК проблемные узлы, требующие, в том числе, не только законодательного разрешения¹, но и глубокого научного анализа, выработки доктринальных рекомендаций совершенствования и кодекса, и всего частнопроводного законодательства. Внешне видимые и, казалось бы, несущие временные симптомы болезней роста и законодательной дисгармонии, неслаженность и, увы, обострившиеся противоречия частного права и публичного закона при их внимательном и углубленном исследовании обнажают принципиальные системно-структурные неувязки и правоустройства в целом, и гражданского права в частности.

Частнопроводные дозволения, пронизывающие гражданские законы, по-настоящему не раскрыв свои действительно незаменимые свойства высшего регулятора основных имущественных и неимущественных отношений, заметно (с начала текущего века) уступают свои позиции в регулировании тех сфер, которые традиционно относились исключительно к цивилистическим: границы предпринимательства, свобода договора, приобретение и прекращение права собственности, действительность и недействительность сделок и др. ГК по сути своей предполагает и особенный собственный процесс защиты установленных им субъективных прав, а при недостаточности (или необходимости) возможность привлечения (опять-таки для защиты цивилистических норм) соответствующего арсенала административного и уголовного права и процесса. И если публичные нормы материального права и процесса, призванные, в том числе, защищать частнопроводные достижения, могут быть направлены (независимо от мотивов и обстоятельств) не в поддержку гражданского права, а по существу против него, то нельзя не констатировать, что причина этому не только и не столько в «агрессивности» административных и уголовных норм материального и процессуального закона, сколько в обнажившейся «безоружности» частного права. Безоружности в определенной мере

¹ Заслуживает высокой оценки выработанная Исследовательским центром частного права при Президенте РФ Концепция развития гражданского законодательства (опубликована издательством Статут в 2009 г.). Вместе с тем, действительно необходимые предлагаемые в Концепции изменения и дополнения ГК РФ, к сожалению, в недостаточной мере развивают его главную идею: становление отечественного частного права, основанного на частной собственности и свободе индивида.

естественной в сравнении с публично-правовыми жесткими и молниеносными реакциями.

Складывающаяся в последнее десятилетие практика применения (или не применения) судом и государственными органами норм гражданского и уголовного законодательства тревожна. И особенно тревожна в тех случаях, когда, опережая частноправовые нормы, при решении экономического спора вступают в действие нормы административного (антимонопольного, налогового и др.) или уголовного закона. Опасность здесь представляет не сам факт «комплексного» юридического воздействия на, как правило, конфликтную ситуацию (это нормально и даже необходимо), а то, что меняется векторность этого воздействия. Имущественные притязания кредитора (потерпевшего, публичного субъекта) обращаются не к собственности должника, а к его личности¹. Одно из самых великих достижений частного права последних двухсот лет (ограничение имущественных притязаний исключительно и только имуществом должника) попросту приносится в жертву высокоэффективному обращению к личности субъекта².

И один из главных проблемных «узлов» такого взаимосостояния гражданского (частного) права и уголовного и уголовно-процессуального закона (публичного права) в этой ситуации — особый двойственный статус центральной фигуры, т. е. лица, участвующего в сделке и лица, в связи с действиями которого возбуждено уголовное дело и в дальнейшем совершаются следственные действия (допрос в качестве подозреваемого, выемка документов и т. д.)³.

В гражданском праве, регламентирующим в первую очередь экономические, имущественные отношения, в которых наряду (а в наших реалиях — преимущественно) с гражданами участвуют юридические лица и приравненные к последним властно-публичные образования (РФ, ее субъекты, муниципальные образования). Эти две основные предпосылки очень значимы по следующим соображениям: а) включение в субъекты гражданских правоотношений не только физических, но и юридических лиц; б) «сверх», «квази» предмет гражданско-правового регулирования — статика и динамика персонифицированного имущества⁴ повлекли отрыв физического лица, индивида во плоти и крови его юридического образа. Иными словами, в гражданском праве как юридическое лицо, так и гражданин — своего рода юридические фикции⁵.

¹ Возбуждение уголовного дела, избрание меры пресечения, трудности при получении заграничного паспорта, ограничение возможности временного выезда за пределы России и т. д.

² В этой в целом трагичной ситуации есть небольшая доля оптимизма, который связан с цивилистической конструкцией права собственности и ее защиты. «Вынужденное» обращение притязаний не к имуществу, а личности свидетельствует о безусловной юридической крепости права собственности.

³ Если, к примеру, в течение гражданско-правовой сделки «вторгается» начало следственных действий по факту совершения этой сделки, что не усмотреть, моральную, психологическую и юридическую связь двух диаметрально противоположных правовых плоскостей просто невозможно. Пленум Верховного суда РФ отрицая в целом возможность обжаловать постановления о возбуждении уголовного дела, пропускает одно, но очень важное в рамках исследования настоящих материалов исключения, допуская возможность обжалования постановления о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица.

⁴ В гражданском праве имущество в его широком значении может в известной степени «подчинять» субъектов, участвовать в какой-то мере самостоятельно (например, «лежащее» наследство).

⁵ Если в цивилистической науке устоялось представление о юридическом лице как о фикции, то уже этого одного достаточно, чтобы признать и всех иных субъектов, включая лицо физическое,

В имущественных правоотношениях, подпадающих под регулирующее воздействие гражданского законодательства, физическая личность гражданина преобразуется в некий правовой образ, законодательно наделенный субъективными правами и обязанностями. И этот образ (юридическая фикция) и является субъектом гражданского права. Причем правовому воздействию этот образ преимущественно подвергается не правилами его поведения, а наделениями правами и обязательствами. Контрагенты гражданина как субъекта гражданских прав нацелены не на его физическую сущность, а имущественную составляющую¹.

В уголовном праве сущность субъекта ответственности диаметрально иная — это конкретный индивид. И в уголовном правоотношении по общему правилу не допускается замена лица, а уголовно-правовая обязанность, а в отличие от гражданско-правовой, не существует без ее носителя².

Тонкая грань, отделяющая автономную юридическую личность гражданина в гражданском праве от его физической незащищенности в праве уголовном требует от властных правоприменителей исключительно четкого однозначного понимания природы юридического явления. Причем опасность заключается не только в признании преступления оспоримой сделкой. Не меньшую опасность таит в себе и беспорочно заключенная и исполненная сделка, квалифицированная как общественно-опасное деяние.

IV

Гражданско-правовая наука нового времени, несмотря на собственное название, не избрала ни одной из основных целей гражданина (физическое лицо, индивид, человек от плоти и крови) как такового. Средневековый естественно-правовой идеализм, исторический позитивизм, дальнейшие теоретические построения³, первоначально оттолкнувшись от свободы, независимости и равенства людей, все более и более «отодвигали» конкретного индивида, человека от разрабатываемых юридической мыслью понятий и конструкций⁴. Законодательные построения «потребитель», «индивидуальный предприниматель» зачастую затеяют (а то и подменяют) основную фигуру права вообще и гражданского права в частности — гражданина. Учения о юридических лицах в сравнении с гражданско-правовым теоретическим исследованием статуса человека и гражданина представляются такими недопустимо обширными и глубокими, что за ними по существу теряется индивид как осно-

фикциями.

¹ Наглядным примером приведенного утверждения может служить гражданско-правовое обязательство, одна из центральных цивилистических конструкций. Могут меняться субъекты обязательства, может измениться содержание обязательства, но само оно сохраняется до полного исполнения или, как исключение, прекращения в установленном порядке. Гражданско-правовое обязательство не прекращается в случае признания его участника недееспособным, в случае его смерти и т. д.

² Некоторые правовые системы (например, отдельные штаты США) допускают привлечение к уголовной ответственности, не толь граждан, но и корпораций.

³ Кратко, но исчерпывающе «перипетии» борьбы цивилистических воззрений описал И. Покровский [4, 60–76].

⁴ Абстрактная модель юридического лица, возведенная в ранг одного из краеугольных камней цивилистической доктрины не только возвела между человеком и имуществом «непреодолимые» для третьих лиц преграды, но и в целом известным образом «исказила» юридический характер и сущность права собственности как такового [22].

вной субъект всякого имущественного интереса (именно индивид, человек, который независимо от того, гражданин, предприниматель, юридическое лицо или государство реализуют свои права, является единственным «конечным адресатом» всех без исключения материальных или нематериальных благ).

Гражданско-правовая доктрина в силу крайне высокой абстрактности и стремлением к универсальности преимущественно сориентирована на одну из своих основных также абстрактного характера составляющих конструкций — конструкцию юридического лица¹, наиболее полно и четко отражающую отдаленность теоретико-юридической мысли от индивида².

Судебные споры с участием граждан, решаемые в первых инстанциях судов общей юрисдикции, порой вообще не воспринимаются гражданско-правовой наукой как важный эмпирический материал. Не имеет в отечественных юридических реалиях и теории должное место и значение нотариальная деятельность, которая наряду с цивилизованным страхованием способна внести в цивилистическую идею свежие грани, а в гражданско-правовую практику — так необходимые стабильность, уверенность и определенность.

V

Была ли альтернатива германской доктрины в развитии гражданско-правовой науки в России? Представляется, что была. Именно в эти годы³ (середина 19 в.) публикуются значительные произведения К. Победоносцева⁴, венцом творчества которого явился «Курс гражданского права»⁵ (далее — Курс). Неоднозначна⁶ дальнейшая судьба этого поистине энциклопедического творения, до настоящего времени не дана объективная оценка значения идей Победоносцева и не исследована потенциальная (увы, не реализованная) воз-

¹ Определенный «перекосяк» цивилистических воззрений в сторону юридических лиц в известной мере мог быть усилен и продолжающейся борьбой с «хозяйственной», предпринимательской концепцией, главным «действующим лицом» которой является некий симбиоз, суррогат лица — «хозяйствующий субъект».

² Права человека, в том числе гражданские, каким-то непостижимым образом «вымываются» из сферы правового регулирования, постепенно превращаясь в некую «политическую абстрактность».

³ Годы начала становления современной теории гражданского права. Немецкая юридическая мысль выдвигалась в качестве основного ориентира не только для науки, но и практики. «За этим единственным исключением (имеется в виду К. Победоносцев — прим. С. С.) никто не сомневался в том, что цивилистическая теория может сыграть позитивную роль лишь благодаря использованию различных форм воздействия на практику применения устарелого закона в новых условиях, а также путем подготовки почвы для создания нового закона или, как говорил Дювернуа, посредством деятельности «в интересах будущей юриспруденции без всякого прямого отношения к вопросам дня» [7].

⁴ Современники отмечают определенное неприятие рядом ученых «импортированных» из Европы цивилистических идей: «особняком от этой непосредственной преемственности стоят Дорн, Голевинский, Победоносцев, Ефимов и некоторые другие» — указывает В. Нечаев [1, 845].

⁵ О К. Победоносцеве и его пути в науке в юридической (в основном, к сожалению, исторической) литературе имеется богатый материал. Достаточно назвать две замечательные статьи Е. Тимошиной, собравшей и проанализировавшей почти исчерпывающий исторический и значительный научный круг источников о жизни и творчестве ученого [23].

⁶ В своем Курсе К. Победоносцев предпринял опыт исторической разработки многих институтов русского гражданского права с целью объяснить их значение в современном ему юридическом быте России, и здесь, как отмечал И. Оршанский, из-за отсутствия монографических исследований ему «на каждом шагу приходилось обрабатывать почти девственную почву». Поэтому Курс К. Победоносцева можно считать первым опытом систематизации русского гражданского права в его национально-исторических особенностях [23].

возможность его «реакционной», отчетливо «правой» и т. д. гражданско-правовой доктрины не только продолжить естественно нарождавшееся научное осмысление «сумбурного» русского законодательства¹, но и стать отправной вехой дальнейшего самобытного развития отечественной науки. Развития иного порядка, смысла, результатов.

Этого не произошло.

Торжествовавшей в то время и торжествующей далее цивилистической концепцией К. Победоносцев был раз и навсегда отнесен за «рамки» (равно как и все его известные и неизвестные сторонники и последователи). Творчество великого догматика не могло быть не замечено, но «смертельный» приговор вынесен: «Курс гражданского права» не системен, не содержит общей части. Все.

Или может быть не все?

Общепризнанное и стойкое деление систем гражданского права не допускает (не допускало, во всяком случае, ранее) каких-либо «усредненных» вариантов. Представляется, что именно к такому, пограничному, определенному образом «совмещенному» концептуальному подходу юридическая мысль сейчас направляется с обеих сторон. Глобализация всей разумной (или неразумной?) жизнедеятельности неминуемо коснется и цивилистических представлений, которые, совершив закономерный виток в своем историческом развитии, вернуться (должны вернуться!) к тысячелетнему итогу римской эпохи — институциям. Институциям, освобожденным от прекрасной пандектной ограниченности и от великолепной неограниченности «права суда», прецедента. Институциям, которые способны не только воспринять и продолжить все достижения европейской цивилистики, но и оттолкнуться от опыта молодой юриспруденции Нового света. Жесткая современная дихотомия гражданского права, выполнив необходимую и неизбежную научно-историческую миссию, должна призвать извечные отправные институционные конструкции, по существу охватывающую всю теоретическую и практическую цивилистику: лица, вещи, обязательства (иски).

Это ничуть не означает отказ от более чем 150-летнего цивилистического учения, приподнявшего гражданско-правовую науку высоко над уровнем обычных прикладных. В силу различных обстоятельств именно в науке гражданского права нашли воплощение идеи и положения всего юридического мировоззрения, более уместные в теории и философии права вообще. Несмотря на огромный теоретический «полигон» гражданского права, последнее не в состоянии удовлетворить потребности всей юридической науки в целом, и взращенные в теории общие положения и конструкции своей значимостью и «всесильностью» в какой-то мере истребляют почву, их родившую.

Гражданскому праву — гражданское законодательство. Теории гражданского права — гражданское право, теории права — теорию права.

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ МАТЕРИАЛЫ

1. *Нечаев В.* Россия : энциклопедический словарь. — Л., 1991.

¹ ...О последнем (речь идет о Своде законов Российской империи 1830 г.) если и мог что-нибудь сказать юрист-теоретик, то преимущественно в историческом плане. Только такой стоявший на крайне правом крыле русской юриспруденции цивилист, как Победоносцев, при написании «Курса гражданского права» оставался целиком в рамках отечественного законодательства, как если бы оно продолжало действовать в полном своем составе [7].

2. *Rabel Ernst Grundzuge Des Romishen Privatrechts.* — Bennd Schwabe & CO. Verlag BASEL, 1955.
3. *Шпенглер О.* Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. — М., 1998. — Т. 2.
4. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М., 1998.
5. *Кодан С. В. Тараборин Р. С.* Несостоявшаяся кодификация гражданского законодательства России 1800 — 1825 гг. Проект Гражданского уложения Российской империи 1809—1812 гг. — Екатеринбург, 2002.
6. *Кодификация* российского гражданского права. — Екатеринбург, 2003.
7. *Иоффе О. С.* Цивилистическая доктрина промышленного капитализма : избранные труды по гражданскому праву. — М., 2000.
8. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2-х т. — Т. I : Основы : пер. с нем. — М., 1998.
9. *Лобовиков В. О.* Математическая логика естественного права и политической экономии (Математическая философия экономики и права). — Екатеринбург, 2005.
10. *Гегель В. Ф.* Философия права. — М., 1990.
11. *Чичерин Б.* Философия права. — СПб., 1998.
12. *Красавчиков О. А.* Категории науки гражданского права. Избранные труды : в 2 т. — М., 2005. — Т. 1.
13. *Алексеев С. С.* Общая теория права. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2008.
14. *Мицкевич А. В.* Соотношение системы советского права с системой советского законодательства. М., 1967.
15. *Яковлев В. Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. — М., 2006.
16. *Алексеев С. С.* Структура советского права. — М., 1975.
17. *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). — М., 2001.
18. *Ровный В. В.* Проблемы единства российского частного права. — Томск, 2000.
19. *Братусь С. Н.* Предмет и система советского гражданского права. — М., 2005.
20. *Пикуров Н. И.* Теоретические проблемы межотраслевых связей уголовного права. — Волгоград, 1998.
21. *Сорокин В. Д.* Административно-процессуальное право. — М., 1972.
22. *Алексеев С. С.* Право собственности. Проблемы теории. — Екатеринбург, 2006.
23. *Тимошина Е. В.* Консервативные особенности цивилистической концепции К. П. Победоносцева / Победоносцев К. П. Курс гражданского права. — Ч. 1 : Вотчинные права. — М., 2002.

Степанов С. А. Цивилистика классическая и постклассическая

Аннотация. Настоящая статья — фрагменты будущего одноименного монографического исследования. Задача публикации — обозначить отдельные проблемные положения гражданского права, которые автор расценивает не более чем отправными, постановочными для дальнейшего более углубленного изучения. В статье анализируется период германской гражданско-правовой доктрины, которая превратилась в преобладающее и по существу единственное в России цивилистическое учение. Автор задается вопросом: была ли альтернатива германской доктрины в развитии гражданско-правовой науки в России и делает вывод, что была, называя ее теоретиком К. Победоносцева, вершиной творчества которого явился «Курс гражданского права», что могло бы стать отправной вехой дальнейшего самобытного развития отечественной науки. По мнению автора, жесткая современная дихотомия гражданского права, выполнив необходимую и неизбежную научно-историческую миссию, должна призвать извечные отправные институционные конструкции, по существу обнимающие всю теоретическую и практическую цивилистику: лица, вещи, обязательства (иски), что ничуть не означает отказ от более чем 150-летнего цивилистического учения.

Ключевые слова: гражданское право, гражданско-правовая доктрина, цивилистическое учение, германская доктрина, самобытное развитие науки, дихотомия гражданского права, институционные конструкции.

Степанов С. А. Цивілістика класична і посткласична

Анотація. Ця стаття — фрагменти майбутнього однойменного монографічного дослідження. Завдання публікації — позначити окремі проблемні положення цивільного права, які автор розцінює не більше ніж відправними, постановочними для подальшого більш поглибленого вивчення. У статті аналізується період німецької цивільно-правової доктрини, яка перетворилася на переважне і, по суті, єдине в Росії цивілістичне вчення. Автор ставить питання: чи була альтернатива німецькій доктрині у розвитку цивільно-правової науки в Росії і робить висновки, що була, називаючи її теоретиком К. Победоносцева, вершиною творчості якого був «Курс цивільного права», що могло б стати відправною віхою подальшого самобутнього розвитку вітчизняної науки. На думку автора, жорстка сучасна дихотомія цивільно-

го права, виконавши необхідну і неминучу науково-історичну місію, повинна закликати одвічні відправні інституційні конструкції, які, по суті, охоплюють усю теоретичну і практичну цивілістику: особи, речі, зобов'язання (позови), що зовсім не означає відмову від більш ніж стоп'ятдесятирічного цивілістичного вчення.

Ключові слова: цивільне право, цивільно-правова доктрина, цивілістичне вчення, німецька доктрина, самобутній розвиток науки, дихотомія цивільного права, інституційні конструкції.

Stepanov S. Classical and Post-Classical Civilistics

Annotation. This article is composed of fragments of a future monographic study of the same name. The task of publication is to identify individual problematic provisions of civil law, which the author sees no more than initial and staging for further deeper research. The article examines the period of German (mostly – German) civil law doctrine, which evolved into the dominant and essentially the only study on Civilistics in Russia. The author asks the question – was there an alternative to the German doctrine in the development of civil science in Russia and concluded that it was, calling it the theorist K. Pobedonostsev, the crown of creation of which was the «course of civil rights», which could be the starting point for further development of the original domestic science. According to the author, the rigid dichotomy of the modern civil rights by doing the necessary and inevitable scientific and historical mission, should call the perennial starting institutional structures, essentially embracing the entire theoretical and practical civil law: persons, things, liabilities (claims), which does not mean the rejection of more than 150 years old Civilistics doctrine.

Key words: civil law, civil and legal doctrine, Civilistics doctrine, German doctrine, original development of science, dichotomy of civil law, institutional structure.