

НАЦИОНАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
«ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ УКРАИНЫ
ИМЕНИ ЯРОСЛАВА МУДРОГО»

ХАРЬКОВСКАЯ ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ ШКОЛА: В ДУХЕ ТРАДИЦИЙ

Монография

Под редакцией профессора
И. В. Спасибо-Фатеевой

Харьков
«Право»
2011

ББК 67.9(4УКР)304
Х-23

*Утверждено к изданию ученым советом Национального университета
«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»
(протокол № 6 от 28.01.2011 г.)*

Авторский коллектив:

В. К. Антошкина – глава 3 раздела 5; В. И. Борисова – глава 1 раздела 3; И. В. Жилинкова – глава 4 раздела 2; Н. В. Коробцова – глава 6 раздела 3; В. И. Крат – глава 4 раздела 3 (в соавт. с Ю. В. Мыца), глава 2 раздела 4; Ю. В. Мыца – глава 4 раздела 3 (в соавт. с В. И. Кра- том); О. А. Первомайский – глава 3 раздела 3; О. П. Печеный – глава 1 раздела 4; С. Н. Приступа – глава 2 раздела 3; М. Н. Сибилев – глава 1 раздела 2; И. В. Спасибо-Фатеева – глава 2 раздела 2; М. В. Ус – глава 3 раздела 4; В. Л. Яроцкий – глава 3 раздела 2

Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций :
Х-23 монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков :
Право, 2011. – 296 с.

ISBN 978-966-458-241-1

Монография содержит аналитические исследования важнейших проблем гражданского права – его предмета, метода, понимания сущности частного права, кодификационных процессов, а также нетипичных явлений в гражданском праве.

Для ученых, аспирантов, студентов, правоведов и широкого круга читателей.

ББК 67.9(4УКР)304

ISBN 978-966-458-241-1

© Кол. авторов, 2011
© «Право», 2011

Если бы мы захотели в нескольких словах охарактеризовать положение современного гражданского права, то должны были бы сказать, что оно проникнуто стремлением к реформам, оно – на пути к переменам, оно требует больших творческих усилий. Творчество – вот то слово, которое характеризует то, в чем нуждается современное гражданское право.

*Н. А. Гредескул. Творческие задачи
в современном гражданском праве*

Предисловие

Цивилистическое наследие, оставленное нам профессорами и преподавателями, служившими юридической науке и работавшими в вузах Харькова, обширно. Это и ученые, большая часть жизни которых была связана с юридическим факультетом Харьковского университета либо юридическим институтом (впоследствии – академия и снова университет, но уже юридический), и те, которые, прослужив какое-то время в Харькове, продолжили свою творческую деятельность в других научных и учебных заведениях страны. Не ставя себе в заслугу то, что эти видные научные деятели занимали харьковскую кафедру гражданского права, мы, напротив, их чтим и гордимся тем, что харьковские студенты могли слушать их лекции и знакомиться с их трудами, общаться с ними воочию и впитывать живительные истины из их неиссякаемого творческого источника. Практически все они имели такую харизму, заряд которой сказался не на одном поколении выпускников харьковских юридических учебных заведений. Их труды и опыт являются достоянием юридической общественности Харькова, значимость которого трудно переоценить для всех тех лиц, которые впоследствии столкнулись с гением цивилистической мысли таких выдающихся ученых, как С. И. Вильнянский, М. В. Гордон, Л. А. Кассо, О. В. Куницын, С. Н. Ландкоф, В. Ф. Маслов, А. А. Пушкин, В. И. Серебровский, П. П. Цитович, и многих других.

Современная цивилистическая наука «родом» из тех времен, которым мы обязаны становлением отечественной научной мысли. Она стремится поддерживать тот уровень, который был задан ее родоначальниками, и умножать достижения на ниве научных изысканий. Многочисленные статьи, монографии, диссертационные работы представителей харьковской цивилистической школы известны широкой публике. Бережно относясь к своему наследию и храня традиции, харьковская цивилистическая школа развивалась и своими работами демонстрировала достойный научный уровень. Это и немудрено, ибо тот фундамент, который в ней заложен, выдержал испыта-

ние на прочность и прошел через все перипетии различных исторических этапов нашего недавнего прошлого.

Идеей же настоящей монографии явились объединение и демонстрация значимости исследования сущности тех проблем, которые возникли не сегодня, но актуальны и злободневны и в современных реалиях. Для наших современников, так же как и для юристов XIX в., важны подходы к толкованию норм права, пониманию источника права и истоков кодификации, основных начал правоприменения и др. И сейчас продолжается поиск решений тех научных проблем, которые по сути своей надвременны. Поэтому в представленной на суд читателя монографии объединены творческие усилия классиков и современников по осмысливанию таких архизначимых для науки и практики вопросов, как понимание гражданского права как права частного, его источников, применение его норм, их толкование, законодательных процессов, формирующих позитивное гражданское право, а также такие аномалии в праве, как фикции, дефекты, коллизии и пр.

Из многочисленных работ представителей харьковской цивилистической школы бывает трудно обозначить лучшие, но для монографии, идея которой заключается в демонстрации формирования цивилистического учения и его восприятия последователями, были выбраны две работы.

Одна из них – декана юридического факультета *Н. А. Гредескула о творческих задачах в современном гражданском праве*, которыми и был задан тон для всего монографического исследования современных уже для нас проблем.

Удивительное свойство работ классиков – все виды плодов их творческих усилий заключаются в непреходящей ценности мыслей, вложенных ими в свои произведения! А это вызвано в первую очередь актуальностью выбранной и анализируемой ситуации. И что характерно – эта актуальность сохраняется и по сей день.

При перечитывании классиков цивилистики не оставляет чувство, что все то же, что занимало умы вследствие важности поднимаемых в статьях и монографиях проблем, продолжает занимать наши умы и сегодня. В то же время это вызвано даже не столько тем, что эти проблемы в корне своем неразрешимы (а именно это и можно наблюдать, если вести речь о фундаментальных спорных позициях соотношения частного и публичного права, допустимости вмешательства государства в частную сферу, источников прав и т. п.), сколько тем, что все эти аспекты были и всегда остаются именно в ранге проблем и этим своим состоянием стимулируют право и правоприменительную практику постоянно предлагать, находить и вновь искать эффективные для конкретного периода пути их разрешения, не успокаиваться и не сбрасывать со счетов все те условия общественной жизни, которые накладывают на эти проблемы свой своеобразный отпечаток. Эти проблемы

модифицируются в связи с развитием отношений, экономической среды, политических настроений и др.

Затронутые Н. А. Гредескулом проблемы словно родом из нынешнего века. Это и социальная направленность гражданского права, и соотношение (мера) индивидуального (частного) и публичного интереса при наделении лиц правами и их осуществлении. Это и свобода предпринимательской деятельности, которая приведет к расслоению общества. И хотя, по большому счету, это не сфера цивилистики, однако не может быть от нее дистанцирована.

Из работы Н. А. Гредескула очевидно его беспокойство о том, каким образом используются накопленные в результате свободы бизнеса средства. О подобном же способе использования средств современных миллионеров и миллиардеров мы огорчаемся и сегодня, желая и надеясь, чтобы так или иначе, но несмотря на свободу права собственности, они использовали бы богатство не (только) в эгоистических целях, но у них возникла бы потребность поделиться с другими. И это благотворительность, различные фонды, общественная деятельность, меценатство и др. Ибо... «богатство несправедное...»

Проецируя эти морально-нравственные, социальные и в какой-то мере духовные принципы на правовую почву, ученый задается вопросом о механизмах согласования интересов частных с интересами общественными, называя это задачей огромной важности, но и величайшей трудности. И добавляя, что только немногие умы взвешивают и усматривают в настоящее время все трудности этой задачи.

К этому аналитически настроенный современный читатель может присокупить и свое мнение о том, что состояние нашего законодательства далеко от сбалансированности частных и публичных интересов.

Не менее важен и такой аспект, затрагиваемый Н. А. Гредескулом, – насколько приемлема национальная идея права и законодательства вообще и в современном мире в частности. Что и говорить, обеспокоенность ученого того времени не была беспочвенной ни тогда, ни тем более теперь, во времена глобализационных процессов (как бы к ним кто ни относился, но они есть факт нашей действительности). А отсюда вопросы о допустимости для нашего права перенять подход, предлагаемый иностранными советниками и консультантами. И напротив, стоит ли настаивать на национальных особенностях и призывать к осторожности в реформировании отечественного права, мотивируя это сложившейся, отличной от мировых правовых семей, правовой массой? Более того, насколько стоит держаться за эти особенности, одновременно стремясь приобщиться к мировому правовому и экономическому сообществу? Разве все еще не ясно здравомыслящему юристу, что «желание создать «национальное» гражданское право надо признать, собственно, неосуществимой химерой» (Н. А. Гредескул). Но, видимо, ясности в этом вопросе мы не достигли, о чем свидетельствует тот факт, что мы на

потеху всему миру (или к изумлению) приняли Хозяйственный кодекс и гордимся этим фактом. А недавно бомбардировали Гражданский кодекс новеллами из Налогового кодекса. И эти обстоятельства вызывают беспокойство главным образом потому, что наше общество настолько не отдает себе отчет в последствиях подобных действий, что эти процессы в праве кажутся уже необратимыми.

Насколько странно осознать то, что мы мало продвинулись и в наших подходах к разрешению проблем, с которыми сталкиваются общество и право, по сравнению с тем временем, когда жил и творил Н. А. Гредескул. Ведь вот незадача: считая себя обществом, далеко ушедшим по пути цивилизации, мы продолжаем оставаться на задворках этой цивилизации. Более того, скатываемся в такие поддоны истории, где о цивилизации имеется весьма смутное представление.

Как тонко и иронично писал Н. А. Гредескул о том, что «когда начинают сознавать неудовлетворительность или нежелательность какого-либо явления, тогда задачу о том, что же нужно и желательно, разрешают весьма простым способом: объявляют нужным и желательным как раз противоположное. Но – увьи! – этим обнаруживают и *minimum* творчества, и *minimum* благоразумия. Что-нибудь стоит не так, ну значит, надо его поставить вверх ногами – вот способ мышления, с которым постоянно приходится бороться, в особенности общественному философу».

В современном состоянии правового регулирования как раз воочию наблюдается минимум благоразумия: если анархическое господство на рынке «разнузданных» предпринимательских отношений образца 90-х гг. прошлого столетия надо пресечь, то предлагается это делать топорными и бесхитростными методами, фиксируемыми в Хозяйственном кодексе и некоторых других законах.

Как с этим бороться? Этими вопросами все еще продолжают задаваться современные цивилисты, не оставляя наиважнейшей тематики, затрагиваемой в настоящем издании.

И если Н. А. Гредескул уверял читателя начала XX в., что гражданское право «проникнуто стремлением к реформам, оно – на пути к переменам, требует больших творческих усилий», то было бы очень грустно спустя сто лет утверждать, что эти перемены, которых дождалось-таки наше общество в 2004 г. с принятием нового Гражданского кодекса Украины, отдают «душком» принятого вместе с ним Хозяйственного кодекса как его неблагополучного сиамского близнеца. И этот «душок» все более ощутим – им благоухают и другие законы, «портящие» тот творческий дух, которым был проникнут Гражданский кодекс, – образец творчества его разработчиков, усилиями которых создавался воистину кодекс нового духа гражданского права.

Не менее злободневно и такое замечание Н. А. Гредескула, согласного, по всей видимости, с Антоном Менгером, а именно, что экономисты слишком односторонни для законодательства, им недостает весьма важного для этой роли свойства – осознания инерции и сопротивления действительности законодательным формулам, т. е. того, что может стать специальной добродетелью юристов. Ни для кого не секрет, что тот процесс написания законов, который сложился в современном украинском политикуме, формируемом экономическими интересами определенных предпринимательских групп, не только далек от совершенства, а практически заводит в тупик. Те, с позволения сказать, нормы, которые проникают в наше законодательство благодаря экономистам, замусорили его до последней степени.

При очевидном уклоне профессора в сторону социального права он возлагает большие надежды на юристов, которые представляются ему той силой, которая способна выполнять эту творческую работу в праве с полной независимостью сверху и снизу. И эту миссию он возлагает на нашего брата ни много ни мало для того, чтобы двигать гражданское право в сторону общественного начала. При всей неоднозначности самой постановки задачи и реальности ее решения она заслуживает почтения.

Современные ученые-цивилисты, представители харьковской цивилистической школы в меру своих научных интересов и понимания различной глубины проблем вносят свою лепту в их разрешение. Дело же читателя – оценить наши усилия и составить мнение о востребованности высказанных на страницах этого издания предложений и поддержке взглядов.

Второй работой классика харьковской школы цивилистики стала статья выдающегося ученого **С. И. Вильнянского**, посвященная одному из актуальнейших вопросов всех времен – **толкованию и применению гражданско-правовых норм**. С. И. Вильнянский умеренно подробно останавливается на разных видах толкования – аутентическом, судебном и доктринальном, а в зависимости от различных приемов толкования – грамматическом, логическом, систематическом и историческом, отмечая при этом, что данные толкования не исчерпывают всех приемов и служат лишь иллюстрацией наиболее употребительных приемов толкования. Отличается взвешенностью его подход к исправительному, распространительному толкованию и рестрикции. Его аналитика точна и глубока, его слог изящен, а выводы убедительны. И конечно, все его рассуждения приемлемы и нисколько не устарели приводимые им доводы и аргументы.

Важность понимания сущности толкования заключается в том, что этот инструментарий необходим и опасен одновременно. Необходим он в силу многочисленных неувязок и коллизий современного законодательства, очевидного его несовершенства вследствие различных причин. Опасен – поскольку несовершенство нашей правовой системы, порой доходящее до безобразных своих проявлений, может способствовать разворачиванию весьма неблагоприятной деятельности в сфере толкования закона.

В целом же отношение к толкованию в нашей стране двойственное. Наблюдается тенденция намерений со стороны судей под различными предлогами его избегать. Не считаясь с тем, что к толкованию приводит необходимость применения аналогии закона или аналогии права, судьи делают все, чтобы не прибегать к ним даже тогда, когда они должны рассмотреть спор по существу и вынести решение в отсутствие конкретной нормы закона.

Однако, как верно отмечает С. И. Вильнянский, судебное толкование имеет место при применении судами норм каждый раз при вынесении решения по конкретному делу, а содержится такое толкование в его мотивировочной части. В этом и состоит деятельность суда. Между тем возникают и неоднозначные ситуации, когда в решении суда содержится толкование, которое отвергается другим звеном судебной системы при том, что решение вступило в силу и имеет преюдициальное значение.

Впрочем, если органы судебной власти неохотно толкуют нормы законов, то бодрая работа в этом направлении проводится органами государственной власти. Субъекты правоприменения не просто ожидают разъяснений от Министерства юстиции, а постоянно обращаются за ними. Не обходятся без толкования налоговые инспекции и налогоплательщики, ожидающие разъяснений Государственной налоговой администрации, без чего в лабиринтах налогового законодательства Украины разобраться нет никакой возможности. Немало разъяснений дается и Государственной комиссией по ценным бумагам и фондовому рынку, Антимонопольным комитетом Украины, который согласно украинскому законодательству не только вправе предоставлять рекомендательные разъяснения по вопросам применения законодательства о защите экономической конкуренции, но и осуществлять официальное толкование собственных нормативно-правовых актов.

Тот факт, что есть постоянная потребность в толковании законодательства, свидетельствует прежде всего о его несовершенстве. Вместе с тем важно и то, срабатывают ли разъяснения и толкования, способны ли они преодолеть проблемы коллизий в законодательстве? Очевидно, что нет. Во-первых, наблюдаются спорность и недоказанность массы разъяснений, которые исходят от разных властных инстанций, а часто их ошибочность и непрофессионализм. Во-вторых, такие разъяснения содержатся в письмах, которые не имеют юридической силы и не принимаются судом во внимание в случае возникновения судебного спора. В-третьих, как метко отмечает С. И. Вильнянский, победа достанется не сторонникам непреклонной логики, а тем, кто сумеет приспособить правила и принципы к конечной цели, соображениям целесообразности и полезности. «Свободное» толкование создает более удобные и легкие условия для свободного маневрирования.

Безусловно, одним из способов решения этой проблемы является активизация официального толкования Конституционным Судом Украины с повышением уровня такого толкования, который подвергается правомерной

критике. Не менее важным при этом является механизм внедрения решений Конституционного Суда Украины.

Кроме того, та критическая масса разъяснений сама по себе должна была бы послужить причиной необходимости внесения изменений в законы для устранения их несогласованности, породившей обращения за разъяснениями.

Раздел 2 монографии состоит из пяти глав.

Глава 1 «Общая характеристика сферы частного права» (автор – М. Н. Сибилев) посвящена проблематике деления права на публичное и частное и в связи с этим – главнейшим из вопросов: обстоятельствам, предопределяющим выделение сферы частного права; правовым средствам и правовому режиму сферы частного права. Автор фиксирует внимание на ряде весьма существенных моментов: объективности деления права на частное и публичное; его влияния на систему права; отсутствия постоянной границы между этими сферами права; необходимости отыскания критерия такого деления для установления границ господства государства (публичной власти) над лицом; указывает на условность деления таких критериев на формальные и материальные.

Публичное право как суперотрасль охватывает такие отрасли права, как конституционное, административное, финансовое, уголовное и процессуальное (судебное) право. Внутренняя дифференциация публичного права осуществляется в соответствии с предметом регулирования. Частное право издревле и до настоящего времени рассматривается как право, полностью тождественное праву гражданскому. Выделение из частного права торгового права и параллельное существование гражданского и торгового права возникло в условиях европейского Средневековья (период классического дуализма частного права). Указанный период закончился с принятием во Франции Торгового кодекса 1808 г. Этот кодекс, как и новый Торговый кодекс Германии 1897 г. уже не были кодексами, «параллельными» соответственно Кодексу Наполеона 1804 г. и Немецкому гражданскому уложению 1896 г., а выступали как их логическое продолжение. Данный период (период квазидуализма) характеризуется единством частного права, нормы которого были изложены в двух кодексах – гражданском и торговом. В XX в. не только наметилась, но и окончательно закрепилась тенденция отказа от дуализма частного права. Все новейшие кодификации норм частного права в Италии, Португалии, Нидерландах, провинции Квебек происходили путем принятия единых кодифицированных актов в этой сфере – гражданских кодексов. С учетом этой тенденции происходила кодификация норм частного права в современной России, других странах СНГ, в том числе в Украине.

Учитывая остроту проблемы деления права на частное и публичное в современных условиях, М. Н. Сибилев подчеркивает, что частное и публичное право в любой стране находятся в органическом взаимодействии,

которое и обеспечивает надлежащее функционирование всей правовой системы в целом. Поэтому признание деления права на право частное и публичное не имеет целью умалить роль публичного права, противопоставить его праву частному, а лишь подчеркивает, что речь идет о разных сферах регулирования общественного отношения.

В главе 1 значительное внимание уделяется анализу разработки таких категорий, как «правовые средства» и «правовой режим». Под правовыми средствами предложено понимать сложное правовое явление, базирующееся на праве и воплощающее его регулятивную силу, выступающее одновременно в качестве соответствующего инструмента правового регулирования и определенного действия субъекта, направленного на его активное использование для достижения соответствующей цели (интереса). Правовой режим сферы частного права автор определяет как целостную систему регулятивного влияния, обеспечивающую общедозволительный тип регулирования личных неимущественных и имущественных отношений, основанных на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников, обеспечивающих возможность их самоопределения и собственных активных действий, направленных на возникновение и осуществление субъективных прав и обязанностей в пределах, установленных договором или законом, для достижения определенных частных целей и интересов.

Подытоживая свое исследование, автор делает вывод о необходимости приведения системы права Украины, доставшейся ей в наследство от эпохи советского права, в соответствие с объективным делением права на частное и публичное.

Глава 2 «Методологические истоки кодификаций в сфере частного права» (автор – И. В. Спасибо-Фатеева) настраивает читателя на познание глубинных процессов, лежащих в основе кодификации. Исследовательница небезосновательно отмечает, что современные кодексы и предложения по принятию новых кодексов свидетельствуют о том, что едва ли кто предметно задумывается над тем, что такое кодификация, над ее причинами и механизмами, целью и средствами воплощения. Во всяком случае, это очевидно относительно регулирования имущественных отношений в сфере гражданского оборота. Автор критикует предложения принять Информационный, Инвестиционный, Экономический, Инновационный, Экологический и другие кодексы. Критикуется и действующий в Украине Хозяйственный кодекс (ХК).

Отмечается, что пренебрежение пониманием кодификации и закономерностями ее проведения, в основе которой лежат преемственность и развитие как следствие творческой и принципиально продуманной переработки, не позволит создать полноценный кодекс. Указывается на опасность эклектичности собирания норм «под одну крышу», что, собственно, и наблюдается в ХК и может продолжиться в так называемом Экономическом кодексе. Об-

ращается внимание на то, что основополагающим для кодекса есть имманентная способность развивающейся системы (комплекса нормативного материала) закрепить свою внутреннюю основу, а при своем усовершенствовании – сохранить стабильность, при этом позволяя развиваться импульсам для дальнейшего развития всей системы. Важным последствием кодификации является также то, что она призвана «разгрузить» действующее законодательство, освободив его от огромного массива разрозненных нормативно-правовых актов, путем объединения их содержания в едином новом комплексном законодательном акте. Вместе с тем украинские кодексы действуют наряду с законами, принятыми ранее. В результате кодификации нормативно-правовые предписания не выражаются в концентрированном виде, а объем законодательства не уменьшается, а наоборот. Помимо этого наличие кодексов (Земельного, Хозяйственного, Семейного и др.), регулирующие отношения, являющиеся по своей природе цивилистическими, приводит не только к растаскиванию Гражданского кодекса (ГК), но и граничит в конечном итоге с его уничтожением. Уделяется внимание также довольно дискуссионному вопросу о положении кодексов в иерархии источников права, во-первых, с позиции «окружения» других кодексов, в силу чего необходимы четкое и гармоничное понимание соотношения их действия и устранение дублирования в регулировании одних и тех же имущественных отношений; во-вторых, для установления соотношения общего и специального закона и устранения противоречия между этим правилом и правилом о действии закона во времени или по кругу лиц.

И. В. Спасибо-Фатева обращается к многочисленным случаям несоответствия частных и публичных начал в регулировании одних и тех же либо смежных отношений, что демонстрирует современное украинское законодательство. Все они могут быть подразделены на следующие группы:

- отношения, которые *параллельно* регулируются гражданским и другими отраслями законодательства «околочастной» сферы;
- отношения, которые *субсидиарно* регулируются гражданским законодательством;
- отношения, регулируемые публичным законодательством как такие, которые *фактически переданы* в его сферу;
- частные отношения, которые *корректируются* публичным законодательством.

На основании проведенного анализа делается вывод о негативных тенденциях современной украинской new-кодификации и содержится призыв восстановить значение ГК как каркаса, архетипа, который должен структурировать вокруг себя любое другое законодательство в сфере как частного, так и публичного права.

Главной темой *главы 3 «Сфера гражданско-правового регулирования как самоорганизующаяся социальная управленческая система»* (автор –

В. Л. Яроцкий) стало рассмотрение сферы гражданско-правового регулирования как системы социально-правовых отношений, которой присущи начала самоорганизации. Самоорганизационные основы функционирования исследуемой сферы как разновидности социально-правовых управленческих систем являются производными от диспозитивных начал гражданско-правового регулирования и обусловлены особенностями отраслевых предмета, метода и механизма правового регулирования. В частности, самоорганизационные начала лежат в основе формирования актов локального регулирования, заключения договоров, совершения односторонних сделок, оформления и размещения ценных бумаг и т. п.

Отмечается и сугубо прагматическая цель, которую преследует предоставление участникам гражданских правоотношений определенного простора для самоорганизации социально-правовых связей с их участием. В идеале это позволяет максимально учесть их разносторонние интересы в ходе приобретения и осуществления ими субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей в рамках этой особой регламентационной среды.

Специфика односторонне-управомочивающих и договорных актов саморегулирования состоит в их универсальности как правовых средств опосредования оборотоспособности и других динамических аспектов функционирования гражданского оборота. Важным является и то, что законодательное стимулирование и совершенствование ненормативного (индивидуального) регулирования и саморегулирования как составляющих единого механизма праворегуляции позволяют решать проблемы заполнения нежелательных пробелов в гражданско-правовом регулировании.

Автор приходит к выводу о том, что наряду с дальнейшим совершенствованием определенных актами гражданского законодательства Украины нормативных механизмов одной из приоритетных задач были и остаются всемерное стимулирование и развитие самоорганизационных начал формирования моделей своего правомерного поведения самими участниками гражданских правоотношений. В сфере конструирования, принятия и применения средств индивидуального регулирования и саморегулирования их следует рассматривать как взаимосвязанные направления обеспечения совершенствования регулятивных механизмов, применяемых в частноправовой сфере.

В *главе 4 «Проблема определения места семейного права в общей системе права» (автор – И. В. Жилинкова)* рассматривается вопрос о природе семейно-правовых норм и месте семейного права в системе права. Для науки семейного права характерной является давняя дискуссия об автономии семейного права или принадлежности его к праву гражданскому.

Автор исследует указанную проблему в аспекте развития научных взглядов, начиная с работ дореволюционных цивилистов и заканчивая позициями современных ученых. Она выделяет три этапа обсуждения этого вопроса: а) дискуссию дореволюционных цивилистов; б) споры теоретиков и прак-

тиков послереволюционного периода, развитые в дальнейшем цивилистами советского времени; в) дискуссии последних лет.

Отмечается, что, по мнению большинства дореволюционных ученых, семейное право относится к числу институтов гражданского права, поскольку существует единая частноправовая природа гражданских и семейных отношений. После революции 1917 г. теоретические взгляды на этот вопрос претерпели существенные изменения. Автор показывает, что на протяжении ряда десятилетий усилия ученых были направлены на поиск особенностей, присущих семейному праву, его отличий от права гражданского. При этом научный анализ проблемы дополнился явно выраженным политическим подтекстом. Споры о предмете и методе семейного права неизменно приводили к общим выводам о преимуществах советского семейного строя и, наоборот, о порочности буржуазной семьи, которая основывается на выгоде и имущественных расчетах. Логическим продолжением концепции «семейное право – самостоятельная отрасль права» была раздельная кодификация гражданских и семейно-правовых норм.

Отмечается, что в последние годы в Украине вновь возник интерес к проблеме места семейного права в системе права, что связано в первую очередь с новой кодификацией гражданского и семейного законодательства. Анализируя этот вопрос в современных реалиях, исследовательница исходит из того, что каждая самостоятельная отрасль права характеризуется своим собственным предметом и методом правового регулирования. Отношения, которые регулируются нормами такой области, должны существенно отличаться от всех других отношений, а метод, с помощью которого осуществляется их регулирование, – представлять собой уникальную композицию средств и приемов правового влияния.

В отношении семейного права нельзя найти необходимый уровень уникальности применительно как к предмету, так и методу правового регулирования. Отношения, составляющие предмет семейного права, характеризуются равенством участников, их личной и имущественной автономией, что присуще всем гражданско-правовым отношениям. В процессе регулирования семейных отношений применяется и общий диспозитивный метод гражданского права. Отдельного, самостоятельного метода, который бы принципиально по-новому определял порядок регулирования семейных отношений, не существует. Таким образом, гражданские отношения, в том числе отношения семейные, – это сфера частного интереса, личной и имущественной обособленности субъектов, самостоятельного определения целей и способов их достижения, сфера личной свободы и собственного усмотрения. «Вкрапления императивного характера» осуществляются лишь при необходимости защиты семейных прав.

Подводя итог изложенному, автор отмечает, что с учетом общих тенденций современного развития права есть основания считать, что семейное

право составляет подотрасль гражданского права, хотя в системе гражданского права оно характеризуется определенной обособленностью, которая обуславливается особенностями семейных отношений и своеобразием средств их правового регулирования.

Раздел 3 монографии состоит из пяти глав.

В *главе 1 «Факторы, характеризующие гражданское право Украины как отрасль частного права» (автор – В. И. Борисова)* речь идет о предмете, методе правового регулирования, а также о присущих гражданскому праву принципах и функциях – регулятивной, охранительной, компенсационной и превентивной. Возвращаясь к давней дискуссии о включении в предмет гражданско-правового регулирования всех личных неимущественных отношений, автор отмечает, что регулятивная функция гражданского права в отношении личных неимущественных прав проявляется в форме юридического признания принадлежащих каждому физическому лицу неотчуждаемых неимущественных благ и свободы определять свое поведение в индивидуальной жизнедеятельности по своему усмотрению, исключая вмешательство со стороны других лиц, кроме случаев, прямо предусмотренных законом. К характерным признакам личных неимущественных прав исследовательница относит то, что они являются составляющей содержания гражданской правоспособности физического и юридического лиц. Что касается имущественных отношений, которые регулируются гражданским правом, то это конкретные, присущие товарному производству, объективные по своему содержанию и волевые по своей форме отношения, основанные на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников. Имущественные отношения по правовой природе традиционно классифицируются на вещные (абсолютные) и обязательственные (относительные), что отражено и в структуре системы ГК. Вместе с тем указывается и на такие отношения, которые нельзя безоговорочно отнести к имущественным отношениям в традиционном понимании этого слова (корпоративные, отношения, возникающие на основании предварительного договора, и некоторые другие), главную функцию которых автор видит в обслуживании других гражданских правоотношений – неимущественных и имущественных. Так, корпоративные отношения, по мнению В. И. Борисовой, – это смешанные имущественно-организационные отношения, в которых организационные элементы направлены на обслуживание как вещных, так и обязательственных отношений.

Глава 2 «Концептуальные начала компенсационной функции гражданского права» (автор – С. Н. Приступа) перекликается с тематикой предыдущих авторов, освещая вопросы содержательной сущности гражданского права. Автор исходит из того, что гражданско-правовое регулирование общественных отношений строится преимущественно на компенсационных началах, что обусловлено отношениями имущественного характера и в пер-

вую очередь товарно-денежными отношениями, регулируемые гражданским правом. В главе содержится многоаспектный анализ понятия функции и выявления ее сущности, которая заключается в значении (или социальном предназначении) права или соответствующего направления правового влияния на общественные отношения, или одновременно то и другое.

Вычленив две группы функций – социальные и собственно юридические, автор указывает на исходный момент функций гражданского права в юридическом значении – наряду с регулятивной и охранительной функциями самой важной при этом является устранение неблагоприятных имущественных или неимущественных последствий, возникающих в сфере определенных субъектов права и обусловленных соответствующими, предусмотренными в законодательстве или договоре обстоятельствами либо фактами, имеющими юридическое значение. Эти последствия большей частью возможны в виде причинения имущественного или морального (неимущественного) вреда; приобретения или сохранения имущества за счет средств другого лица без достаточных оснований; неисполнения или ненадлежащего исполнения договорного обязательства, вследствие чего одна из сторон договора несет определенные убытки и т. п. Гражданское право при этом становится на сторону последних и выполняет задачу по устранению потерь, возникших у потерпевшего лица. Именно в этом автор видит содержательную сущность категории компенсационной функции гражданского права как обобщенного или собирательного понятия. Демонстрируя верность этого утверждения, С. Н. Приступа обращается к различным примерам, в частности, указывая на обязательство по возмещению убытков, возникающее вследствие «переформатирования» неисполненного обязательства, чем обеспечивается юридическая возможность устранения негативных последствий, возникающих на стороне кредитора вследствие ненадлежащего исполнения должником договорного обязательства.

Автор считает большим преувеличением утверждение о тождественности понятий «компенсация» и «возмещение», хотя и тесно связанных между собой. Совпадения между ними не существует ни по объему, ни по назначению, ни по способу реализации, если имеют место потери, не подлежащие денежно-стоимостной оценке. Поэтому, выполняя роль возмещения, компенсация конкретизирует, уточняет эту роль и определяет характер возмещения.

В главе 3 **«Понятие источника гражданского права в контексте современного правопонимания»** (автор – **О. А. Первомайский**) рассматривается сочетание понятий «право» и «источник права» с неизбежными попытками проникнуть в сущность каждого из них или, по крайней мере, охарактеризовать одно из возможных проявлений этих понятий вовне либо сформулировать их определения. Отмечая тот факт, что современной отечественной юриспруденции так долго пришлось идти к этому умозаключению

о нетождественности права закону, автор напоминает об извечной истинности утверждения о том, что право возможно познавать, но невозможно познать. Однако он заявляет и то, что эволюция отечественной юриспруденции дает определенные шансы на успехи в познании феномена права, в результате которого право в различных своих аспектах (гранях, проявлениях) может быть зафиксировано в своих внешних формах – источниках права. Право действительно может быть познано и текстуально или иным образом зафиксировано в тексте закона, правовом обычае, судебном прецеденте и т. п., но от этого право не превращается в тождество ни одного из источников права в отдельности, ни их совокупности. Источник права видится автору не как само право, а лишь как результат опыта определенного субъекта (законодателя, судьи и др.) в познании права для перспективного или ретроспективного урегулирования определенных общественных отношений.

Автор признает, что фактическое воплощение права в его источнике во всех без исключения случаях недостижимо. В такой ситуации созданный источник права таковым не является, ибо он содержит и продуцирует вовне нечто не соответствующее праву. Тем не менее подобного рода негативные результаты правопознания не дают оснований для отказа от общей презумпции правомерности источников права, т. е. их соответствия праву. Если же вновь созданный или еще существующий источник права противоречит познанному и сформированному представлению о праве, то он, безусловно, должен рассматриваться как не подлежащий применению. Последнее может происходить путем признания этого источника неконституционным, незаконным, противоправным, его отмены и т. п.

В главе 3 содержатся рассуждения об иерархичности источников права; неэффективности применения ст. 4 ГК Украины; о необходимости согласования текста ГК со вновь принимаемыми законами в случае, если последние по-иному, чем ГК, регулируют гражданские отношения; безосновательном расширительном толковании положений ч. 5 этой статьи, следствием чего является нормотворческая деятельность в сфере создания актов гражданского законодательства местных органов государственной власти и органов местного самоуправления; индивидуальном юридическом акте как источнике права; локальных актах; судебных прецедентах или иных результатах осуществления правосудия. Все это в совокупности являет собой максимально разнообразную картину той палитры проблем в сфере источников права, которую возможно представить в рамках этой главы монографии. Предложенные в ней суждения заслуживают того, чтобы еще и еще раз осмыслить тот феномен, который мы называем источником права.

Глава 4 «Правила применения гражданско-правовых норм: современные проблемы» (авторы – В. И. Крат и Ю. В. Маца) посвящена проблематике правоприменения в его самом широком понимании – юрисдикционном и неюрисдикционном. Авторы акцентируют внимание на ключевых под-

ходах к юридической квалификации частнопрововых ситуаций, группируя эти подходы и формулируя на данной основе обобщенные правила правоприменения – иерархии, темпоральное, дифференциации.

Сущность правила иерархии трактуется в том смысле, что нормативно-правовые акты, содержащие гражданско-правовые нормы, должны применяться в зависимости от их юридической силы, которая определяется местом в системе актов гражданского законодательства. При этом безусловный приоритет принадлежит нормам международных договоров (действие которых следует ограничивать от нетипичных случаев действия норм закона (нормативно-правового акта) другого государства на территории Украины), что обусловлено процессом глобализации международного экономического и культурного сотрудничества, постоянным увеличением международной торговли. Важным аспектом правила иерархии является приоритетность норм ГК Украины перед нормами гражданского законодательства, содержащимися в иных нормативно-правовых актах, что получает все большее признание как в цивилистической доктрине, так и в юрисдикционной практике.

Темпоральное правило правоприменения предусматривает общий «алгоритм» действия норм во времени, усложненный их обратным и переживающим действием. Основным правилом действия правовых норм во времени является принцип немедленного действия, понимание которого было несколько осложнено в рамках правовой системы Украины резким (хотя и несколько искусственным) разграничением между вступлением нормативно-правового акта в силу и введением его в действие, что имело ярко выраженные политические причины и вряд ли будет поддержано правовой доктриной.

Под обратным (ретроактивным) действием следует понимать распространение действия актов гражданского законодательства на отношения, которые возникли до вступления их в силу, что возможно только в исключительных, особо оправданных случаях, поскольку разрушает стабильность правового регулирования. В главе 4 акцентируется на различиях максимальной обратной силы (действие нормы закона распространяется на определенные правоотношения с момента их возникновения) и ограниченной (или минимальной) обратной силы (норма закона действует из какой-либо другой, более ранней даты, чем она вступила в силу, но не с момента возникновения правоотношений). Поскольку обратное действие во времени связывается только с одной разновидностью актов гражданского законодательства – законом, авторы выражают сомнение относительно распространения этого правила на действие во времени других актов гражданского законодательства (подзаконных нормативных актов).

Переживающее действие гражданско-правовой нормы предлагается понимать как явление, противоположное по своей сущности обратному действию закона. Это сохранение юридической силы правовой нормы после утраты силы нормативно-правовым актом, в котором она содержалась. Такое

действие гражданско-правовых норм допустимо только в случае прямого указания на его возможность в акте гражданского законодательства, отменяющем соответствующий ранее действовавший нормативно-правовой акт, или же в силу прямых указаний нормативно-правового акта высшей юридической силы, чем отменяющий нормативно-правовой акт.

Правило дифференциации предусматривает анализ нормативного массива и выбор подлежащей применению нормы по правилам о соотношении общей и специальной норм. Разновидностью данного правила являются правила о действии норм права по субъектному составу и в пространстве. Содержание правила дифференциации составляет исключительно противопоставление общей и специальной норм права с превалированием последней. При этом понятие общей и специальной нормы являет собой отражение соотношения двух отдельных, изолированных от всех прочих норм права, предмет регулирования которых соотносится как целое (для общих норм) и часть (для специальных норм). В силу этого общие и специальные нормы являются парной категорией; определение общих норм безотносительно к специальным и, наоборот, теоретически бессмысленно и практически бесполезно.

Отмечается, что противопоставление специального законодательства общему не следует смешивать с противопоставлением специальной и общей норм права: не могут считаться специальными нормы, конкретизирующие содержание, порядок и условия (в том числе дополнительные) применения иной нормы без установления качественно иного правового режима для соответствующих видовых отношений.

В главе 5 «Проблемы толкования гражданско-правовых норм и индивидуальных актов» (автор – В. К. Антошкина) рассматриваются вопросы, касающиеся сущности, причин, способов и видов толкования. Используя наработки по данной проблематике, выработанные общей теорией права, автор рассматривает их применительно к отраслевым особенностям гражданского права.

Одной из основных причин повышения актуальности вопросов толкования являются отсутствие ясного, четкого языка нормативных актов, неточность формулировок, двусмысленность, что и подтверждается примерами из действующего законодательства. В главе особое внимание уделено актам толкования высших судебных органов, так как они издаются на основе анализа и обобщения судебной практики с целью единого толкования и применения законов, характеризуются высоким профессиональным уровнем, служат ориентиром для судебной практики.

Значительная часть рассуждений посвящена вопросам толкования сделок, поскольку выяснение действительных намерений лиц, их заключающих, необходимо для правильной реализации сделки. Анализ норм действующего гражданского законодательства по указанному вопросу позволяет говорить не о превалировании в чистом виде какой-то одной из теорий толкования,

а скорее об их комплексном использовании, что объясняется невозможностью толкования многочисленных и разнообразных договоров в рамках только одной теории. Однако недостатком этих норм названо отсутствие каких-либо положений, которые бы учитывали особенности толкования тех или иных видов договоров.

Автор делает вывод о том, что хотя современной юридической наукой и практикой выработаны определенные устоявшиеся правила толкования, этот процесс подлежит дальнейшему изучению и совершенствованию в соответствии с последними тенденциями развития общества и права.

Глава 6 «Гражданско-правовая охрана личных прав человека» (автор – Н. В. Коробцова) посвящена проблеме изучения личных прав человека как особой группы прав, отличных от политических и экономических. Автор рассматривает личные права как совокупность законодательно закрепленных, неотделимых от личности абсолютных благ, лишенных экономического содержания и предоставляющих лицу возможность по своему усмотрению, без вмешательства иных лиц, определять свое поведение в сфере личной жизни. Личные права, регулируемые нормами гражданского права, существуют независимо от их нарушения. Однако, признавая за тем или иным лицом определенные субъективные права, законодатель предоставляет управомоченному лицу и право на их охрану.

Предлагается рассматривать гражданско-правовую охрану личных прав человека как установленную государством и законодательно закрепленную систему мер и способов, обеспечивающих человеку в рамках общественно-го бытия реальную возможность распоряжения своими личными правами, ограждающую его личную жизнь от незаконных вмешательств.

Гражданское законодательство, предоставляя управомоченному лицу определенные возможности, составляющие содержание права на охрану, одновременно обеспечивает их осуществление, реализацию соответствующими способами защиты. Автор отмечает недопустимость отождествления понятий «способ защиты», «мера защиты» и «средство защиты».

Способы воздействия на виновное лицо, являясь способами защиты, применяются при нарушении гражданских прав как определенной совокупности, отдельной подсистемы прав человека. Учитывая то, что воздействие следует соотносить с характером и видом самого охраняемого права, делается вывод о том, что закрепленный в законодательстве перечень способов защиты гражданских прав полностью применим лишь для защиты имущественных прав человека. Объясняется это тем, что личные права обладают рядом особенностей, которые должны учитываться при выборе способа защиты этих прав.

Автор констатирует, что все способы защиты личных прав можно классифицировать на: способы защиты, имеющие целью пресечь нарушение или устранить угрозу нарушения личного права, его непризнание или оспори-

мость (признание права, прекращение действий, нарушающих право, и др.); способы защиты, имеющие целью восстановить нарушенное личное право (восстановление положения, существовавшего до нарушения, опровержение и др.); способы защиты, имеющие целью компенсировать вред, связанный с нарушением или угрозой нарушения личного права (возмещение убытков, компенсация морального вреда и др.).

Раздел 3 состоит из трех глав.

В *главе 1 «Дефекты в праве: к постановке проблемы казуального творчества» (автор – О. П. Печеный)* затрагивается недостаточно разработанная в цивилистике проблема дефектов в праве. Применительно к дефектам источников права автор анализирует причины их возникновения, которые в основном находятся за пределами собственно деятельности правотворческих и правоприменительных органов, а представляют собой результат действия группы факторов. К ним следует отнести непрофессиональный подход к разработке и принятию законодательных актов, недостаточную информированность законодателя, игнорирование мнения ученых и научных разработок, откровенное лоббирование интересов отдельных социальных групп и др. Выделяются такие виды дефектов, как пробелы в праве, ошибки, архаизмы, абсурдность в праве. Раскрывая их сущность, автор приводит многочисленные примеры дефектов в праве, которыми изобилует действующее законодательство Украины. По его мнению, результатом дефектности являются количественное увеличение удельного веса источников права, внедрение судебного правотворчества и прецедентного права. Устранение дефектов права судом должно иметь творческий характер, что ранее охватывалось понятием «казуальное творчество» в праве. Требования к казуальному творчеству достаточно серьезны. Важно не допустить его перерастания в казуистику, не дав ему одновременно и стать судьейским произволом.

Интересен подход к анализу новых гражданско-правовых отношений, проделанный *В. И. Кратом*, – *глава 2 «Нетипичность в гражданском праве»*, который небезосновательно утверждает о необходимости критического пересмотра некоторых непоколебимых аксиом в науке с изменением экономических условий и использованием в законодательстве новых правовых конструкций. Безусловное влияние на это имеет интенсивное развитие общественных отношений, которое детерминирует появление новых либо трансформацию или даже видоизменение тех или иных объектов права. В современных условиях выдвигаются качественно новые требования к развитию и регулированию общественных отношений, на которые не всегда своевременно и адекватно реагирует право. В правовой сфере традиционно принято использовать для правового регулирования общественных отношений «классические» правовые средства, выработанные и отточенные веками, под которые «подстраиваются» новые отношения. В результате часто возникает конфликт между традиционным пониманием того или иного право-

вого явления и его новым позиционированием, складывающимся в силу тех обстоятельств, которые вынуждают к пересмотру стереотипов. Вместе с тем юридическая наука демонстрирует гиперконсерватизм в этом отношении, хотя отдельные ученые пытаются раскрыть, объяснить либо же сгруппировать некоторые правовые явления с позиций их нетипичности, несоответствия тем правовым средствам, которые применяются для регулирования сложившихся общественных отношений. Об этом свидетельствует использование в доктрине таких понятий, как аномалии, нетипичные явления, нетипичный институт, нетипичная конструкция, квазюридическое лицо, квазипубличная корпорация, квазиправительственная организация, квазиорган квазюридического лица, квазисубъектное образование, нетипичный объект, квазиденьги, нетипичные объекты интеллектуальной собственности, квазисделка, квазиисключительное право, квазиобязанности, нетипичные договорные отношения, нетипичная договорная конструкция и пр. Констатируя тот факт, что современная доктрина лишь указывает на необходимость объяснения феномена нетипичности без выдвигания адекватных и обоснованных предложений относительно ее роли в гражданском праве, автор пытается разобраться в этом вопросе. Отталкиваясь от римского частного права, он прослеживает эволюцию нетипичности с воздействием сформированных еще в те времена взглядов на современное развитие отдельных институтов гражданского права.

Исследователь указывает на потребность в анализе проявлений нетипичности, в частности, относительно: а) юридических лиц (технопарки, бизнес-инкубаторы, промышленно-финансовые группы, фонды финансирования строительства и операций с недвижимостью); б) объектов гражданских прав (электронные деньги, бездокументарные ценные бумаги, исключительные права); в) сделок (электронные сделки, электронная цифровая подпись); г) вещного права (доверительная и публичная собственность); д) наследственного права (завещательные распоряжения).

Во всех перечисленных случаях он усматривает одну и ту же тенденцию – существует основное правовое явление (будь то конструкция юридического лица, объекта гражданских прав и т. д.), рядом с которой зарождается и развивается другое правовое явление. Причем последнее может как моделироваться на основе полного сходства с основным, так и противопоставляться ему со своими видоизменениями.

Глава 3 «Понятие и признаки коллизии субъективных гражданских прав» (автор – М. В. Ус) посвящена исследованию понятия коллизии субъективных гражданских прав путем выделения его характерных признаков.

Изучение вопроса коллизий субъективных гражданских прав в историческом аспекте позволило автору прийти к выводу о том, что как в советских, так и в современных юридических источниках понятие коллизии прав практически не используется. Если речь идет о коллизиях, то имеются в виду

в основном только коллизии норм права. Значительно большее внимание проблематике коллизий прав уделялось в научных работах конца XIX – начала XX в., хотя и тогда их исследование было в основном фрагментарным и этих вопросов касались в общих курсах римского/гражданского права.

В отличие от сложившегося мнения о том, что коллизия прав может возникнуть в случае наличия у нескольких лиц субъективных гражданских прав касательно одного и того же объекта при невозможности полного совместного их осуществления, М. В. Ус считает иначе. По ее мнению, если у прав нескольких лиц разные объекты, то может наблюдаться невозможность их параллельного осуществления в полном объеме.

Указываются формы проявления коллизий субъективных гражданских прав и отмечается, что коллизия имеет место тогда, когда права, которые принадлежат различным лицам, находятся в динамике (на стадии реализации). Именно при таком условии наблюдается невозможность параллельного осуществления таких прав в полном объеме. При коллизии прав сферы возможного поведения управомоченных лиц накладываются друг на друга, что приводит к сбою в механизме реализации обоих или одного из соответствующих гражданских прав. Вследствие этого лица не могут в полной мере удовлетворить интересы, опосредованные соответствующими правами.

В процессе исследования автор формулирует признаки коллизии прав, исследует вопросы ее соотношения с категориями нарушения и ограничения субъективных гражданских прав.

В качестве логического вывода предлагается определение коллизии субъективных гражданских прав как нетипичной правовой ситуации, которая состоит в невозможности параллельного осуществления в полном объеме субъективных гражданских прав, принадлежащих разным лицам, ибо реализация любого одного из соответствующих прав в полном объеме препятствует полностью/частично осуществлению другого (других) или приводит к его прекращению.

И. В. Снасибо-Фатеева

РАЗДЕЛ 1

ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЕ НАСЛЕДИЕ

Глава 1. Творческие задачи в современном гражданском праве

Считал приятным для себя долгом со своей стороны как представитель кафедры гражданского права в Харьковском университете приветствовать рождение нашего общества и пожелать ему энергичной и плодотворной деятельности. Я хотел бы обратить ваше благосклонное внимание на одну черту в нынешнем положении гражданского права, которое, как мне кажется, делает особенно необходимым существование ученых юридических обществ и вместе с тем сулит им благотворную и полезную деятельность. Мои уважаемые предшественники уже указали на пользу и необходимость юридического общества в различных, притом весьма веских точках зрения, – теперь мне, в частности, хотелось бы остановить ваше внимание на том, какие требования и запросы выросли и предъявляются в современном гражданском праве, и показать, что для их удовлетворения также необходима именно деятельность юридических обществ.

Если бы мы захотели в нескольких словах охарактеризовать положение современного гражданского права, то должны были бы сказать, что оно проникнуто стремлением к реформам, оно – на пути к переменам, оно требует больших творческих усилий. Творчество – вот то слово, которое характеризует то, в чем нуждается современное гражданское право.

Правда, путем творчества, а не какого-либо иного процесса возникло и все существующее гражданское право. Но, во-первых, это творчество, по крайней мере в своей главной, основной массе, про-

исходило очень давно, а во-вторых, новое творчество, требующееся теперь в гражданском праве, должно руководствоваться совсем иными задачами и осуществляться при совершенно иных условиях, чем некогда происходившее старое творчество.

Никто не станет спорить против того, что в основе современного гражданского права лежит римское право, которое является плодом весьма отдаленного от нас творчества. Путем многовекового исторического процесса, начавшегося задолго до начала нашей эры, оно достигло своего полного – и материального, и формального – завершения пятьсот лет спустя после Р. Х. в кодификации императора Юстиниана. Вот это давнее римское творчество создало миру огромную массу гражданского права, тонко развитого, детально выработанного, систематически построенного. Всеми признано, что римский народ, с его огромной волевой энергией и с его холодным рассудком, был особенно способен и пригоден к созданию системы гражданского права, и он выполнил эту задачу с таким совершенством, которое, по справедливости, служит предметом удивления и восхищения. Но это римское правовое творчество совершилось, закончилось и, к счастью, – сохранилось в виде богатого наследства для последующих народов. Трудно сказать, как бы сложилось правовое развитие новых европейских народов без этого наследства, каких усилий стоили бы им муки рождения собственного права и какого качества было бы это право, но они это наследство получили и этим надолго, на много веков вперед, была бесконечно облегчена их правовая задача и был предустановлен тот внутренний процесс, которому предстояло заполнить их правовую жизнь в области гражданского права: на место собственного творчества стала рецепция, заимствование, усвоение и присвоение чужого права. Не везде эта рецепция происходила, так сказать, с одинаковой наглядностью и очевидностью, не везде она была приурочена прямо к текстам *Corpus juris civilis*, – римское право заимствовало и косвенно через византийские сборники, через кодексы, уже раньше воспринявшие в себя римскую основу, наконец, еще более косвенным путем влияния доктрины и ученой разработки права, – но в глубине и в существе правовой процесс заключался все-таки не в творчестве и изобретении, а в заимствовании и прилаживании. Правда, источники национального юридического творчества нигде не были совершенно иссушены и уничтожены рецепцией; они продолжали кое-где сочиться не очень обильными струями; правда и то, что наряду с реципированной римской основой новые европейские народы самостоятельно выработали некоторые институты, ко-

торых не было в римском праве, т. е. создали то, что именуют новообразованиями в современном европейском гражданском праве; но все эти новообразования не так-то значительны и по своей массе и по своей роли в нынешнем праве: целое здание современного гражданского права все еще остается римским и по своему фундаменту, и по главной массе своего материала, и по основному стилю своей постройки.

Итак, мы все еще живем в области гражданского права богатым римским наследством, но мы им уже недовольны. Мы не только не считаем уже римское право *ratio scripta* (писанным разумом), как его некогда называли, – не только усматриваем его частные недостатки, не только стремимся внести в него технические улучшения, – но мы начинаем сомневаться в вечной незыблемости самых его устоев, мы хотели бы передвинуть здание нашего гражданского права на иную, не римскую основу.

Все эти новые влияния и течения с особенной силой и ясностью сказались при выработке нового германского уложения, ныне ставшего уже действующим законом. Как известно, первый проект этого уложения, окрещенный насмешливой кличкой «маленького Виндшейда», представлял собою осколок римского права, и это возбудило в Германии всеобщее и решительное осуждение. Проект был подвергнут суровой критике, и мало-помалу оппозиция этому проекту пришла к двум лозунгам, одинаково отрицательным для его «римского» характера: гражданский кодекс должен быть национальным, с одной стороны, и социальным, с другой – вот что говорили с упреком «маленькому Виндшейду» из разных лагерей. Но что значит, чтобы гражданский кодекс был «национальным»? Это требование может иметь два совершенно различных смысла: или этим хотят сказать, что гражданский кодекс должен быть плодом собственного, самостоятельного национального творческого усилия, или этим требуют, чтобы гражданское право было наряжено в разные архаические принадлежности старых национальных учреждений. Собственно, ни то, ни другое требование не подходит, как следует, к гражданскому праву: второе – потому, что оно совершенно аналогично желанию облечь современных джентльменов и дам в какие-нибудь старинные костюмы, а первое – потому, что гражданское право есть та область, где меньше всего может быть места национальной обособленности, – где, наоборот, царит универсальная всеобщность. Римское право потому и овладело миром, что оно было по своему характеру универсальным, потому что оно, хотя и образовалось в пределах одного государства, но государства, охва-

тившего собой весь тогдашний мир, потому что в основе его лежало *jus gentium*. То право, которое сменит собою у новых народов право римское, будет, конечно, также правом универсальным, да вряд ли оно будет и плодом отдельного усилия какого-либо одного народа, будь это даже сами немцы. Наверное, можно сказать, что оно будет создано совместной работой многих народов, в которую каждый из них будет вносить свою посильную лепту. Ввиду этого и желание создать «национальное» гражданское право надо признать, собственно, неосуществимой химерой. По крайней мере, немцы при всем желании не создали себе национального кодекса¹.

¹ Конечно, сами немцы, особенно защитники кодекса, едва ли согласятся с тем, что недавно созданное ими гражданское уложение не может быть признано «национальным», – однако для всякого беспристрастного наблюдателя это совершенно ясно. Впрочем, к моему удовольствию, я могу привести здесь в подтверждение в правильности отрицания за германским уложением национального характера выдержку из доклада одного из самых горячих и талантливых защитников уложения, – выдержку, в которой он называет германское уложение национальным, а характеризует его так, что становится очевидным совершенно обратное. Я имею в виду здесь доклад Зомы (как известно, он был даже официальным защитником проекта уложения при обсуждении его в рейхстаге), сделанный им летом в 1900 году в Париже на международном конгрессе сравнительного права под названием «Le code civil francais et le code civil allemand». Сопоставляя между собою французский и немецкий кодексы, Зом говорит следующее: «Французский гражданский кодекс и немецкий кодекс одинаковы по своему существу (sont de la mēme essence). Оба выражают жизнь и силу третьего сословия. Оба являются памятниками национальному единству и гражданской свободе. Оба будут жить до тех пор, пока обе эти две великих идеи будут сохранять свою власть над миром» (р. 8). Не ясно ли, что национальная идея в этой выдержке играет роль простого украшения, тогда как центр тяжести покоится на гражданской свободе, в чем действительно немецкий кодекс подообен французскому, только с опозданием на целое столетие?

В другом месте этого же доклада Зом так характеризует немецкое уложение, уже не сопоставляя его с французским: «Немецкое гражданское уложение, как и все в наше время, носит на себе печать торговли и оборота. Интерес оборота является господствующим. Этот интерес оборота торжествует в нем даже в области семейного и наследственного права. Третий добросовестный приобретатель – вот его главная фигура. Интерес последнего всегда рассматривается как решающий. Точка зрения обеспеченности совершившихся добросовестных соглашений проведена и поставлена в нем удивительной техникой. Интерес собственности отступает перед интересом оборота». Энергия, с которой приведен этот принцип, составляет характерную особенность германского уложения. Дух, проникающий собою это уложение, есть дух бюргера, горожанина, кушца. Германское гражданское уложение, по существу, содержит в себе право городское, право буржуазное («droit urbain, droit bourgeois»). Именно из права городов (du droit des villes) вытекло это нынешнее имперское право (р. 5). Разве эта мягкая и прекрасная характеристика внутреннего существа германского уложения, исходящая притом от столь авторитетного ученого, не представляет собою прямого отрицания его, будто бы, национального характера? Разве третий добросовестный приобретатель, горожанин, буржуа – национальная фигура?

Иначе обстоит дело с требованием, чтобы гражданский кодекс был «социальным». Над ним, действительно, стоит призадуматься, и едва ли не оно должно быть признано указателем предстоящего современному гражданскому праву дальнейшего пути и целью будущих творческих усилий в этой области.

В самом деле, почему мы недовольны системой римского гражданского права? Кажется, еще Гейне, со свойственным ему остроумием, назвал где-то римское право «библией эгоизма». И эта характеристика должна быть признана удивительно меткой. Система римского права вся насквозь проникнута если не прямо эгоизмом, то полным индивидуализмом. В сфере имущественных отношений она дает индивидууму полный простор, освобождает ее от всяких «союзных» оков и ограничивает только таким же простором и такой же свободой других индивидуумов. Когда устраивают поединок или состязание между несколькими лицами, тогда им отводят свободную площадь и уравнивают их во всех внешних отношениях, чтобы поставить исход борьбы в зависимость только от личных сил и способностей каждого. Вот это именно и есть основной принцип римского гражданского права в сфере имущественного оборота: здесь каждый получает свободное поле для проявления своих сил и способностей, здесь никто не имеет правовых имуществ перед другими, здесь все равны и свободны – и исход борьбы зависит только от личных качеств бойцов.

Не трудно видеть, что такая система в высокой степени благоприятна одному – а именно проявлению и развитию личных индивидуальных сил. Будучи свободной гражданской личностью, каждый здесь понимает, что его благополучие или несчастье зависит только от него самого, от его личных усилий, находчивости, умения, выносливости, терпения и проч.; с другой стороны, всякий знает: то, что он своими силами отвоюет у природы или у других бойцов, то за ним право закрепит прочно и незыблемо, ибо это право допускает полное присвоение во власть лица всех имущественных объектов (институт частной собственности) и полную свободу взаимных соглашений (свобода договора). Эта система благоприятствует развитию сил и способностей личности больше, чем всякая другая, – и в этом не только ее историческое оправдание, но и ее историческая необходимость: без предварительной школы этого крайнего индивидуализма силы личности не достигли бы такого высокого напряжения и расцвета, не выковались бы так, как это можно наблюдать в древнем римлянине или в современном американце или англичанине.

Но если эта система так благоприятна формированию и выработке личности, то как она должна отзываться в экономической области, каково ее влияние на силы и формы экономического быта?

Мы едва ли ошибемся, если скажем, что она особенно благоприятна энергии производства и накоплению богатств. Свободная личность, предоставленная своим собственным силам и уравненная в правовом отношении с другими личностями, развивает на экономическом поле *maximum* деятельности, чтобы достигнуть *maximum* благополучия. Экономическая борьба всех подстегивает и разыгравшийся в этой борьбе личный эгоизм не находит предела своим желаниям, — чем больше здесь приобретают, тем больше хотят, здесь *Pappelit vient en mangeant...*

Но и это влияние индивидуализма уже не на личность, а на экономический быт также должно быть признано провизорно благотворительным и совершенно необходимым. В самом деле, для того чтобы обеспечить материальное благополучие все возрастающему человечеству, надо прежде всего накопить известную массу богатств и развить достаточную энергию производства, — только после этого можно с пользой поставить проблему справедливого распределения.

Таковы основные тенденции системы полного индивидуализма, воплощенной в римском праве. Теперь представим себе, что должно получиться после того, как эта система действовала достаточно долго; это тем менее трудно, что результаты продолжительного действия этой системы можно прямо наблюдать в современной Европе и Америке. Силы личности не только мобилизованы и развернуты, но даже до крайности напряжены: экономическая борьба ведется если не с полной беспощадностью, то все же с достаточным пренебрежением интересов других; в этой борьбе все шансы пущены в ход, и исход ее в каждом отдельном случае зависит от сложного соотношения обстоятельств, где тонко учтен каждый фактор, взвешено каждое влияние. Но силы и способности отдельных личностей не равны и не могут быть равны, так же как и энергия отдельных народов, взаимно соперничающих между собой на международном экономическом поприще. И вот мы видим одно и то же явление как внутри современных обществ, так и в международной сфере: преобладание более сильных над более слабыми и стремление довести это преобладание до крайних возможных пределов. Внутри общества более сильные не останавливаются перед тем, чтобы обречь массы на совершенно зависимое экономическое существование, а в международной сфере более энер-

гичные народы совершенно открыто стремятся к экономическому захвату лучших, производительных сил земного шара и к экономическому порабощению не только низших, но и вовсе не низших народов. Конец прошлого века узрел уже открыто провозглашенную теорию англосаксонского владычества над миром, да и теперь мы, кажется, не далеки от проектов раздела этого господства между англосаксами и немцами с подчинением им всех остальных.

Так обстоит дело с силами и энергией личности: что касается экономических результатов ее свободной деятельности, то они выражаются в огромном накоплении богатств, в весьма напряженном и обширном производстве и – в крайне неудовлетворительном распределении, где трудно мириться с обоими крайними полюсами, – с одной стороны, с безмерным сосредоточением благ в одних руках, а с другой – с полным их отсутствием; с одной стороны, с безумием миллиардерства, а с другой – с бедствием полного пауперизма, возвращающего его несчастных представителей на степень дикарей в современном цивилизованном обществе...

После всего сказанного не будем ли мы вправе придти к выводу, что система индивидуализма, воплощенная в римском гражданском праве, реципированном и новыми народами, уже в полной мере дала свои хорошие результаты – развитие сил личности и накопление материальных благ – и начинает все более и более обнаруживать свои дурные стороны – эгоистичное торжество сильного над слабым и крайне неравномерное распределение богатств? Продолжать идти все в ту же сторону не значило ли бы это придти, с одной стороны, к нищезанскому *Uebermensch*’у, не встречающему никаких экономических препятствий к удовлетворению малейших поползновений своей прихотливой и капризной натуры, а с другой – к массе «низших» натур, обреченных на роль живого придатка к сложным машинам и механизмам и предназначенных почти к животному существованию. Правда, некоторых почему-то болезненно увлекать в этот уродливый общественный идеал, но большинство здоровых и здравых людей, конечно, не могут ему сочувствовать и начинают чувствовать и сознавать, что надо уменьшить простор, отведенный индивидуализму, что пришла пора не только ставить на его путях турникеты и загородки, но и подумать о замене его, даже и в области гражданского права, общественным началом. Вот что и есть истинный смысл ярко выступивших при новейших кодификациях стремлений устранить «римскую» основу гражданского права и сделать его более социальным.

«Защита слабых, покровительство обездоленным и не владеющим» – вот требования, которые со многих сторон были предъявлены последней германской кодификацией, и эти же требования высказаны и у нас нашей русской кодификационной комиссией. «Закон прежде всего должен быть справедливым, – читаем мы в объяснительной записке к проекту пятой книги уложения, исходящей от нашей русской редакционной комиссии. – Ограждая равноправность сторон в обязательственных отношениях, закон вместе с тем должен оградить интересы всех слабых, беспомощных – словом, всех тех, кто по своему личному или имущественному положению нуждается в особенной защите закона, не будучи в состоянии с достаточной энергией отстаивать свои права».

Таким образом, на наших глазах преломляются основные задачи гражданского права: последнее переживает момент, какого оно еще не переживало в течение всей новой европейской истории. До сих пор европейское гражданское право стремилось к высвобождению личности от разных феодальных и иных старинных пут и оков; лучшим помощником ему в этом было римское право, которое поэтому жадно впитывалось во все европейские кодексы. Но теперь эта задача закончена – во Франции, например, еще в начале века с изданием *Code Napoleon* – личность высвобождена, энергия ее развернута, и перед нами выросла теперь другая задача – направить эту энергию в общественное русло, согласовать интересы частные с интересами общественными.

Задача огромной важности, но и величайшей трудности! Можно сказать, что только немногие умы взвешивают и усматривают в настоящее время все трудности этой задачи. Излюбленный и легчайший путь, которым обыкновенно идет человеческое мышление, – это мышление по противоположности. Когда начинают сознавать неудовлетворительность или нежелательность какого-либо явления, тогда задачу о том, что же нужно и желательно, разрешают весьма простым способом: объявляют нужным и желательным как раз противоположное. Но – увы! – этим обнаруживают и *minimum* творчества, и *minimum* благоразумия. Что-нибудь стоит не так, ну значит, надо его поставить вверх ногами – вот способ мышления, с которым постоянно приходится бороться, в особенности общественному философу. Этот способ делает легкой всякую задачу, но – увы! – только до тех пор, пока воздерживаются от ее практического осуществления, а как только приступают к последнему, действительность дает жестокие уроки.