

МЫСЛИ И РЕЧИ О НАУКЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА¹

2003

Состояние науки гражданского права в тот или иной период истории государства российского всегда вызывало опасение (или недовольство) ученых. Так, К.П. Победоносцев писал: «Юридическое образование повсюду служит достоянием одних специалистов; но у нас и между юристами, а тем более между практикующими юристами, юридические суждения распространены весьма неравно. Немногие счастливы тем, что успели пройти ровную и строго последовательную школу юридических знаний и опыта...»²

В классическом труде Д.И. Мейера литературе по русскому гражданскому праву в целом дана невысокая оценка³. Г.Ф. Шершеневич также достаточно критичен, характеризуя «литературу и пособия» по гражданскому праву⁴. И.А. Покровский указывал: «Больно чувствовать, насколько мы, юристы-цивилисты, не осознаем этого (теснейшей связи гжучих вопросов гражданского права с основными вопросами философии права. — Б.Г.) и насколько при решении наших крупнейших вопросов мы идем беспринципно и наугад... Можно ли удивляться

¹ Заголовок предлагаемых вниманию читателя рассуждений навеян следующим. Один из основателей уральской школы цивилистики Александр Маркович Винавер с 1944 г. работал в Свердловском юридическом институте. В 1947 г. им был создан кружок под названием «Мысли и Речи», сокращенно «МИР», на заседаниях которого предполагался свободный, не ограниченный никакими рамками обмен мнениями по любым вопросам. Александр Маркович успел провести первое заседание кружка. Но 16 марта 1947 г. работник райкома партии — ВКП(б), других не было — прочел объявление о создании кружка и устроил публичный разнос А.М. Винаверу. В ночь на 17 марта 1947 г. Александр Маркович Винавер умер от сердечного приступа. См. об этом: *Мурзин Д.В.* Об Александре Марковиче Винавере // *Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов*. М.: Статут, 2001. С. 377–378.

² *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть. СПб., 1883. С. V.

³ См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч. Часть I). По испр. и доп. 8-му изд. 1902. М.: Статут, 1997. С. 41–44.

⁴ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М.: Спарк, 1995. С. 20–23.

при таких условиях тому, что наука гражданского права стала казаться какой-то отгороженной от жизни, засохшей схоластикой, а цивилисты какой-то замкнутой отживающей кастой?»¹.

И все это при том, что «в России до 1917 года сформировалась одна из лучших в мире цивилистических школ»², «в начале века (XX. — Б.Г.) российская гражданско-правовая наука достигла очень высокого уровня»³. По-видимому, ученые, творившие до 1917 г., отдавали себе отчет в том, что, успокоившись и «почивая на лаврах», наука гражданского права не сможет решить задач, перед ней стоящих.

В советские времена⁴ полагалось отметить, что наука гражданского права достигла невероятных высот, однако тот или иной вопрос еще ждет своего исследования. Понятно, что неперенное упоминание о высотах требовалось исходя из соображений идеологического характера. Тем не менее, развитость науки гражданского права в Советском Союзе бесспорна. Случайно ли общая теория права в значительной своей части воспроизводит цивилистические конструкции (о правоотношении, основаниях динамики правоотношения, ответственности и т.д.)? Случайно ли наиболее известные специалисты по общей теории права — представители гражданско-правовой науки (С.С. Алексеев, С.Н. Братусь, Р.О. Халфина и др.)? Случайно ли многие отрасли советского права создавались «по образу и подобию» права гражданского (земельное, колхозное и др. отрасли права)?

Но и в те времена можно было прочесть о необходимости «устранения крупных недостатков в постановке и решении ряда важных проблем нашим советским правоведением» и необходимости «поднятия науки гражданского права на новую высшую ступень»⁵. Вполне естественное чувство неудовлетворенности, побуждающее двигаться вперед и вглубь.

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 34–35.

² Программа «Становление и развитие частного права в России». Разработана Исследовательским центром частного права. Одобрена Указом Президента Российской Федерации от 7 июля 1994 г. // Сборник законодательства РФ. 1994. № 11. Ст. 1191.

³ Суханов Е.А. Вступительная статья к указанному учебнику Г.Ф. Шершеневича (С. 7).

⁴ В разные периоды советской истории высказывания о науке гражданского права, естественно, различались (вплоть до отрицания как гражданского права в целом, так и соответствующей науки (см. об этом, например: Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть I). Л., 1975. С. 39–108).

В данном случае внимание акцентируется на высказываниях, сделанных в, условно говоря, классический период развития советского гражданского права: начало 50-х – 80-е гг. XX в.

⁵ Красавчиков О.А. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система). Свердловск, 1961. С. 7.

Что же касается современного состояния науки гражданского права, то, думается, оно достаточно противоречиво. С одной стороны, уровень ее развития весьма высок. Зримым свидетельством тому является, в частности, появление уникального документа — Гражданского кодекса Российской Федерации. В отсутствие высоко развитой науки гражданского права это было бы невозможно. Как представляется, за последние десять лет гражданско-правовая наука поднялась на качественно новый уровень. Среди причин, благодаря которым это стало возможно, назовем, в частности, следующие обстоятельства.

Во-первых, современная доктрина гражданского права опирается на достижения советской цивилистики¹; является ее органическим продолжением.

Во-вторых, отпала необходимость сверять свои идеи с тем или иным высказыванием К. Маркса, В.И. Ленина, указаниями очередного съезда Коммунистической партии Советского Союза или пленума ЦК КПСС и т.д. и т.п. В результате мысль исследователя не бьется как «птица в клетке», но «свободно парит».

В-третьих, в научный оборот возвращены работы многих и многих дореволюционных цивилистов. В советской юридической литературе идеи частного права чаще всего проводились в завуалированной форме². Благодаря произошедшим изменениям стало понятно, что так называемая советская цивилистика, что бы кто ни говорил, есть продолжение русской цивилистической традиции³. И пусть не всегда можно было сослаться на идеи И.А. Покровского... И пусть нужно было указать на то, что наука советского гражданского права всем обязана В.И. Ленину... В конце концов нужно отделять зерна от плевел. Таким образом, современная цивилистическая доктрина представляет

¹ О советской цивилистике говорится лишь с целью обозначить преемственность; ни в коей мере мы не противопоставляем ее дореволюционной или современной гражданско-правовой науке.

² Открытое пропагандирование этих идей было попросту небезопасно. Но все же встречалось. См., например: *Черепяхин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве // *Черепяхин Б.Б.* Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 93–120. (Сер. «Классика российской цивилистики».)

³ С.С. Алексеев, вспоминая студенческие годы, указывает, что А.М. Винавер «порассуждав на тему моего вопроса, вручил мне для прочтения несколько гигантских дореволюционных фолиантов» (*Алексеев С.С.* Уроки. Тяжкий путь России к праву. М.: Юристъ, 1997. С. 14). А это 1945–1946 гг. «Борис Борисович (Черепяхин. — Б.Г.) приходил на лекции с кипой старых толстенных книг, порой открывал одну из них, приводил мнение по тому или иному вопросу Г.Ф. Шершеневича, С.А. Муромцева, И.А. Покровского, других корифеев русской цивилистики» (там же. С. 15).

собой естественный *очередной* этап развития гражданско-правовой науки в нашей стране¹.

В-четвертых, ушло в прошлое противопоставление отечественной цивилистики «буржуазным теориям гражданского (частного) права». Напротив, достаточно широкое распространение получает метод сравнительного правоведения². В результате появилась возможность учиться на ошибках других и использовать их положительный опыт.

Отмечая достаточно высокий уровень развития современной цивилистической доктрины, вместе с тем, надо видеть и серьезные недостатки. Причем, как это нередко случается, они есть продолжение достоинств.

Так, в качестве положительного фактора отмечалось то обстоятельство, что сегодня нет необходимости сверять свою позицию с идеологическими постулатами и, как следствие этого, не скована мысль исследователя. Но результатом «ухода» идеологии и устранения цензуры (в том числе внутренней, авторской — «самоцензуры») является также утрата ориентиров некоторыми исследователями. При прочтении ряда работ создается впечатление, что авторы их полагают, будто писать можно о чем угодно и как угодно (об этом чуть далее).

Весьма позитивно широкое распространение сравнительно-правовых исследований. Неразумно игнорировать опыт «особенно тех стран, где имеется долготелая практика рыночной экономики и ее правовой регламентации. Вместе с тем, используя этот опыт, надо учитывать наши особенности, определяемые как уровнем развития экономики, так и национальными традициями»³.

¹ Периодизация развития цивилистической мысли в Российской империи — Советском Союзе — Российской Федерации должна стать предметом отдельного рассмотрения. Некоторые этапы уже анализировались в юридической литературе (см., например: *Иоффе О.С.* Развитие цивилистической мысли в СССР. Изд. 1975 г. (ч. I) и 1978 г. (ч. II). См. также: *Красавчиков О.А.* Указ. соч. С. 43—79. На уровне теоретическом, без какого-либо обоснования такая периодизация стала уже едва ли не общепринятой. Так, говорят о русской цивилистике, имея в виду то, что было до 1917 г., советской гражданско-правовой науке (1917 г. — конец 80-х гг. XX в.) и российской цивилистической доктрине (современный этап).

² См. об этом, например: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т.: Пер. с нем. М., 1998; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1999. Достаточно активно используется метод сравнительного правоведения в произведениях магистров частного права, обучавшихся в Российской школе частного права, которые публикуются издательством «Статут» в сборниках «Актуальные проблемы гражданского права» под ред. С.С. Алексеева, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского.

³ См.: *Дозорцев В.А.* Тенденции развития российского гражданского права при переходе к рыночной экономике // Международная научно-практическая конференция «Гражданское законодательство Российской Федерации: состояние, проблемы,

Думается, никто всерьез не станет оспаривать слова А.Л. Маковского: «Гражданское право России складывалось на протяжении столетий и уже давно превратилось из конгломерата разнородных норм в их систему со своими принципами и закономерностями, базовыми понятиями и терминологией... Правовые институты и понятия, если они взяты из другой системы гражданского права (траст, компания, агентский договор и др.), либо приживаются на нашей цивилистической почве в искаженном виде, либо не приживаются вообще»¹. Тем не менее, принимая этот постулат на уровне высокой абстракции, при решении конкретных правовых проблем заимствование чуждых российской цивилистике концепций осуществляется достаточно активно. Например, это происходит при формировании перечня способов обеспечения обязательств, а также при рассмотрении традиционных способов обеспечения.

Следует еще раз подчеркнуть: необходимость обогащения российской науки гражданского права за счет концепций, сформулированных на базе иных правовых систем, не вызывает сомнения. Однако восприятие соответствующих концепций и адаптация их к условиям гражданского оборота в России не должны приводить к утрате уже накопленного. Нельзя допустить «зачеркивания» положительного, например, обстоятельно разработанного учения об обеспечении обязательств и способах обеспечения. Так, заслуживает внимания категория обеспечительного интереса, предусмотренного Единообразным торговым кодексом США (далее — ЕТК США)². Но если и воспринимать соответствующую концепцию, то не вместо учения об обеспечении обязательств, а аналогично тому, как Б.И. Пугинский анализирует средства обеспечения реализации прав и обязанностей, выделяя в их составе специальные средства обеспечения обязательств³. Понятно, что адаптирование данной концепции (и большинства других) не может

перспективы». Концепция гражданского законодательства Российской Федерации и тезисы докладов. М., 1994. С. 20.

¹ Маковский А.Л. Концепция Гражданского кодекса России // Международная научно-практическая конференция «Гражданское законодательство Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы». Концепция гражданского законодательства Российской Федерации и тезисы докладов. С. 27.

Аналогично высказываются и многие другие авторы. Так, В.А. Дозорцев указывает: «Заимствование правовых категорий и институтов из англо-американского права для нас весьма затруднительно» (Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 21).

² См.: Единообразный торговый кодекс США. М.: МЦФЭР, 1996. С. 344 и сл.

³ См.: Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., Юрид. лит., 1984. С. 129–149.

ограничиться лишь «косметикой». Напротив, требуется существенная модификация отдельных элементов и всей концепции в целом. Например, в российской науке права не могут прижиться идеи об обеспечительных интересах, «созданных посредством договора, включая... аренду и консигнацию, предназначенные служить обеспечением» (см. 9-102 ЕТК США). В России не может служить обеспечением доверительная собственность (см. 9-102 ЕТК США) в силу того, что институт доверительной собственности (траст) является чуждым континентальным правовым системам вообще и российскому законодательству в частности¹, и т.д.

Уж сколько раз твердили миру о единстве гражданского права. О предмете гражданского права². О методе гражданско-правового регулирования³. О неприемлемости хозяйственно-правовой концепции⁴. Однако, споры о правомерности деления права на частное и публичное продолжаются до сих пор. Наступления на частное право предпринимались неоднократно. Еще в XIX в. К.Д. Кавелин предлагал создать право, которое регулировало бы все имущественные отношения как публично-правовые, так и частноправового характера⁵. Однако большинство ученых, творивших еще до 1917 г., исходили из признания единства частного права, полагали такое единство само собой разумеющимся. (Писал ведь Г.Ф. Шершеневич о повседневности деления норм права на две группы, на право публичное и право гражданское, или, иначе, частное⁶.) Впоследствии (после 1917 г.) исследователи, как правило, не могли противостоять постулату «ничего частного не признаем». Тем не менее, советские ученые чаще всего следовали основным идеям частного права, в том числе проистекающим из признания его

¹ Об этом см., например: *Дозорцев В.А.* Об «управлении имуществом» как новом правовом институте // Закон о доверительном управлении имуществом (проект). М., 1993. С. 4–6; *Он же.* Доверительное управление имуществом (гл. 53) // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. М.: МЦФЭР, 1996. С. 529–532; *Хохлов С.А.* Право собственности и другие вещные права // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский. М.: МЦФЭР, 1998. С. 388–390.

² См., например: *Алексеев С.С.* Предмет советского социалистического гражданского права. Свердловск, 1959.

³ См., например: *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. Обзор различных точек зрения см.: Развитие советского гражданского права на современном этапе. М.: Наука, 1986. С. 43–50.

⁴ См., например: *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2000. С. 696 и сл.

⁵ См.: *Кавелин К.Д.* Что есть гражданское право и где его пределы? СПб., 1864.

⁶ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 9.

единства (как отмечалось, иногда открыто, например Б.Б. Черепахин, но обычно в «завуалированной» форме). В то же время немало усилий, направленных на подрыв единства частного права, предпринято сторонниками хозяйственно-правовой концепции. Ныне, как это случается всякий раз в эпоху перемен, вновь высказываются разного рода предложения по пересмотру частноправовой доктрины. Так, обосновывается появление предпринимательского, хозяйственного, торгового, коммерческого, корпоративного отраслей права. Оказывается, существует даже потребительское право (со своим предметом, методом, принципами и иными атрибутами). И все это в основном за счет права гражданского (правда, иногда указанные отрасли квалифицируются в качестве комплексных). Звучат обвинения гражданского права в экспансии и т.д. и т.п. В подтверждение соответствующих точек зрения иногда приводятся некоторые аргументы. Однако чаще всего попросту игнорируется все и вся существовавшее и существующее (в том числе и многовековой опыт) и... провозглашается появление новой отрасли права.

Говоря о *методологии исследования и форме подачи материала*, уместно обратиться к началу. В прямом смысле к началу того или иного исследования. В порядке иллюстрации возьмем произведения, опубликованные в серии «Классика российской цивилистики». Книга И.А. Покровского «Основные проблемы гражданского права» после краткого слова «от автора» открывается рассмотрением понятия гражданского права и вопроса о его социальной ценности. Предисловие к книге И.Т. Тарасова «Учение об акционерных компаниях» начинается со слов: «Вопрос об акционерных компаниях до такой степени сложный...» Работа Н.О. Нерсесова «Понятие добровольного представительства в гражданском праве» открывается словами: «Институт добровольного представительства имеет громадное значение...» В.И. Серебровский начинает главу I исследования «Очерки советского наследственного права» со слов: «Под наследованием или наследственным преемством понимается переход имущества умершего к другому лицу...» В первой строке работы Л.А. Лунца «Деньги и денежные обязательства» указывается: «Деньги в гражданском обороте имеют своим назначением служить всеобщим орудием обмена».

Таким образом, уж если заявлена определенная тема, то автор посвящает свое исследование именно данной теме, но не излагает свои размышления, в той или иной мере относящиеся к ней. Этому принципу обычно следовали как русские цивилисты, так и ученые советского периода. (Правда, последним приходилось «привязывать»

свои суждения к высказываниям «классиков» марксизма-ленинизма, решениям съездов партии и т.д.)

Как представляется, в настоящее время нередко практикуется иной подход. Довольно часто наряду с рассмотрением вопроса, вынесенного в заголовок, вскользь (попутно) решаются иные проблемы. При этом в качестве этих «иных проблем» выступают положения фундаментального характера, о которых вскользь говорить просто непозволительно. Например, о понятии и значении права, предмете частного права, методе правового регулирования и т.д. А поскольку предмет исследования все же другой, постольку чаще всего соответствующие утверждения недостаточно обосновываются либо попросту голословны.

Очень часто весьма спорные положения подаются как некие постулаты. По-видимому, иногда автор просто не утруждает себя анализом литературы и, стало быть, не знает о существовании иного мнения. В других случаях автор полагает, что он (и только он) владеет истиной в последней инстанции и, следовательно, все, что было до него, недостойно внимания. Особенно грустно при встрече с такой «методикой», когда произведение интересное по кругу рассматриваемых вопросов, глубине анализа некоторых из них, оригинальности позиций и т.д.

Думается, что исследование должно представлять собой *цепь логических построений*. Всякое утверждение должно быть *обосновано* (с точки зрения формально-юридической, с учетом экономических факторов и т.д.). Исследователь должен дать «ответ» на «вопрос», являющийся предметом исследования.

Странно, что эти сами собой разумеющиеся положения¹ все чаще игнорируются. Например, при рассмотрении вопроса о том, допустимо ли одновременное взыскание процентов за пользование денежными средствами и неустойкой, в литературе (и судебной практике) нередко можно встретить утверждения, в соответствии с которыми одновременное применение названных двух санкций противоречит *принципу* недопустимости двух мер ответственности за одно нарушение. Но в науке гражданского права, кажется, никто не обосновывал существование такого принципа². Напротив, применение двух санкций широко распространено. Например, взыскание неустойки и убытков, потеря суммы задатка и возмещение убытков, выселение из жилого

¹ Как верно отмечает Н.Н. Тарасов, «мы практически оставили без внимания сами методы построения наших теорий» (Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного университета. 2001. С. 92).

² О принципах в механизме охранительного воздействия см., например: Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск, 1992. С. 80–91.

помещения нанимателя, который разрушает или портит помещение (лишение права), и взыскание убытков и т.д.

Будучи во многом обязанной цивилистике советского периода, современная доктрина в ряде случаев некритически заимствует некоторые идеи, увлекаясь теоретизированием, наукообразностью. Так, в 70-е гг. XX в. в юридической литературе появились утверждения о необходимости наряду с такими категориями, как «правосубъектность» и «правоспособность», выделять «правовой модус» (а то и «субмодус»), «правовой комплекс», охватывающий «статус», «модус» и т.д. По мнению О.А. Красавчикова, такие «исследования по части открытых звезд так же совместимы порой с истиной, как совместимы между собой суждения астрономов и астрологов»¹. Тем не менее и сегодня можно встретить достаточно пространные рассуждения о том, что «обращение к категории «правовой модус» вполне адекватно современному состоянию общественных отношений, вовлекаемых в сферу правового опосредования, их заметной усложненности и общему обогащению». Мелочь? Отнюдь. Подобного рода построения не только ведут к засорению понятийного аппарата, но и ошибочны с концептуальной точки зрения (кстати, вряд ли можно признать сколько-нибудь убедительными приводимые соображения, которые призваны быть аргументами, подтверждающими «право на жизнь» правового модуса).

Давно известно, что форма тоже существенна. То, в какой словесной форме проводится исследование, значительно предопределяет успех (или неуспех) того или иного произведения. В том числе и по соображениям психологического характера. Сложный запутанный текст раздражает читателя². К тому же надо учитывать специфику аудитории, на которую рассчитано то или иное обращение ученого³. С этой точки зрения вряд ли можно признать правильным получившее широкое распространение перепечатывание одного и того же текста (иногда с незначительными изменениями) в учебнике, научно-популярной брошюре или книге, комментарии к какому-либо закону.

¹ Красавчиков О.А. Гражданская правосубъектность как правовая форма // Правовые проблемы гражданской правосубъектности: Межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1978. С. 10.

² Ибо известно, что тот, кто ясно мыслит, тот ясно излагает.

³ Например, как справедливо отмечает А.Л. Маковский во вступительной статье «Выпавшее звено» к книге И.А. Покровского «Основные проблемы гражданского права» (М.: Статут, 1988), научно-популярная литература – вообще труднейший жанр творчества, в особенности, как ни странно может показаться, труднейший для ученого (С. 15).

Кстати, о комментариях. Жанр комментария (к закону, законодательству и т.п.) невероятно популярен в последние годы¹. Свидетельство тому — многочисленные комментарии к Гражданскому кодексу Российской Федерации, федеральным законам «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», «Об ипотеке (залоге недвижимости)», «О государственной регистрации юридических лиц» и др.

Обозревая совокупность имеющейся комментаторской литературы, можно видеть, что соответствующие книги, брошюры и т.п. подразделяются на четыре группы.

1) Закон пересказывается «своими словами» и не более. Видимо, такие издания тоже нужны, поскольку язык закона не каждому понятен. Такой пересказ для людей, далеких от юридической терминологии, помогает получить некоторое представление о комментируемом законе (законодательстве и т.д.). В свое время аналогичную функцию, хотя и в несколько иной форме, выполняли издания, предпринимавшиеся в таких сериях, как «Юридические консультации для населения», «Беседы о советском законе», «Хозяйственному руководителю о законодательстве» и т.п.

Другое дело, что сегодня таких комментариев стало слишком много, да и не надо бы во введении, предисловии, аннотации объявлять собственный комментарий такого рода «наиболее полным», «первым профессиональным» и т.п., что нередко случается.

2) Научный комментарий предполагает осмысление рассматриваемого акта (актов) с точки зрения концептуальной. В такой работе указывается, насколько обоснованно введение того или иного правила исходя из соображений доктринального характера, анализируются предмет правового регулирования (отношения, регулируемые данным актом) и метод регулирования (совокупность приемов (способов) правового воздействия), характеризуется правоотношение, являющееся результатом правового регулирования (субъекты, объекты, содержание — права и обязанности), рассматриваются юридические факты, порождающие данные правовые отношения, определяется отраслевая принадлежность комментируемого закона и т.д. и т.п. Естественно, по ходу исследования анализируются мнения, существующие в юридической науке по соответствующим проблемам. В такой работе выявляются достоинства и недостатки комментируемого закона (иного акта), в том числе с точки зрения юридической техники, социально-политической и (или) экономической обоснованности и пр.

¹ В данном случае речь идет исключительно о комментариях в виде отдельных изданий.