
С.С. Алексеев

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ

■ Том 1

Гражданское право: Сочинения 1958—1970 годов

- Предмет советского социалистического гражданского права
- Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки грузов
- Статьи
- Комментарий

■ Том 2

Специальные вопросы правоведения

- Структура советского права
- Общие дозволения и общие запреты в советском праве

■ Том 3

Проблемы теории права: Курс лекций

■ Том 4

Линия права. Концепция: Сочинения 1990–х — 2009 годов

- Уроки. Тяжкий путь России к праву
- Круг замкнулся: Повесть о праве
- Тайна и сила права
- Право собственности: Проблемы теории
- Статьи

■ Том 5

Линия права. Отдельные проблемы концепции

- Самое святое, что есть у Бога на земле: Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху
- Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи

■ Том 6

Восхождение к праву

- Восхождение к праву: Поиски и решения

■ Том 7

Философия права и теория права

- Философия права
- Частное право: Научно-публицистический очерк
- Гражданское право в современную эпоху:
Заметки к постановке проблемы
- Статьи, полемические заметки

■ Том 8

Учебники и учебные пособия

- Право: Законы, правосудие, юриспруденция
в жизни людей: Учебное пособие
- Государство и право: Учебное пособие
- Азы права: Азбука права для всех
- Гражданское право: Учебник. Раздел I:
Общие положения

■ Том 9

Публицистика

- Два имени
- Право – надежда наша
- Заметки по философским проблемам
- Максимы
- Горбачев и Ельцин
- Статьи
- Идеология перестройки. 1992–1995 гг.

■ Том 10

Литературно–художественные произведения

- Повести и рассказы
Книга первая. Детство
Книга вторая. О любви

■ Справочный том

Собрание сочинений Сергея Сергеевича Алексева,
лауреата высшей юридической премии
«Юрист года» за 2009 г.,
подготовлено с участием автора,
Уральской государственной юридической академии,
Института частного права
и издается в соответствии с решением
Ассоциации юристов России
(приказ от 9 декабря 2009 г. № 189)
и издательства «Статут»

С.С. Алексеев

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ
В ДЕСЯТИ ТОМАХ

Том 4

Линия права. Концепция

Сочинения 1990–х — 2009 годов



УДК 347
ББК 67.404
А 47

Авторы примечаний:

С.А. Степанов,

д.ю.н., профессор, директор Института частного права

Н.П. Зарипова,

рук. издательского отдела Института частного права

Алексеев С.С.

А 47 **Собрание сочинений.** В 10 т. [+ Справоч. том]. Том 4: Личность права. Концепция: Сочинения 1990-х – 2009 годов. – М.: Статут, 2010. – 544 с.

ISBN 978-5-8354-0706-4 (Т. 4) (в пер.)

ISBN 978-5-8354-0672-2

Четвертый том Собрания сочинений С.С. Алексеева содержит произведения, открывающие и представляющие второй цикл творческой деятельности автора (1990–2009 гг.): научно-публицистическое сочинение «Уроки. Тяжелый путь России к праву»; работа «Круг замкнулся: Повесть о праве», посвященная сложному и противоречивому процессу становления и развития права в России; небольшое по объему произведение «Тайна и сила права», отражающее основные идеи и главные выводы автора о сути права и его социальной ценности; монография «Право собственности: Проблемы теории», содержащая новые подходы автора к пониманию собственности, которые вытекают из общей концепции о высоком значении и незаменимой роли права в обществе; две публицистические статьи – «Демон власти и культура права» и «Право власти» и право гражданского общества». Все эти произведения объединяет то, что в них наиболее концентрированно выражены основная теоретическая концепция и жизненная позиция автора, сформированные в процессе предыдущих творческих поисков ученого.

Издание рассчитано на научных работников, аспирантов, студентов юридических и неюридических вузов, на всех, кто интересуется правом, философией, литературой.

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-0706-4 (Т. 4)
ISBN 978-5-8354-0672-2

© С.С. Алексеев, 2010

© С.А. Степанов, Н.П. Зарипова, примечания, 2010

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2010

От автора и составителей

Данный том открывает второй цикл сочинений С.С. Алексеева, изданных в 1990–2009 гг., в начавшуюся эпоху кардинальных перемен в российском обществе, отвечающих требованиям Нового времени и сообразно этому – необходимости адекватного понимания смысла и предназначения права, которое было бы способно обеспечить прогрессивное развитие, обновление и реформирование общества.

Отсюда и новое концептуальное видение темы – основательное и ценностное постижение права как высокоперспективного, уникального, во многом еще не востребованного социального феномена, выступающего в своих извечных и совершенных формах в качестве высшего достижения цивилизации и культуры. Причем наряду с рассмотрением путей правового развития в России в данном, четвертом, томе даны концентрированно изложенные выводы и оценки права в его высших, по видению автора, значениях. При этом в настоящем томе по рубрикой «Линия права» пришлось поместить два сочинения, внешне, по фактическим данным, казалось бы, на одну тему, с той лишь существенной разницей, что первое из них («Уроки. Тяжкий путь России к праву», 1997 г.) посвящено становлению современного права в России, а второе («Круг замкнулся», 2004 г.) – освещению одной из главных концептуальных авторских идей. Плюс к этому в сочинении «Тайна и сила права» наряду со всем другим предельно кратко изложены обобщающие положения по итоговой монографии – «Восхождение к праву».

Таким образом, в четвертом томе представлены выводы и оценки, которые в последующих (пятом и шестом) томах рассмотрены в более подробном и конкретизированном изложении, включая положения постановочного и дискуссионного порядка. Эти тома:

- том пятый – «Самое святое, что есть у Бога на земле» и «Право на пороге нового тысячелетия»;
- том шестой – «Восхождение к праву».

Как и в предшествующем цикле, сочинения, помещенные в четвертом—шестом томах Собрания, представлены в том виде, в каком они были изданы в тот или иной период наступившей эпохи перемен, без какой-либо доработки или исправлений по содержанию, за исключением необходимой редакционной и системной правки, а также некоторых коррективов в литературных произведениях (том десятый).

С.С. Алексеев,
С.А. Степанов,
Н.П. Зарипова

УРОКИ

Тяжкий путь России к праву

1997

МОИМ ЧИТАТЕЛЯМ

По начальному замыслу я намеревался написать эти заметки в том же стиле и ключе, как и большинство биографически-мемуарных изданий участников событий 1980–1990-х годов, т.е. описать все то, что видел и пережил в связи с крушением гигантской евразийской империи – Советского Союза – и попытками создания в России демократического общества. По-видимому, какие-то затронувшие меня события этой поры (первые шаги законодательства вне партийного контроля, первая попытка формирования конституционно-правосудного органа, работа над Конституцией и Гражданским кодексом) представляют некоторый интерес – и для моих современников, и, возможно, для людей, которые придут нам на смену, для моих коллег, историков права и развития государственности в России.

И все же после некоторой работы над заметками я отказался от первоначального замысла.

Почему? Отчасти потому, что по содержанию аналогичных изданий увидел, что они во многих случаях имеют преимущественно фактологический характер, а также понял, насколько велики и, пожалуй, неизбежны в такого рода изданиях личностные акценты, порой стремления утвердить свое место и имя в событиях и оценках – дело, которое никакого смысла ни сейчас, ни в перспективе не имеет.

Но главное – другое.

Все же судьба вынесла меня в гущу событий, потрясших мое Отечество, не как некоего избранника или стороннего наблюдателя, *а как служителя науки*. И потому мой профессиональный и гражданский долг – не просто описать известные мне события (хотя этого не избежать), а попытаться осмыслить эти события, сделать из них выводы, извлечь из них в меру своих сил, понимания и умения *уроки*.

Настоящее издание посвящено урокам в области права. И это существенно важно не только потому, что именно право стало моей профессией, личной судьбой, болью и надеждой, но еще и потому, что развитие России в постсоветское время во многом оказалось как раз трудной и тернистой дорогой к праву в высокочеловеческом его понимании. Такой дорогой, когда в сложном переплетении крупных социальных сдвигов, экономических и политических обретений и потерь,

в тяжких родовых муках, в духовных и нравственных противоборствах стали грань за гранью раскрываться смысл и предназначение гуманистического права – этого, наверное, самого сложного и вместе с тем по всем меркам высшего, цивилизационного феномена, от состояния и развития которого решающим образом зависит судьба людей, всего общества, наше будущее.

И поэтому попытка извлечь уроки для науки права из тех событий в России, которые пережиты, а порой и выстраданы в годы трудных перемен на пороге нового тысячелетия, может, пожалуй, стать достаточным оправданием этих заметок, во многом несовершенных и в чем-то, понятно, также не лишенных личностных акцентов и оценок, к которым прошу читателя отнестись с пониманием и снисхождением.

Екатеринбург,
С. Алексеев
март–апрель 1997 г.

ГЛАВА ПЕРВАЯ ПЕРВЫЕ УРОКИ

1. Знакомство с правом

ВПЕРВЫЕ я познакомился с правом в 1945 году, в год окончания опустошительной и безмерно тяжелой Отечественной войны с фашизмом, осенью, когда после демобилизации из армии поступил в Свердловский юридический институт (теперь по новой вузовской градации – Академию).

Помнится, поступал я в институт с солдатским напором. Поступал сразу же после приезда в Свердловск из Москвы, где с апреля 1945 года после Карельского фронта стояла наша воинская часть, с запозданием после окончания приема месяца на два. Только в октябре–ноябре выправил аттестат о среднем образовании у директора той школы, из которой в 1942 году был призван в армию. И – заявление о приеме в институт.

Прочитав мою анкету, где я честно написал о своем отце, в то время отбывавшем лагерный срок по разряду «врага народа» на Колыме, начальник спецотдела института, средних лет женщина в кителе, по-дзержински, как, видимо, ей думалось, в упор минуту-другую попытала меня взглядом. Я также молча, старясь – как мне казалось – быть выразительным, перевел ее взгляд на свою гимнастерку, сохранившую приметы недавней фронтовой поры. Сбѣгала куда-то. Вернувшись, сказала: – Ладно, учись. А с распределением – не знаю уж как...

ЧТО ЖЕ повлекло меня в юридический институт?

Не знаю. Толком не знаю.

Не стало же здесь побуждающим мотивом мое школьное и солдатское знакомство с юридической материей, которое должно было, напротив, навсегда отвлечь любого человека от всего «юридического». Нудные уроки в школе по сталинской конституции. Ранне-утренний обыск энкэвдешников в квартире во время ареста отца, когда была найдена и с торжеством изъята одна-единственная улика – двухтомник Есенина в обложке с плачущей березкой. Или – короткие фронтовые военно-полевые суды над дезертирами.

Конечно, каким-то толчком к поступлению в юридический институт послужил рассказ об институте старшей сестры моего приятеля Ильи Михайлова, с кем мы, единственные — он да я, живыми вернулись с фронта (а было нас, призванных в армию одноклассников, в доме десятка полтора, не менее). В то время я крепко увлекся литературой, настроился на то, чтобы — чего уж там! — стать писателем. Еще в 1944 году в Заполярье, в бесконечно тянущееся время дня-ночи, при блеклом свете мерцающей коптилки начал, а в Свердловске после демобилизации закончил несколько повествований, отдающих наивным околорейдистским натурализмом и надрывом. И рассказ сестры приятеля подтолкнул меня к мысли: вот она юриспруденция, глубочайший след за фронтом кладезь житейских драм, обнаженных людских коллизий, сама преисподняя живой жизни, пиши-не-хочу великие творения.

И все же по прошествии многих-многих лет мне думается, что было здесь, в моем упорстве при поступлении в юридический институт, и нечто другое, более основательное. Недаром столь много фронтовиков подалось в юрвузы. Война своей ужасной реальностью — кровью, мерзостью окопного житья, вонью и вшами, близостью и обыденностью смерти — не могла не подтолкнуть к тому, чтобы попытаться найти в жизни что-то другое, надежное и чистое (в ту пору, понятно, мне и в голову не могло прийти то, что сейчас можно добавить к приведенным словам, — да, надежное и чистое, и то, что от высших явлений человеческой цивилизации, то, что может стать крепкой защитой человека от мерзости, в том числе от войны).

Во всяком случае 31 декабря 1945 года, в новогоднюю ночь, когда в соседней комнате — квартире соседки, ведавшей продовольственными карточками (а жили мы в студенческом корпусе, комнаты которого были переделаны в квартирки для сотрудников), уже всю гремящую пьяную ночную гульбу, я сидел на полу, прижавшись спиной к теплой батарее, зубрил всеобщую историю государства и права, и именно тогда меня внезапно обдало жаркой, хотя и смутной мыслью: а ведь теперь я никогда не спрашиваюсь с правом!

2. В плену фантазий и фальсификаций

РАССКАЗЫВАТЬ об этом — о том, что так легко пленило меня уже на первом курсе юридического института и стало наваждением на долгие годы, — мне горько и стыдно. И страшно. Горько и стыдно за то, что так просто поддался соблазнительному искушению, а потом немалое число лет, и — увы — безуспешно, пусть и с какими-то корректив-

вами, демократическими потугами, проповедовал ленинско-сталинские юридические постулаты, фантазии и фальсификации, вовсю играл в фальшивые околонучные игры. А страшно потому, что во всей этой легкости, снизошедшей на всех нас, учившихся в советском юридическом вузе, было что-то неотвратимое, жестокое, бесчеловечное.

Что ж, и это хотя и горький, но опыт. Первые уроки. И быть может, не будь этих по большому счету зря потраченных лет, впустую истраченной энергии, труднее шло бы постижение права (любая основательная истина должна быть *выстрадана*). Главное же — как ни крути — в то время шло служение не некоей, как представлялось, науке, а безжалостному несправедливому тираническому режиму — сталинской диктатуре. За это нам, юристам той поры, еще долго придется держать ответ. И, наверное, не столько перед своими согражданами и перед Историей, сколько перед своей совестью.

Но рассказать обо всем этом надо. Хотя бы для того, чтобы попытаться понять тогдашнюю эпоху во всей ее неординарности, противоречивости, искусительной коварности, бесчеловечности. И значит — для нашей настороженности, если угодно — бдительности, для того, чтобы все мы начали постигать самое трудное мужество. Мужество устоять, не поддаться силе, соблазнам и искушениям, исходящим от самых страшных демонов нашей жизни — власти и идолопоклонства.

ДЛЯ МЕНЯ втягивание в официальную юриспруденцию того времени началось вот с чего.

На первом курсе учебную дисциплину по теории государства и права преподавал профессор Розмарин — поляк-эмигрант, высокий, изящный, рассказывающий с кафедры хорошим русским языком с приятным польским акцентом о «гениальном учении товарища Сталина о государстве» и, понятно, о «великом Ленине». И как-то он прочитал в своей возвышенной, очаровывающей нас тональности выдержку из какой-то ленинской статьи, где, в свою очередь, делалась ссылка на революционера-публициста конца XIX века Фердинанда Лассалья, который, отмежевывая друг от друга «формальную конституцию» и «фактическую конституцию», признавал в качестве второй (фактической) конституции данной страны) реальное соотношение в ней классовых сил. Все, как говорится, близко к правде и в ленинском духе.

Внезапно меня осенило, что брошюра Ф. Лассалья — вот удача! — есть в отцовской библиотеке. Я нашел ее и затем по какому-то внутреннему зову или наитию быстро, в два-три дня написал сочинение о сущности конституции (сейчас мне подумалось — вот ведь в какое

давнее время судьба столкнула меня с конституционной тематикой!). Передал я это сочинение нашему профессору и спустя некоторое время был отмечен мэтром, прочитавшим с кафедры в своей характерной возвышенной тональности небольшой отрывок из моего опуса.

Но как раз это — легкость подобного сочинительства и скорое поощрение за него — и оказалось для меня, как я вижу теперь, великим несчастьем. Оно, в странном сочетании со всем другим (действительно относящимся к науке, об этом — дальше) в довольно большой степени определило немаловажные стороны дальнейшей работы на научной стезе. И пусть в последующем, особенно в связи с моей нарастающей увлеченностью специально-юридической проблематикой, такой ориентировки на марксистских классиков становилось все меньше и меньше. Пусть все это в немалой степени превратилось в цитатный камуфляж, стало данью марксистско-идеологической обязаловки. Тем не менее, что ни говори, марксистско-ленинский антураж долгое-долгое время, вплоть до конца 1980-х годов, когда я был уже увенчан профессорскими и академическими званиями, сопровождал меня.

3. Бесовщина

ИМЕННО здесь, в только что отмеченных сторонах научной и околонаучной деятельности, следует искать своего рода секреты марксистской, ленинско-сталинской «общественной науки», разросшейся до невиданных масштабов в советском обществе.

Сотни институтов и учебных заведений, десятки и сотни тысяч книг, учебников. Непрерывная долбежка «классиков марксизма-ленинизма» — чуть ли не с детских садов, с начальной и средней школы, во всех высших учебных заведениях, до широкой, всеобъемлющей сети «университетов марксизма-ленинизма».

Откуда это все? Откуда эти плодовитость научных мужей, масштабность научных свершений и преподавания (на что партийно-государственная машина никаких ресурсов, никаких денег не жалела)?

Один из подноготных секретов как раз в том, что «творить» на ниве марксистско-ленинских общественных дисциплин, куда были втянуты в своих философско-теоретических частях и науки о государстве и праве, было в советских условиях во многих отношениях просто, легко, непринужденно-лихо. Не отклоняйся только от партийной линии. Одна-две-три цитаты из «классиков» (великое открытие, если найдено новое высказывание, пусть даже обрывок случайной фразы), плюс вы-

держки из партийных документов, плюс несколько фактиков, вольно отобранных, вольно, с заданной целью скомпонованных и истолкованных, и вот тебе вся «наука» — обосновывай заранее известные выводы, сочиняй масштабные исследования, книги, учебники. Возник некий цитатно-мифический полуреальный мир, доступный и внешне престижный, в котором вращались многие тысячи научных сотрудников и преподавателей, по большей части искренне веровавших в основательность и глубину своих околонучных свершений.

И еще одно, от чего не следует отмахиваться. Это — коварная, бевсовская притягательная сила марксистских откровений, особенно в их ленинско-сталинской интерпретации (явно с прямым их «выходом» на подсознание, на первую сигнальную систему). Тем более что они нередко схватывали и верные грани действительности, а порой содержали оригинальные сильные суждения, поражающие своей неординарностью, парадоксальностью. Конституция — это не какой-то там основополагающий закон, а соотношение классовых сил. Законы — это не государственная регламентация общих условий жизнедеятельности, а воля господствующего класса. Государство — не организованное сообщество людей, а машина классового подавления. Верно-то как! Прямо в яблочко!

Не надо поэтому упрощать ситуацию, умалять обольстительно-покоряющее обаяние марксизма. Так же, как и обманчивое обаяние любых иных идеологических построений, основанных на утопиях и мифах, «простых» истинах, стреляющих фразах-патронах.

Так что состояние дел в общественных науках в пору марксистского коммунистического режима — это не только некое наваждение и неотвратимое следствие тиранической диктатуры. Это — бесовщина. И коренится она не только в непререкаемой системе единомыслия, покоящейся на единодержавной партийно-кэгэбистской власти. Она еще (а быть может, прежде всего) — во вкрадчивом, порой парадоксально-броском, впечатляющем коварстве марксистских постулатов, напрямую воздействующих на скрытые пружины человеческих мыслей и поступков и с какой-то неотвратимостью влекущих людей в темное царство иллюзий, мифов и насилия.

4. Другой мир

В ПЕРВЫЕ ЖЕ годы учебы в институте (напомню, это 1945–1946 годы) состоялась встреча и с другим, дотоле неведомым мне Миром, к которому, как выяснилось потом, и принадлежит Страна Права.

Первые сигналы об этом Мире подали латинский язык, спецкурс латинской юридической терминологии. Меня и моих сокурсников сразу же поразили идущие как бы из самого человеческого естества, рвущие воздух тяжелые, твердые звуки и каким-то образом совпадающие с этой тяжеловесностью ювелирные, отточенные фразы-изречения. Радостно и тревожно повеяло чем-то по-человечески настоящим, основательным, совершенным.

Реально же, лицом к лицу с этим неведомым Другим Миром свели нас, первокурсников, лекции Александра Марковича Винавера, профессора права – кадета из дооктябрьской эпохи, несколько раз в различных публикациях недобро упомянутого Лениным.

А.М. Винавер читал нам лекции по римскому частному праву. Лекции Александра Марковича были неброскими, какими-то засушенными, даже нудными (таково, увы, первое впечатление всех людей от знакомства с реальной юридической материей). Он рассказывал не об исторических подробностях, не о житье-бытье в роскошную и грубую древнеримскую пору, а о юридических формулах, понятиях, конструкциях, которые строятся на принципах римского частного права – вселенского шедевра, непонятно как возникшего в древние-преддревние времена, более двух тысяч лет тому назад, в жестокую пору рабов и гладиаторов.

Но от лекции к лекции, шаг за шагом, перед нами, желторотыми первокурсниками, все еще похвалявшимися воинскими доблестями (а в действительности уже забываемой по большей части жутью из преисподней крови, смерти и нечеловеческих страданий), открывались картины из другой галактики – то законченно-стройные, то утонченно-ажурные юридические построения со своей неумолимой логикой, строгой точностью, завершенностью. По сути дела, как я понял потом, Александр Маркович говорил об основных правовых ценностях – изначальных источниках правовой культуры.

Спустя некоторое время – вот чудо! – я оказался в его квартире, точнее, в его комнатухе-пенале в одном из тупиковых коридоров этого же учебного корпуса, находящегося в конструктивистски построенном в 30-е годы, но уже обветшалом «Доме юстиции», где жили несколько наших преподавателей. Пригласил меня к себе Александр Маркович сразу же после того, как на вечернем занятии я задал ему какой-то мудреный, как мне казалось, вопрос, который, однако, заинтересовал профессора.

Жил А.М. Винавер один. Как все понимали, – под надзором «органов», в сущности, в ссылке (семья была то ли в Москве, то ли в ином городе Центра России). И здесь, в узкой комнате-щели, до потолка за-

битой книгами, профессор, порассуждав на тему моего вопроса, вручил мне для прочтения несколько гигантских дореволюционных фолиантов, и наших отечественных, и переводов с немецкого, посвященных премудростям римского права.

Штудировал я эти фолианты несколько недель. Далеко не все понимал из прочитанного. Но так же, как в довоенное время в 9–10-м классах, после ареста отца, я упорно, изо дня в день, пытался постигнуть «Логик» Гегеля и уловил, кажется, что-то таящееся в самой сути гегелевской философии, здесь, смею думать, чуть-чуть почувствовал то значительное, что «спрятано» в формулах и конструкциях замечательной древней правовой системы, — *дух права*.

...Умер Александр Маркович зимой 1946 года. Было холодно. Сыпал снежок. До самого кладбища шел я в небольшой толпе преподавателей и студентов с непокрытой головой, впервые — и это после фронта! — осознавая, что смерть может уносить и саму жизнь, и нечто еще, ничем невозполнимое. У могилы протиснулся к самому ее краю, несмело заикнулся было что-то сказать, но тут же был жестко отодвинут локтями незнакомых мне крепышей — отойди, солдат, не суйся. Может быть, тогда-то я еще раз после упомянутой новогодней ночи и уж очень всерьез понял, что обязан всю жизнь служить Праву.

ВМЕСТЕ с А.М. Винавером в мою жизнь вошел и, более того, стал моей судьбой посланец прошедшей эпохи, профессор дооктябрьской поры — Борис Борисович Черепахин. Педагог по гражданскому праву. Крупный ученый-цивилист. Наставник моих научных увлечений на старших курсах института. Руководитель моей аспирантской учебы. Учитель.

В преподавании, в самой подаче правового материала Борис Борисович следовал тому же стилю, что и А.М. Винавер. Скрупулезный, дошный разбор деталей, сопоставление различных научных позиций, ссылки на специалистов-знатоков. Борис Борисович 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.

Но не об этом сейчас хотелось бы сказать.

В начале 50-х годов (когда я уже окончил аспирантуру и защитил кандидатскую диссертацию) Борис Борисович был приглашен деканом юридического факультета ЛГУ. И вот после его переезда в Ленинград я как бы последовал за своим учителем, зачастил в северную столицу и в каждый приезд надолго засиживался у Черепахиных.

Жили они вдвоем — он, Борис Борисович, и его жена — Ксения Францевна. И там я воочию увидел кусочек домашней дооктябрьской жизни не очень богатой дворянской, профессорской семьи — с ее хлебосольством, долгими, неспешными разговорами, предупредительно-вежливым отношением друг к другу.

Ввел меня Борис Борисович и в более широкий круг питерской, а затем и московской профессуры — выходцев из дооктябрьских времен — Владимир Константинович Райхер, Екатерина Абрамовна Флейшиц, Лазарь Адольфович Лунц, ряд других крупных имен. Пришлось мне в чем-то, в меру моих возможностей и сил, подстраиваться под уровень, кажется, принявшей меня старой научной гвардии. Школой это оказалось необыкновенной, поучительной, уникальной — уроки на всю жизнь.

...Наверное, это все же знак из самых глубин нашего человеческого бытия: я вместе со своей женой Зоей оказался последним из учеников, сотоварищей и друзей Бориса Борисовича, кто встречался с ним в нашей земной жизни. В самом конце 60-х годов, в августе мы с Зоей оказались в Ленинграде. Я уже с 1960 года ходил в «докторах» (одним из официальных оппонентов был все тот же Борис Борисович) и мог позволить дальние семейные поездки. Узнав, что Борис Борисович и Ксения Францевна неизменно, как и все последние годы, отдыхают в Пярну, мы с Зоей отправились в этот тишайший приморский городок. Были ахи и охи, обед у хозяйки-эстонки, прогулка к Старой крепости.

Через три недели Бориса Борисовича не стало. Самолет задержался, и на похороны я опоздал. Над Питером, цепляясь за дома, ползли низкие тяжелые тучи, дул сырой ветер, под ногами чавкала жидкая грязь. Из жизни вновь ушло что-то крупное, невосполнимое. И никому толком неизвестно, что вовсе не случайно мои дочери — Ирина и Надежда — после окончания школы уехали в Ленинград, в С.-Петербург. Ведь вместе с ними какой-то частицей уехал в Питер и я. Туда, где расстался с земной жизнью Борис Борисович.

ВОЗВРАЩЕНИЕ дооктябрьской профессуры в науку и в преподавание сталинских времен — факт, который представляется явлением загадочным, труднообъяснимым

А.М. Винавер, Б.Б. Черепахин, их ленинградские, московские, харьковские однокашники и коллеги — в основном выходцы из привилегированных слоев царского общества, из дворянской, преимущественно кадетской среды. После Октября 1917 года, в 20-х годах, такую публику изничтожали беспощадно, под корень.

Да к тому же их возвращение в науку, в преподавание совпало, чуть ли не год в год, со временем самого беспощадного, бешеного сталинского Большого террора, когда волна за волной накатывало тотальное истребление всех «врагов народа», всего «буржуазного».

А тут вдруг в науку, в преподавание, в самую гущу молодежи, призванных профессионально заниматься политико-юридическими вопросами, входят прямые выходцы из «проклятого прошлого», с классово чуждыми контрреволюционными взглядами, построенными на признании абсолютного характера собственности отдельных лиц, некоего юридического равенства и прав личности, что никак не совместимо ни с диктатурой пролетариата, ни со всеобъемлющим господством императивов предельно огосударственного общества. Причем с конца 30-х годов такое явно пробуржуазное, вражеское направление в советской юридической науке стало обретать все больший удельный вес, охватывая, наряду с гражданским правом (цивилистикой), также процессуальные науки, трудовое право, ряд других подразделений юридических знаний. Начали выходить в свет и общетеоретические произведения подобного профиля, где на первом месте в силу уже самой логики правовой материи выдвигаются категории «право», «законность», «правовые гарантии».

И у этой дореволюционной, прокадетской профессуры уже появляются ученики, а у них свои ученики и последователи...

КАК ВСЕ ЭТО объяснить?

В моих недавних, не раз высказанных предположениях в пору правовой романтики звучал некий восторженно-мистический мотив. Общество как социальный организм, дескать, спонтанно отреагировало на безумие сталинского тоталитарного режима. Отреагировало как раз тем, что началось вопреки всему неумолимое возвышение антипода кровавого тоталитаризма – права и его истинных верных носителей – профессоров дооктябрьской закалки. Что ж, может, и впрямь право как некий живой социальный организм, связанный с судьбами людей, возвестило о скором своем приходе?

Но все же объяснение тут, по-видимому, более простое, обыденное и уж никак не восторженно-оптимистическое. В чем же состоит оно?

Прежде всего в том, что в вузах и научных институтах «освободилось место» – вакханалия террора охватила и вузовско-научные учреждения, в его мясорубку попали сами правоведы-большевики (какая страшная, кровавая ирония – с такой страстью обосновывать правомерность террористического режима и в конце концов стать его жертвами! Воистину

революция пожирает своих детей). А надо было кому-то учить студентов, кем-то заполнять опустевшие здания академических и ведомственных институтов. Вовлечение же в вузовские и научно-академические дела былой прокадетской профессуры, оказавшейся для режима менее опасной, чем недавние коммунистические сотоварищи, вполне согласовывалось с общей атмосферой гигантских фальсификаций, сопровождавших вакханалию Большого сталинского террора. Смотрите: вернулся в Страну Советов писатель с мировым именем Горький, о сталинском гении пишет граф Толстой. И вот тут советских следователей и прокуроров учат старые профессорские кадры, они же пишут свои замечательные юридические труды! И все это при торжестве «социалистической законности», «под солнцем сталинской конституции».

Есть тут еще один пункт, о котором при всех справедливо-высоких словах о наших учителях, пришедших из дореволюционного времени, нужно сказать с полной определенностью. Этот пункт – глубокое деформирующее влияние на общество коммунистического ленинско-сталинского строя, затронувшее все подразделения и все слои общества, в том числе и сферу права, юриспруденции, юридической науки.

5. Противоречивая и коварная романтика

НАВЕРНОЕ, мы до сей поры еще не до конца осознали весь ужас ленинско-сталинского тиранического режима.

И его беспрецедентного коварства. Того, в частности, что построенный на очень светлых и красивых, выстрадавших людьми, нередко общечеловеческих лозунгах («царство свободы», «счастье всех трудящихся», «справедливость»), он включал в себя радикальный революционный романтизм, который сыграл коварную роль в жизни нашего общества, в том числе и в юридической области, придав в уже послесталинское время не свойственные праву миссию и черты (советский правовой романтизм).

Впрочем, о правовой романтике, сложившейся и существовавшей в условиях советского общества, нужно сказать как о явлении глубоко противоречивом, охватывающем полярно противоположные, даже несовместимые стороны и ориентации. В ней наличествовала, обретая все большую силу, добрая и истинно-человеческая сторона, предпосылкой которой стали мировая и отечественная гуманитарные культура и традиции и носителями которой в советское время выступили прежде всего правоведы, пришедшие из дореволюционной поры. Романтические настроения и взгляды такого рода имели опору непо-

средственно в предмете юридической науки, в праве, даже тогда, когда оно — поскольку именно это позволялось в обстановке советского режима — рассматривалось под углом зрения специально-юридической проблематики (подробнее об этом — дальше).

Вместе с тем правовая романтика как советское умонастроение и направление деятельности была также и выражением марксистско-ленинского коммунистического строя.

По всем данным, любой тоталитарный строй невозможен без каких-то романтических идеалов (факт существенный, но незамеченный при характеристике фашизма, сталинизма, других античеловечных режимов). В российских же условиях романтические идеалы не только опирались на упомянутые привлекательные и красивые лозунги, еще более возвеличенные в идеологии большевизма, но и имели также обостренно-радикальные исторические предпосылки — память о величественно-благородных декабристах, о народовольцах, неудержимо-бесстрашных в своем отчаянном вызове царскому самодержавию.

А тут еще вознесенная до немислимых высот романтика большевистского Октябрьского переворота и гражданской войны — взятый штурмом Зимний, залпы революционной «Авроры», буденовская сабельная карусель, неувыдаемая Красная Армия. Плюс к этому утвердившаяся среди многих коммунистов, молодежи в 20–30-х годах, действительно романтико-обаятельная атмосфера простой, непритязательной жизни, подвижничества, презрения к грязи, нечистоплотности, стремление к духовным идеалам, атмосфера пионерской гайдаровско-тимуровской веры и мечты.

Невероятно трудно это понять, но факт остается фактом — радикальная революционная романтика с рассматриваемой стороны не просто совпадала, но непостижимым образом обосновывала диктаторско-террористическую заданность всей системы, беспредел ГУЛАГа, массовое уничтожение ни в чем не повинных людей, партийно-кэзбистское всевластие, террор и расправу, павликоморозовский грех. Мне сдается, что именно революционная романтика, при всем своем возвышенном обаянии и некоторых действительно светлых гранях, придавала ленинско-сталинскому коммунистическому режиму обостренную ярость, настроенность безоглядной религиозно-фанатичной одержимости, презрение к законам, ко всяким там формалистическим выкрутасам, презумпции невиновности, правам личности и другим явно буржуазным выдумкам.

И отсюда — настроения беспощадного фанатизма, оправданность любых расправ над неверными, инакомыслящими и отступниками и од-

новременно — беспомощность человека перед режимом, его рабская забитость, его послушная безропотность перед властью — все то, что является совершенно не совместимым с другой, действительно светлой и человеческой, стороной правового романтизма (которая, к сожалению, оказалась все же уделом немногих людей, а главное — на втором плане, изгнанной из официально признанной общественной жизни).

В итоге человек в условиях ленинско-сталинского режима, под воздействием господствующих непрекращаемых революционно-романтических постулатов, оказывался *сломанным*.

Именно здесь, в этой сломанности людей перед режимом (наряду с партийным фанатизмом, партийной преданностью и верой в вождей), кроется тайна «чистосердечных признаний» в контрреволюционных злодеяниях на «открытых процессах» бывших несгибаемых революционеров. В этой же сломанности человека надо видеть особенности поведения, поступков всех людей в советском обществе.

Тяжко говорить об этом, но надо. И наши «старика», правовые корифеи, пришедшие из досоветской эпохи и все более овладевавшие нашими умами, чувствами, и мы сами, пришедшие с войны солдаты, были людьми, сломанными Системой.

Зримо, до ощущения собственной боли, почувствовал я это в Ленинграде, когда, благодаря Борису Борисовичу уже освоившись в частых командировках на юридическом факультете Ленинградского университета, однажды в перерыве какого-то заседания ученого совета спросил, явно бравируя своей проникательностью, у самого из основательных в нашей науке ученых — академика Венедиктова: — Анатолий Васильевич, а может быть, наш социалистический хозрасчет — это всего лишь упрощенная форма капиталистического предпринимательства?

До сих пор до самых что ни на есть деталей помню: как вдруг стали бесцветными, потухли глаза академика, разом схлынула кровь с его лица, и он беззвучно сказал, поспешно отходя в сторону: — Ладно, ладно...

Боже мой, до чего неумной и жестокой бывает молодость!

ПОМНИТСЯ, как однажды на лекцию Александра Марковича Винавера пришли стенографистки, и он, явно знавший об этом заранее, сказал нам: — Сегодня лекцию не пишете, потом повторю. ...И после этих слов начал считывать с бумаг заранее подготовленный текст, и лекция непривычно началась с цитат «из Маркса» и «из Энгельса», содержала какие-то довольно примитивные суждения о классово-угнетательской сущности рабовладельческого права Древнего Рима. Через день-другой А.М. Винавер в привычном для него и для нас стиле,

не упоминая о классиках марксизма-ленинизма, «выдал» очередную порцию премудростей из древнеримской юриспруденции.

У меня создалось впечатление, что большинство старой правоведческой профессуры как-то приспособилось к новым, враждебным ей условиям, загнало свое неприятие, а по всей видимости, отвращение к существующей Системе глубоко-глубоко в затаенные уголки своей души. Ни на мгновение не забывая о страшных реалиях существующего бытия (Борис Борисович, изгнанный из университета, до середины 30-х годов работал юрисконсультom на железной дороге), они жили своим мирком «чистой цивилистики», видели в этом свое служение науке, получая удовлетворение от преподавания общезначимых юридических формул и конструкций, от академических баталий по поводу деталей юридических премудростей, да и от неусложненных земных усад культурно-зрелищной жизни. Борис Борисович, скажем, не пропускал ни одной из премьер оперетты в Свердловском музыкальном театре, одном из лучших в стране и к тому же наименее идеологизированном из культурных учреждений подобного рода.

Теперешним, задним числом вспоминая былую жизнь сохранившейся с дооктябрьских времен правоведческой профессуры, явственно ощущаешь ныне, что это был небольшой островок-осколок дооктябрьского российского правоведения, покоящийся, увы, на зыбкой, колеблющейся почве, которую в мгновение ока — и это знали все — мог разрушить смертоносный смерч тоталитарного своеволия.

К началу 50-х годов все более частые завихрения такого смерча, казалось, неотвратимо приближались к юридической обители.

6. Спологи близкой беды

НАШИ «СТАРИКИ»-ЦИВИЛИСТЫ, их сотрудники, ученики — вся тогдашняя цивилистическая наука в основном занималась юридико-аналитической проработкой правового материала (какие существуют нормы и отношения, какова их классификация и т.д.). Такого рода научная проработка разнообразного юридического материала носит название «аналитического правоведения (юриспруденции)», или «юридической догматики»; причем надо заметить, что слово «догма» в области права обозначает не нечто, заслуживающее порицания, а просто-напросто существующие законоположения, и, стало быть, приведенное выражение имеет здесь совсем иной, в общем положительный смысл.

Само по себе внимание к догме права — это совсем неплохо. Аналитическая юриспруденция, коренящаяся в юридическом искусстве

древнеримского права и достижениях последующих эпох, представляет собой значительную технико-юридическую и культурную ценность.

Да и по самому своему существу выводы и положения аналитической юриспруденции политически нейтральны. Потому-то они до поры до времени и не вызвали особой тревоги у власти в советском обществе.

Тем более что на практике выводам и положениям юридической догматики, имеющим, как и математические формулы, политически нейтральный характер, можно все же придать известную по-марксистски партийно-идеологическую окраску. Это и делалось в советских условиях: нормам права, субъективным правам, ответственности, другим юридическим категориям присваивалось наименование «социалистических», при их освещении делалось ударение на «обязанностях», «запретах», «ответственности», иных характеристиках, отвечающих условиям и потребностям тоталитарного строя.

Но как бы то ни было, преимущественно аналитический характер юриспруденции в советском обществе 40-х – начала 50-х годов, во многом заданный «стариками», все же так или иначе был связан с истинными правовыми, общечеловеческими ценностями. И вот в условиях безраздельного господства сталинской тирании развитие аналитической юриспруденции со временем стало вызывать нарастающее противодействие режима. Ведь именно в рамках аналитической юриспруденции начал в силу самой логики права даже в советских условиях постепенно раскрываться позитивный потенциал юридической науки. И вот уже на лекциях, в юридических работах замелькали слова «субъективное право», «правовые гарантии», «юридические санкции», «требования правосудия» и т.п.

ЗДЕСЬ настало время сказать еще об одной жуткой черте ленинско-сталинского тиранического режима, Наряду с бешеным террором, ожесточаемым и одновременно облагораживаемым революционным романтизмом, этот режим, особенно в обстановке сталинского единодержавия, отличался всеобщей атмосферой мракобесия, интеллектуального растреления, нарастающего оболванивания и духовного калечения людей.

В этой связи должно быть отмечено то, что выражает самый апофеоз безумия режима сталинщины, – разгром науки вообще, всей науки, во всяком случае, за исключением тех ее подразделений, которые служили гигантскому военно-промышленному колоссу и партийным учреждениям – идеологическому оправданию сталинского режима. До сих пор, наверное, памятна расправа над генетиками, «вейсмани-

стами-морганистами» — прислужниками империализма. Или уничтожение другой прислужницы империализма — кибернетики, затем — погромы в языкознании, в экономической науке...

Можно предположить, что в 1952–1953 годах, вслед за медициной («врачами-убийцами»), к грани тотального разгрома приблизилась и юридическая наука. Ведь в ней на основе аналитической юриспруденции стали все более и более, да притом под влиянием былой кадетской профессуры, нарабатываться научные положения, имеющие отношение к личности, правам людей.

Был тут один довольно определенный симптом. Дело тут вот в чем. Наиболее сокрушительный погром той или иной отрасли науки происходил в годы апофеоза сталинского режима по одному и тому же сценарию. Неожиданно возносился и ждал только команды антипод данной науки — лженаука, своего рода штурмовой отряд, настроенный на такого рода погромную акцию (такой, например, как «мичуринская биология», возглавляемая Лысенко).

Подобный отряд, настроенный на сокрушение научного противника, к 50-м годам стал складываться, как можно предположить, и в правоведении. Это «теория хозяйственного права», которая не просто оправдывала, а возвеличивала плановые, командно-административные начала в экономике, формулировала для них «принципиально новые, социалистические» «правовые формы» и — главное! — начала погром гражданского права, уже всюю обличала его, всю цивилистику как вражескую силу, проявление контрреволюционных, антиленинских идей, апологетов характерных для буржуазного строя товарно-рыночных отношений.

Правда, основоположники этой коммунистической теории, творившие в пору революционного романтизма, пали вместе с другими радикальными ленинскими ортодоксами — такой уж изуверский парадокс той эпохи — жертвами беспощадного сталинского террора. В конце 30-х годов их даже поминали в официальных документах в когортах троцкистов и бухаринцев недобрым словом, а затем в 50-х годах они сами уже могли представлять себя в виде «жертв».

И надо же! К началу 50-х годов теория хозяйственного права стала неожиданно и стремительно возрождаться. Вновь из стана ее «теоретиков» зазвучали голоса о юристах-схоластах, правовых казуистах, реанимирующих рынок, частную собственность и эксплуатацию. И вот уже упомянуты в официальной печати отдельные «имена»: С.Н. Братусь, О.С. Иоффе, из иной юридической области — М.С. Строгович, «протаскивающий в наше пролетарское, рабоче-крестьянское право буржуазный принцип — презумпцию невиновности».

И создавалось впечатление — вот-вот загрохочут безжалостные удары. И рядом с «врачами-убийцами» на эшафот кэгебистских палачей взойдут адепты буржуазной юриспруденции, кадетские последыши, окопавшиеся в советских вузах и советских научных учреждениях.

В марте 1953 года умер Сталин.

7. Ветерок перемен

В ДНИ похорон Вождя, в тягостные траурные дни, всеобщее безумие последних лет сталинского самодержавного господства достигло каких-то немисливо высоких отметок, вылилось в некую вселенскую душераздирающую драму. Было какое-то всеохватное горе, сравнимое с безысходным отчаянием, будто наступал конец света. В институте в перерывах между лекциями громко транслировались траурные мелодии. Помнится, я после занятия выговаривал что-то суровое двум студентам, хихикавшим на лекции. Стыдно теперь.

Потом были дни какой-то неразберихи — в умах, в действиях каждого, во всем нашем житии. Хлынули толпы освобожденных по амнистии заключенных; жутковато стало заходить в пристанционные буфеты, столовые.

Начались какие-то перестановки в руководящей когорте все тех же верных соратников умершего Вождя, ленинцев-сталинцев. Потом все чаще начало звучать имя Хрущева. Позже поползли слухи о «разоблачении культа». Было прекращено дело убийц-врачей. Приумолкли голоса с осуждением схоластов из юридической науки.

Наконец, грянул XX съезд с «секретным» докладом Хрущева. Зазвучали, обычно на собраниях, формулы о «необоснованных репрессиях», «нарушениях социалистической законности», «культе личности Сталина» (по выражению одной нашей вузовской преподавательницы — «культа личности товарища Иосифа Виссарионовича Сталина»).

Хрущевские времена (это в основном конец 50-х — начало 60-х годов) коснулись права, юридической науки. Ведь сложившаяся в сталинскую эпоху экономико-политическая система, в сущности, не получила принципиального осуждения, в ней были отмечены не коренные пороки, а всего лишь «недостатки» в виде «необоснованных репрессий», «нарушений социалистической законности». И получалось при таких оценках, что для исправления недостатков прошлого вполне достаточно внести коррективы в законодательство и улучшить деятельность судебных органов.

Действительно, со второй половины 50-х, в 60-х годах были обновлены все основные области советского законодательства, улучше-

на деятельность судов, получило развитие юридическое образование. Из законов были устранены устаревшие положения, установления откровенно репрессивного порядка. Законодательные тексты подверглись более тщательной технико-юридической отработке, в них замелькали формулы демократического и гуманистического характера, впрочем, с неизменным добавлением идеологических постулатов — «социалистический», «советский», «в интересах трудящихся» и т.д.

Но все эти и им аналогичные новации, которым было придано широкозвучательное звучание некой «правовой реформы», не изменили самой сути существовавшей в советском обществе политической и юридической системы.

Более того, как это ни парадоксально, по ряду характеристик некоторые «новые» законы были отброшены даже назад, утратили известные юридические ценности. Так случилось, например, с гражданским законодательством. Если Гражданский кодекс РСФСР 1922 года во многом воспроизводил наработки дооктябрьского проекта Гражданского уложения, отразившего общецивилизационные цивилистические достижения, то из Кодекса 1964 года были уже выброшены всякого рода «буржуазные штучки», доминирующим в нем стало все то, что относится к «социализму», «строительству коммунизма», «плану», «демократическому централизму» и пр.

Главное же, законы, вся система юридических учреждений ни в чем, ни в малейшей степени, как и ранее, не ограничивали, не связывали всемогущую партократическую власть, чиновничье своеволие. По-прежнему над законом и судом продолжал господствовать партийно-кэзбистский диктат.

Но как оценить тот подъем, ту энергию оптимизма, воодушевления, которые охватили советское правоведение в конце 50-х и, в особенности, в 60—70-е годы? Тем более что этот подъем нашел выражение в всплеске *правового романтизма* — такого противоречивого, с полярно противоположными, несовместимыми сторонами? Романтизма, который, наряду с величием юридической культуры, впитал в себя особенности советского времени, в том числе какие-то черты (внешне обаятельного и вместе с тем коварного) революционного романтизма, казалось, уже утраченного в сталинскую эпоху, но как раз усиленно возрождаемого Хрущевым?

Ответы на эти вопросы дала, преподав нам новые уроки, начавшаяся с середины 80-х годов эпоха перемен, сначала названная «совершенствованием социализма», а затем «перестройкой», эпоха, в которой, и притом в сложных процессах обновления права, и мне довелось принять участие.

ГЛАВА ВТОРАЯ РУХНУВШИЕ ИЛЛЮЗИИ

1. Эйфория

ВТОРАЯ ПОЛОВИНА 80-х годов — время начавшихся крупных перемен в гигантской евразийской социалистической державе, империи — в Советском Союзе. После затянувшейся попытки в годы брежневского неосталинизма остановить распад режима сталинской тирании все же пришлось под угрозой надвигающейся экономической катастрофы приступить к основательным преобразованиям в теряющем жизнеспособность суперцентрализованном идеологизированном обществе.

Два принципиальных момента характерны для начавшихся в ту пору преобразований.

Во-первых, эти преобразования рассматривались в качестве таких, которые происходят под «руководством Коммунистической партии», и при этом — «в рамках социализма». Сначала была поставлена задача совершенствования социализма, осуществление всех его возможностей и потенциала, затем, ближе к 90-м годам (с позиций объявленной «перестройки»), — задача замены военно-коммунистического диктаторского режима строем демократического гуманного социализма. Такая ориентация получала в те годы довольно широкую поддержку. Даже весьма радикально настроенные демократические деятели в большинстве случаев не шли дальше идеи конвергенции — соединения достоинств капитализма и социализма. Лозунг же демократического гуманного социализма, под которым прошли венгерское и чехословацкое восстания, подавленные военной силой, вообще представлялся весьма привлекательным, чуть ли не оптимальным (его в те годы придерживался и автор этих строк, популяризировал и пытался разработать в ряде публикаций).

Во-вторых, утвердился в качестве доминирующего взгляд, в соответствии с которым решающую роль в начавшихся преобразованиях должны сыграть законы, право. Ведь еще в условиях советского общества, и во многом благодаря советской юридической науке, получило распространение мнение о том, что право (притом — об-

ратим внимание — право, существовавшее в советских условиях) способно быть революционной силой, неким чудодейственным инструментом, который — дай только волю! — способен решить наши всевозможные проблемы. И, устранив все прегрешения прошлого, способствовать достижению заветной цели — победе социализма и коммунизма.

В особенности же представления о всесиили права и отсюда настрояния правового романтизма охватили людей, не только юристов-профессионалов, во время начавшихся после 1985 года перемен. В это время на партийных форумах, во всей официальной пропаганде зазвучали и долгожданная формула о правовом государстве, и расчеты на благотворную революционную миссию советского права, основы которого заложены великим Лениным. Да и впрямь — кому же, как не ему, советскому праву, стать могучей силой на пути утверждения демократии и действительного, демократического и гуманного, социализма, светлого будущего всех людей!

И ВОТ ЧТО ВАЖНО. В то время начавшихся преобразований, когда надежда на существенные перемены все более связывалась с законами, с правом, именно в нем, в праве, рассматриваемом со специально-юридической стороны, раскрылась надежная опора романтическим ожиданиям. Именно в это время (можно сказать, «к счастью», но в чем-то и «к несчастью») стало очевидным, что правоведы действительно обладают своего рода интеллектуально-прикладным богатством, серьезными профессиональными знаниями, которые крайне необходимы для реализации намечаемых преобразовательных мер, прежде всего для выработки действенных законоположений, открывающих новую эпоху в жизни людей.

В чем здесь дело?

А дело в том, что для решения практических задач потребовался тот научно-прагматический материал, которым испокон веков, с глубокой древности обладает правоведение и который через аналитическую юриспруденцию свидетельствует о том, что право как явление окружающей нас действительности образует не просто мысли, волю людей, идеи и т.д., а особую «материю права».

И вот здесь обращаюсь вновь к своим студенческим и аспирантским воспоминаниям, на память приходит время, когда по мере скрупулезного разбора юридических казусов, долбежки скучнейших юридических формул и схем сначала неожиданно, а затем с предвкушением нового и необычного перед нами, студентами и аспи-

рантами, стало приоткрываться нечто строгое, точное, по-своему необыкновенно красивое, которое присуще явлениям высшего цивилизационного порядка и которое даже при самых искусных и изощренных объяснениях не может открыться сразу, вдруг, а постигается постепенно, шаг за шагом, в ходе довольно длительного освоения, казалось бы, сугубо технико-юридических премудростей (в этой связи, кстати, очевидна бесплодность распространившегося ныне «ускоренного» «высшего» юридического образования). И надо понять нас, начинающих правознатцев, когда мы начинали видеть в премудрых юридических формах и институтах некую могучую, искусную силу, чуть ли не панацею в решении многообразных жизненных проблем.

Какие свойства и особенности правовой материи оказались в этом отношении особенно впечатляющими?

Эти свойства и особенности, которые и делают право «правом», — всеобщая обязательность юридических установлений, их строгая определенность по содержанию, притом определенность «расписанная», фиксируемая в письменных документах, а также государственная гарантированность правовых установлений. С этой точки зрения правовая материя — это *строгая объективная реальность*, мало чем в этом отношении отличающаяся от предмета естественных и технических наук. Иначе говоря, это особая субстанция, которая обладает своими, весьма специфическими качествами, жесткими связями, неустраняемыми внутренними законами, не считаться с которыми нельзя. Иначе, как и в других случаях пренебрежения к законам действительности, право «мстит за себя», порождает губительные трудности, нерешаемые проблемы.

Отсюда же проистекают и требование законности, ее «абсолютность», и понимание того, что юридические нормы и отношения — это и есть такие уникальные фрагменты жизни общества, которые сами по себе «сопротивляются» произволу и беззаконию.

К этому нужно добавить то существенное обстоятельство, что между самими юридическими нормами и отношениями существуют весьма строгие закономерные связи. Более того, при более тщательном анализе фрагментов правовой действительности (таких, например, как юридическая норма, нормативный документ, юридический факт, акт реализации и т.д.) выяснилось, что они образуют целостные «закономерные цепи», «механизмы регулирования», сообразно которым они выстраиваются в строгой последовательности, напоминающей некую юридическую «таблицу Менделеева».

Но дело не только в том, что правовая материя сама по себе сопротивляется произвольному ее использованию (например, императивные административные акты непригодны для опосредования рыночных отношений). Выяснилось, что те или иные юридические механизмы и институты приспособлены для решения различных, притом строго определенных экономических и политических задач. Скажем, юридический механизм, выраженный в юридической связке — «позитивная обязанность (т.е. обязанность к активному поведению) + юридическая ответственность», приспособлен для осуществления императивно-властных, командных задач. В противовес этому другая юридическая связка — «право на собственное поведение лица + юридические гарантии» — по самой своей природе предназначена для реализации экономической и политической свободы, инициативы, творческой самодетельности.

И вот мир правовых явлений при углубленном, специально-юридическом освоении правовой материи раскрывается как мир многообразного юридического инструментария, который предполагает необходимость основательных знаний при его использовании. И если такого рода знания есть (а данные аналитической юриспруденции и представляют собой такого рода знания!), то юрист-профессионал оказывался специалистом, который обладает весьма значимым, уникальным интеллектуально-прикладным богатством, которое при искуном его применении может дать внушительный эффект.

В этой связи, и именно в годы начавшихся в нашей стране крупных преобразований, укрепилось представление, в немалой степени, как мы видели, обоснованное, а главное — воодушевляющее, романтическое, что правовед — знаток специфики, «тайн» правовой материи, правового инструментария, своеобразных юридических механизмов, способен по делу и плодотворно использовать такого рода научные данные, и тогда отработанная, искусно построенная правовая система может стать «архимедовым рычагом», действенной силой при осуществлении назревших преобразований в обществе. Тех преобразований, которые призваны преодолеть тоталитарные начала в жизни общества, утвердить в нем демократические принципы и институты.

РОМАНТИЧЕСКИЕ ОЖИДАНИЯ того, что именно право, глубокие юридические знания призваны сыграть решающую роль в прогрессивном, демократическом преобразовании общества, нашли опору и в самом ходе развертывающихся преобразовательных мер. Если в 85–87-х годах эти меры в основном затрагивали экономико-техни-

ческую область («ускорение технико-экономического развития, машиностроения и т.д.») и лишь частично – совершенствование экономических стимулов, привлечение масс к управлению, то в 88–89-х годах они, как говорится, «по всему фронту» охватили и политико-правовую сферу общества, законодательство, юридическую систему страны в целом.

В 88–89-х годах были осуществлены довольно кардинальные конституционные преобразования: введена система свободных, в основном, преимущественно на альтернативной основе выборов народных депутатов; учреждена новая система высших представительных (законодательных) органов – Съезд народных депутатов, постоянно действующий Верховный Совет; образовано конституционно-правосудное учреждение – ККН (Комитет конституционного надзора).

И что характерно – начавшаяся в 1989 году избирательная кампания по самой своей логике, по общественному настрою оказалась нацеленной на то, чтобы в высшие представительные, законодательные органы пришел интеллектуальный цвет нации, прежде всего – экономисты, правоведы, обладающие необходимыми профессиональными знаниями. Такого рода нацеленность в достаточной мере не реализовалась (развернула свою деятельность партийная номенклатура, продвигая в депутаты своих аппаратных ставленников, а на альтернативных выборах, напротив, в то время, как правило, побеждали преимущественно те, – неважно, специалисты они или нет, – кто беспощадно и зло громил партноменклатуру с ее привилегиями). Тем не менее среди народных депутатов оказалось немало достойных и высокопрофессионально подготовленных людей, специалистов, причем во многих случаях – тех, кто вошел в депутатский корпус через «общественные организации» (Академию наук, творческие союзы и др.), которым были выделены некоторые квоты. Стали народными депутатами и правоведы высокого профессионального класса – А.А. Собчак, Ю.Х. Калмыков.

События конца 80-х годов изменили и мою судьбу. До этого времени я продолжал работать в том же вузе, где был студентом, аспирантом, – в Свердловском юридическом институте; с середины 60-х годов после защиты докторской диссертации на протяжении почти 20 лет – заведующим кафедрой теории государства и права. Плюс к этому уже во время перестройки стал директором-организатором, а потом и директором первого на востоке страны академического Института философии и права.

И вот тут, по академическим квотам, среди других 25 посланцев Академии, пройдя через жесточайшее чистилище-отбор всех

отраслевых академических отделений, был избран народным депутатом. Затем в мае 1989 года – первый Съезд народных депутатов, где выступил с тщательно подготовленной речью по правовым проблемам (она встретила благожелательный отклик среди депутатов, в печати). И спустя неделю-другую был избран в постоянно действующий Верховный Совет, а там – председателем Комитета по законодательству...

2. Добрые приметы

КАЗАЛОСЬ БЫ, романтическая эйфория быстрых демократических перемен с образованием летом 1989 года постоянно действующего Верховного Совета стала переходить в реальное дело, в достаточно осмысленную и квалифицированную законодательную работу.

Доброй приметой в этом отношении было то, что народные депутаты, несмотря на различия в своих политических ориентациях и пристрастиях, были настроены именно на такое основательное законодательное дело. Если по кадровым и иным вопросам, непосредственно касающимся прерогатив и реализации власти, столкновения между «агрессивно послушным большинством» (по меткому выражению Ю. Афанасьева) и демократически настроенными депутатами носили ожесточенно-непримиримый характер, то в области законодательного дела, особенно по экономическим и социальным вопросам, в комитетах и на пленарных заседаниях Верховного Совета торжествовала в основном рабочая атмосфера, стремление выслушать и понять друг друга, рассматривать в качестве основы решения мнение специалистов – авторитетов в области экономики, правоведов.

Быть может, именно в это время, когда стала отпадать сугубо идеолого-политическая мотивация при принятии законов, возникло понимание того, что законы – это не просто политика, а трудное профессиональное дело, требующее глубоких профессиональных специально-юридических знаний? Да, быть может... Жаль только, что это понимание вскоре стало исчезать, и вместо него воцарилось убеждение (господствующее и поныне), что любой человек, избранный в представительный орган, – это уже законодатель, готовый тут же, с ходу, «прописывать» законы.

В эту же пору, летом 1989 года, случилось еще одно событие, которое также можно с полным основанием отнести к добрым приметам, подогревающим романтические настроения. Об этом событии, впрочем, стоит рассказать поподробнее.

ДО СЕРЕДИНЫ лета 1989 года все более или менее крупные юридические документы проходили через высшую партийную инстанцию, созданную ленинским гением, Политбюро ЦК КПСС, место средоточия партийных вождей. Политбюро утверждало проект закона (о чем даже с бахвальством до осени 1989 года писалось в официальных отчетах, публикуемых в газетах), и тогда остальное было, как говорится, делом техники: нормативный документ принимался Верховным Советом строго в том виде — до буковки, до запятой, — в каком он «вышел» из партийных канцелярий.

И вдруг все круто изменилось.

Мне неведомо, что предшествовало описываемому повороту событий — было ли решение высшего партийного ареопага «отпустить» Верховный Совет, или все ощутили неостановимость нарастающего демократического вала, или пришло время тонких расчетов опытного партийца А. Лукьянова. Но я могу совершенно точно назвать день и даже час, — что в жизни случается крайне редко, — когда впервые за всю многодесятилетнюю историю советского общества было принято законодательное решение, минуя все партийные инстанции.

А дело было так.

31 июля 1989 года на пленарном заседании обеих палат Верховного Совета шла рутинная работа по утверждению указов, принятых Президиумом еще прежнего Верховного Совета. Указы были разные: о праздничных днях, об аренде, о налогообложении кооперативов, какие-то еще. Все они в один из предшествующих дней были одобрены с поправками на заседании Комитета по законодательству. И вот теперь, после прокручивания по многу раз одного и того же, указы один за другим утверждались на пленарном заседании. Я во что-то углубился, что-то писал, не относящееся к повестке дня.

Неожиданно председательствующий (в тот день — А. Лукьянов) пригласил меня на трибуну. Оказывается, возникли острые вопросы в отношении новой редакции статьи 7 Основ законодательства об уголовной ответственности. Статьи самой что ни на есть политической, партийно-идеологической (об ответственности за «антисоветскую пропаганду», за агитацию и призывы к свержению советского строя).

Возникшие вопросы я, грешным делом, прослушал. Поначалу что-то не очень-то впопад говорил, уже на трибуне пытался схватить тонкости не очень-то знакомой мне уголовной проблематики. Но тут, к счастью, стрелка часов достигла отметки «2», один из депутатов с места крикнул «обед», и председательствующий А. Лукьянов неожидан-

но сказал, обращаясь ко мне: «Соберите в перерыве Комитет, обработайте текст, а после перерыва продолжим».

Я сделал объявление, пригласил на заседание членов Комитета и всех желающих, и, наскоро отобедав, мы собрались в Малом зале.

На заседание пришли почти все члены Комитета, ряд председателей других комитетов и комиссий, видные депутаты (помнится, был академик Велихов), пришел министр юстиции с учеными-экспертами. Почувствовали что-то интересное, пощелкали аппаратами фоторепортеры, пострекотали камерами телевизионщики. Вечером во «Времени» промелькнул короткий репортаж, правда, без тех комментариев, которых это быстрое, чуть сумбурное заседание заслуживало.

И вот мы фраза за фразой, действительно сообщая, в открытую голосуя, без оглядки на авторитеты, к концу двухчасового перерыва отработали текст статьи, да так, что ее содержание существенно изменилось, ответственность резко сузилась (уголовно наказуемыми были признаны публичные призывы к насильственным акциям).

Работа над текстом заканчивалась уже тогда, когда звенел третий, завершающий звонок, приглашающий депутатов на заседание, и я сразу же явился на трибуну с ворохом бумаг, поверх которого лежала страница с бегло написанным текстом только-только «испеченной, тепленькой, дымящейся» статьи проекта закона. И этот проект законоположения тут же (без каких-либо консультаций и партийных санкций, даже без предварительного оповещения председательствующего о сути коррективов) был принят и стал действующим законом. Напомню, это было 31 июля 1989 года. Время 4 часа 15–20 минут.

На следующий день, заседая до поздней темноты, Комитет по законодательству (с участием министра финансов, будущего премьера, гэкэчеписта Павлова, главы кооператоров В. Тихонова, других депутатов) в том же свободно-деловом стиле отработал спорный указ о налогообложении кооператоров. И опять на следующее же утро, без проволочек, без каких-либо консультаций и оповещений, сессия приняла законопроект о налогах.

С тех дней и началась самостоятельная законодательная работа Верховного Совета, других законодательных собраний. Исчезли из официальных сообщений о заседаниях Политбюро строчки об утверждении или даже о рассмотрении того или иного законопроекта. Хотя, судя по ряду данных, партийные иерархи стремились не выпускать законодательство из своих рук, ну, пусть по идеологически острым вопросам, их тревожащим. Секретари ЦК приглашали влиятельных депутатов «на чай» (слава богу, меня миновала чайная чаша сия), кое-

кому из «верных» депутатов тайком показывали решения Политбюро по тому или иному пункту законопроекта, просили хотя бы «не возражать»; глашатаями такого рода решений внезапно становились чуть ли не самые крайние свободные радикалы (которые потом, впрочем, также, казалось бы, внезапно становились ура-патриотами, верными защитниками режима, возглавляли другие радикальные течения, теперь уже с иным знаком...).

Но как бы то ни было, уже с осени 1989 года путь к тому, чтобы превратить в нечто реальное те самые романтические правовые мечтания, которые еще год-другой до этого соотносились с какой-то очень далекой, притом весьма призрачной, перспективой, казалось, был полностью расчищен.

И ЕЩЕ ОДИН добрый знак. С самого начала деятельности Верховного Совета в центре законодательных работ оказалась «цивилистическая материя» — институты, принципы и нормы гражданского права. То есть как раз «наследие прошлого», проблемы, которые охватывали ранее упомянутый сложный, тонкий, отработанный юридический инструментарий, являющийся для меня и моих коллег по цивилистике предметом профессиональных знаний (пришедшие в Верховный Совет, а вслед за тем — в Комитет по законодательству А.А. Собчак, Ю.Х. Калмыков, ряд других правоведов были именно специалистами по гражданскому праву).

Дело в том, что для решения назревших проблем экономического развития потребовалось привести в действие конструкции и юридические механизмы, сориентированные на товарно-рыночные отношения. А это и есть цивилистика, самая утонченная, отработанная, «самая правовая» сфера права, которая в силу парадоксальных (ранее упомянутых) исторических причин получила известное развитие в неблагоприятных для нее условиях — условиях советского общества — и оказалась как бы «на изготовке» при решении вопросов, связанных с намечавшимися переменами в советском обществе.

3. Казалось бы, вот он — прорыв

БОЛЕЕ ТОГО. «Цивилистическая материя», свойственный ей отработанный юридический инструментарий при работе над законопроектами экономического профиля в Верховном Совете осенью 1989 года как бы превзошли себя.

Впрочем, здесь нужно вот какое пояснение.

К началу работы Съезда народных депутатов и Верховного Совета, при всей эйфории и романтических ожиданиях в политической области, положение в стране не только оставалось тяжелым, но и стало в чем-то ухудшаться. Начавшееся было оживление в экономике прекратилось. Не оправдывались ожидавшиеся изменения в социальной области. Главное же — продолжала господствовать и даже воспряла духом (оправившись от шока в связи со свободными выборами) всемогущая номенклатура — партийно-чиновничий аппарат, опирающийся на экономическую основу своего всемогущества — необъятную и одновременно инертную государственную собственность, которая и сама по себе беда и проклятие нашего общества, основное препятствие реформирования экономики.

В этих условиях становилось предельно очевидным (и такие голоса прозвучали на Съезде народных депутатов), что ключевая проблема сегодняшней действительности — это разгосударствление собственности, т.е. такое ее преобразование, когда на ее основе начала бы формироваться свободная частная собственность — предпосылка и движущая сила конкурентной рыночной экономики и в то же время — решающий фактор, лишаящий всемогущества бюрократическое чиновничество, партгосноменклатуру.

Но как, с использованием каких экономических и правовых институтов возможно справиться с этим монстром, преобразовать вездесущую, укорененную во всю социалистическую систему государственную собственность?

И вот именно на основе данных аналитической юриспруденции, относящихся к средствам и механизмам гражданского права (цивилистики), в исторически-уникальной обстановке «ухода» от коммуногосударственной системы азиатского типа стало возможным найти оптимальный, а на мой взгляд, единственный юридический способ преобразования тотально огосударственной собственности, ее преобразования в собственность свободную, частную, заряженную энергией предпринимательства и труда, ответственности и риска, — основы основ свободного, динамично и неуклонно развивающегося общества.

ЗДЕСЬ выдающуюся роль сыграл хорошо, с незапамятных времен известный институт аренды.

На первый взгляд — ну, что тут особенного, мало-мальски значимого для серьезных преобразований? Аренда она аренда и есть, при самой общей характеристике она — всего лишь имущественный на-

ем, прокат, взял имущество, например автомашину, на определенный срок за плату во временное пользование, удовлетворил за деньги свой интерес. Вот и все. Не собственность, а какой-то ее эрзац, урезанный, убогий заменитель, притом при сохранении явного и неизменного господства арендодателя (к тому же в данном случае — все-сильного государства) — того, кто дал имущество во временное — всего лишь! — пользование.

Увы, именно так до сей поры оценивают аренду некоторые деятели и специалисты, особенно те, кто рассматривает ее как некую «горбачевскую полумеру» и противопоставляет ей будто бы «настоящие» способы приватизации — ваучерный дележ части госимущества и всеобщее акционирование государственных предприятий.

Что это? Искреннее заблуждение? Стремление оправдать неудачи проведенной в 1992–1995 годах официальной приватизации? Или просто-напросто непонимание самой сути собственности, ее роли в экономике?

Последнее из предположений мне представляется наиболее близким к правде.

ОТЦЫ проведенной официальной приватизации так и не вышли за пределы растратно-потребительских, социалистических представлений о собственности как о неких благах, потребительских богатствах. Поэтому и сама «приватизация», передача государственных имуществ в частные руки, была организована в виде их дележа на равных (славная ваучерная эпопея, о которой ее организаторы сейчас стремятся поскорее забыть) и в виде всеобщего акционирования, в результате которой человек задаром или за плату становился обладателем «бумаги» — акций и приобретал статус акционера-рантье или в лучшем случае работника, заинтересованного в повышении дивидендов — чего-то такого, что мало чем отличалось от былой «тринадцатой зарплаты». И такой эффект вполне понятен: акционирование не есть способ приватизации, оно представляет собой форму хозяйственного объединения уже существующих частных собственников; тем более что и сами государственные предприятия при социализме — это всего лишь частицы «одной фабрики», которые сами по себе, без кардинальных преобразований своей природы, не способны становиться путем формального акта акционирования самостоятельными и ответственными товаропроизводителями.

Между тем частная собственность — это главный двигатель экономики, ее основная энергетическая сила, которая по своему потенциалу способна: а) дать наиболее мощные стимулы к напряженному

труду; б) резко активизировать инициативу, поиск, нацеленность на успех путем риска; в) порождать наиболее высокую ответственность за дело, его успех; г) требовать того, чтобы доходы, прибыль не продавались, а прежде всего инвестировались, обращались на дальнейшее развитие производства, его модернизацию.

И если ваучерному дележу и всеобщему акционированию подобный потенциал собственности «не дано» раскрыть, то вот аренда при достаточной ее юридической отработке оказалась подлинной находкой в условиях тотально огосударственного социалистического хозяйства: она возрождала и приводила в действие потенциал собственности, стала формировать слой свободных собственников, создавала условия и стимулы для подъема производства, его нарастающей модернизации.

Здесь все те, кто связал свою деятельность с арендой, вновь как бы соприкоснулись с новыми гранями достоинств права. Именно юридические механизмы, казалось бы, такие заскорузлые, мало чего значащие, позволили придать аренде иные функции. Аренда стала не просто формой предоставления имущества во временное пользование, а способом преобразования государственной собственности, причем такого преобразования, которое приводило к появлению свободных частных хозяев, настроенных в силу требований самих экономических и правовых отношений на то, чтобы вкладывать свои сегодняшние доходы в модернизацию производства во имя будущего экономического успеха, т.е. утверждать в экономике вместо регулятора-власти экономический регулятор — собственность, функционирующую в рыночных условиях.

С этой целью при формулировании законоположений об аренде были выработаны на основе всего арсенала юридических институтов и средств две принципиально важные новеллы:

во-первых, возможность образования на основе существующего трудового коллектива предприятия или цеха *нового, совсем* другого субъекта — «организации арендаторов» или просто арендатора, группового и индивидуального, т.е. производителей, людей-трудяг, настроенных на производительное использование арендуемых имуществ;

во-вторых, порядок, в соответствии с которым вся продукция, выработанная на арендованном государственном имуществе, становится — внимание! — *собственностью арендаторов*, что само собой ведет к обретению «своей» собственности и одновременно — еще раз внимание! — уже само собой означает нацеленность на инвестиции в производство в виде вложений в него своих кровных доходов, прибыли (впоследствии к этому было добавлено правило о возможности выкупа арендаторами также и арендованного имущества, когда на данном

участке вообще не остается государственной собственности: все имущество переходит к новым собственникам-производителям).

Эти две новеллы, демонстрируя достоинства права, и раскрывают «секрет» арендных отношений как способа приватизации. Способа, скажу еще раз, уникального для тотально огосударвленного хозяйства, на мой взгляд, не имеющего равнозначной альтернативы. Суть дела тут в обретении собственности для труда и в труде. Новая собственность здесь не падает с небес, она реально зарабатывается, да так, что такое зарабатывание собственности одновременно означает инвестиции, вложение доходов в производство, в его модернизацию.

И тут есть объективный факт, который, как ни крути его, ни поворачивай туда-сюда, остается обстоятельством фундаментального порядка. Этот факт заключается в том, что в 89–91-х годах, когда во всем общесоюзном пространстве начались распад, экономическая разруха, остался лишь один (единственный!) сектор народного хозяйства, для которого были характерны неостановимый рост, тенденция к модернизации, – сектор арендных и коллективных предприятий.

Арендные и коллективные предприятия дали надежную альтернативу властно-императивным началам, на которых основана планово-командная растратная экономика. Уже осенью 1989 года был разработан и принят Верховным Советом закон, который, вобрав в себя достижения экономической и правовой культуры, позволял эффективно преобразовывать государственную собственность, развивать трудовую активность людей. Закон, который одновременно устранял саму экономическую основу, на которой «сидит» вся коммуно-бюрократическая система правящей номенклатуры.

И казалось, вот он, реальный прорыв в новую, демократическую систему экономико-социальных отношений! Тем более что первые результаты деятельности арендных и коллективных предприятий оказались, как уже говорилось, весьма обнадеживающими.

4. Обрушилось небо

А ПОТОМ по стране засквозило леденящее дыхание.

На первый взгляд ну что тут особого? Для всякого процесса преобразования характерны то взлеты, то периоды топтания на месте, шаги назад.

Тем более что правящий класс, партгосноменклатура, конечно же, не мог просто так, не мобилизовав все силы для ожесточенного противодействия, сдать свои позиции, сойти со сцены.

На поверку, однако, дело оказалось значительно более серьезным, чем перепады в реформаторских акциях. И в особенности более серьезным в отношении всего того, что касается права, связанных с ним романтических ожиданий.

Прежде всего примечательно уже то, что наиболее суровое противодействие реформаторским акциям затронуло прежде всего институт аренды.

Как только в 88–90-х годах наметились очевидные успехи в использовании аренды, так сразу же сопротивление процессу преобразования собственности при помощи института аренды усилилось и приняло характер широкомасштабной кампании. Именно в это время в официальной печати все чаще замелькали слова о недопустимости «сплошной арендизации», которая, дескать, будет столь же пагубна, как и «сплошная коллективизация». Изначальная лживость подобного приравнивания (в одном случае людей лишали собственности, в другом, напротив, — открывали возможность для ее обретения) была очевидна. Но какую-то недобрую атмосферу неприятия успешно работающего правового института суждения такого рода все же создали.

Вслед за тем вступили в действие многочисленные ведомства, которые в отношении «своих» предприятий начали сооружать целые баррикады «особых условий» и «требований», препятствовавших преобразованию государственных предприятий, формированию на их основе организаций арендаторов, деятельности арендаторов, обретению ими своей собственности.

Так, шажочек за шажочком ликвидировалась аренда как способ приватизации. И это в высшей степени печальный факт. Увы, кроме аренды, в ходе российских экономических реформ так и не нашлось — и, на мой взгляд, найтись не могло — иной организационно-экономической формы, которая в советских посттоталитарных условиях в такой бы степени соответствовала потребностям демократического преобразования общества, т.е. была бы способна и выбить из-под правящей партгосноменклатуры экономический источник ее могущества, и одновременно восстановить производительную частную собственность — единственный мощный фактор развития и совершенствования производства, нарастающей предпринимательской активности.

А ТЕПЕРЬ — САМА СУТЬ ДЕЛА, с точки зрения вопросов, рассматриваемых в этих заметках. Суть дела — в несбывшихся надеждах, в крушении романтических ожиданий, расчетов на чудодейственную

силу права. Надежды на скорые перемены, которые связывались с правом, не оправдались.

Ведь при всех юридических преимуществах (сохранившихся и поныне) все же в конечном итоге оказался бессильным, немощным даже тот институт, в котором по максимуму раскрылись достоинства права, придавшие ему значение действенного средства приватизации, — институт аренды. И произошло это в обстановке, когда законодательные документы уже принимались и вступали в действие без былого всеохватного партийного контроля, т.е. в условиях, благоприятных для того, чтобы право в достаточной степени проявило свою силу. И в такой обстановке, увы, не оказалось юридических средств и механизмов, которые позволили бы преодолеть сопротивление бюрократического чиновничества, партгосноменклатуры, реализовать, сделать реальностью новые, прогрессивные законодательные установления.

Не сразу, не вдруг, но уже спустя год-другой после того, как с участием специалистов-правоведов стали вырабатываться передовые законоположения, недавняя эйфория, романтические расчеты на достижение быстрых перемен с опорой на силу стали сменяться глубоким разочарованием. Скажу больше. Для правоведов, считавших себя знатоками юридической материи и уверовавших в могущество искусного, утонченного юридического инструментария, это разочарование приобрело характер некой, внезапно наступившей духовной, профессиональной драмы. Будто рухнуло небо.

Выходит, законы, право в том виде, в каком они существуют сейчас, — это вовсе не та панацея, не тот чудодейственный рычаг, одной лишь силы которого достаточно для того, чтобы добиться желанных перемен. Словом, чего уж лукавить, для нас, юристов, безоглядно веровавших в право, наступила пора отрезвления, краха иллюзий, необходимости какого-то нового подхода к праву, его миссии в жизни общества.

КРАХ ИЛЛЮЗИЙ затронул, понятно, и настроения правового романтизма. Особенно того романтизма, основы которого сложились в советских условиях.

Как ни прикидывай, правовая романтика в советских условиях, возвеличивая право и тем самым решая какие-то сегодняшние проблемы, а главное — закладывая добрые кирпичики на будущее, одновременно все же прикрывала существующие порядки, создавала благообразную завесу тому жестокому партийно-кэзэбистскому строю,

который по самой своей сути был стопроцентным антиподом праву в его высоком гуманистическом значении.

Именно отсюда проистекает одна из отрицательных черт советской («романтизированной») юриспруденции, во всяком случае – ее теоретико-пропагандистских ветвей и подразделений. Это восторженно-апологетическая тональность оценок и суждений, содержащихся в тысячах статей и книг по советскому праву. Тональность, которая вводила в заблуждение, оболванивала многих людей, в том числе и самих авторов статей и книг. Ну, и понятно, не менее тяжкий грех советской романтизированной юриспруденции состоит еще и в том, что правовой романтизм, как и всякий романтизм, неотделим от иллюзий, от обманных надежд, несбыточных перспектив, в данном случае – от веры в то, что и при существующей обстановке тоталитарного, по-азиатски огосударственного общества возможно торжество права и правосудия, победа их светлых идеалов.

А это, рано или поздно, влечет за собой разочарования, нравственные и духовные потери, крушение идеалов и надежд. Рано или поздно, такого рода тягостные последствия обрушиваются и на самих «правовых романтиков». Полную чашу связанных с ними переживаний испил и автор этих строк. Терпел и терплю их с полным пониманием того, что такого рода духовное возмездие вполне закономерно, справедливо и нужно наконец-то очиститься от скверны и проклятия прошлого.

5. Другая тяжкая реальность

ПРАВО – ПРАВОМ, но все же центром жизни советского общества в ходе перемен, развернувшихся со второй половины 80-х годов, оставалось явление, наверное, самое могущественное и своенравное из всех, что возникли в людском сообществе, – власть. В наших условиях – Большая власть. А в годы перемен на узкой дорожке Большой власти, наряду со всем тем, что характеризует сложные, многогранные процессы яростного противоборства тиранического режима и демократии, столкнулись две личности – М. Горбачев и Б. Ельцин. И клубок событий, закрутившийся вокруг Большой власти и этих двух личностей, во многом определил развитие и судьбу громадной страны – СССР, а затем – России, а отсюда во многом и судьбу права в нашем обществе.

Так прикосновение в реальных делах к праву, к его достоинствам за короткое время обернулось тем, что стало необходимым посмотреть на события с более широких позиций – с позиций Большой

власти, характеризуемой под углом зрения драмы двух незаурядных личностей.

Если попытаться свести факты того времени к единому обобщающему положению, относящемуся к правовой проблематике, то они клонятся, пожалуй, к тому, что право в СССР, а затем – в России откровенно выступило в виде орудия политической борьбы, даже в известном отношении – борьбы политико-личностной.

Когда столкновение политических сил, начавшееся в ходе демократических перемен, происходило на поле единого общесоюзного пространства и в рамках действующей общесоюзной юридической системы, то сколько-нибудь серьезной угрозы существующему советско-коммунистическому строю, даже при все более обретающем силу Верховном Совете, не возникло.

Но вот в сложные процессы политических противоборств вступили союзные республики, которые по Конституции 1977 года были одарены «суверенитетом» (по нравам доперестроечного времени – в сугубо формальном плане, но вдруг после 1985 года ставшим грозной реальностью).

И опять-таки, покуда такого рода противоборства происходили в окраинных и привычно-беспокойных районах (в Прибалтике, в Грузии), они не представляли для господствующей власти значительной угрозы. Хотя какие-то превентивные меры на этот счет союзная власть и предпринимала. В союзном парламенте был принят ряд законов, призванных ввести суверенитет республик в жесткие рамки (например, закон об «экономическом суверенитете» прибалтийских республик). Было форсировано формирование Комитета конституционного надзора – ККН, который, по замыслу, должен был наводить порядок в законодательном хозяйстве республик.

События на данном участке государственно-правовой жизни развернулись и сразу приняли драматический характер, как только в 1990 году в процесс «суверенизации» включилась РСФСР – Россия, которая объявила не только суверенитет РСФСР, но и приоритет российских законов над общесоюзными.

Именно последняя из приведенных законодательных записей Декларации о суверенитете, принятой летом 1990 года Съездом народных депутатов РСФСР, оказалась роковой, начиненной губительной, разрушительной силой. При отсутствии правового учреждения, которое могло бы контролировать соответствие республиканских законов его собственной компетенции (ККН, как будет отмечено дальше, несмотря на замысел, был лишен такого права), республи-

канские законы становились могущественной силой, способной отвоевывать власть у «центра» и в конечном итоге взорвать целостное союзное государство.

Быть может, самое трагическое в подобной акции и в развернувшейся затем «войне законов» состояло в том, что все это рассматривалось демократически настроенными силами общества лишь под одним углом зрения — в качестве победоносного движения к демократии — успешного отвоевания власти «демократической Россией», возглавляемой Б. Ельциным, у «прокоммунистического, горбачевского центра». При этом не придавалось должного значения тому обстоятельству, что в этом противоборстве существенное место занимала схватка двух личностей — М. Горбачева и Б. Ельцина, столкнувшихся на тропе Большой власти, одного из неуничтожимых наследий советской системы. И именно этот личностный акцент событий придавал совершаемым акциям повышенную остроту, жесткость, выводящие эти акции на самую грань законности, а то и переходящие эту грань, а главное — превращающие юридические установления преимущественно в средство политической борьбы, борьбы за власть.

ТОГДА-ТО И ПОЯВИЛИСЬ российские законы, нацеленные на то, чтобы фактически «перетянуть» на сторону РСФСР население в пока что единой стране (особые, выгодные для граждан пенсионные законоположения, закон о реабилитации народов), и, более того — законы, позволяющие осуществлять фактический передел власти и собственности. Подобный характер имели принятые в РСФСР нормативные положения об одностороннем изменении «юрисдикции» государственных предприятий, об их переходе при таком изменении в ведение российских органов власти и управления.

Все эти и ряд других республиканских законодательных акций, сыгравших заметную роль в сокрушении советской тоталитарной системы, существующей в виде союзного государства, породили и отрицательные последствия — стали предпосылкой для дальнейшего разрушения народного хозяйства, для вспышки межнациональных конфликтов. Одним из таких отрицательных последствий стало дальнейшее умаление права как самостоятельного института жизни общества — открытое использование законов, иных нормативных актов в политической борьбе, в борьбе за власть.

И никто не отдавал отчета в том, что как раз сама демократия гибнет от такого рода «жертв». Ибо без права, соответствующего демократическим началам, действительная демократия невозможна, немыс-

лима: она неизбежно превращается в фарс, в благообразное прикрытие режима, в котором начинает господствовать авторитарная власть.

6. Итак – поражение

КРАХ романтических правовых иллюзий в первые же годы демократических преобразований уже в то время требовал (пусть и не сразу) признания некоторых, теперь уже самоочевидных положений в отношении советской юридической системы.

Прежде всего того, что сложившаяся в условиях советского общества юридическая система (в целом!), при всей важности и незаменимости уникального юридического инструментария, *не способна* обеспечить с правовой стороны сколько-нибудь существенные преобразования, направленные на утверждение в обществе демократии, экономической свободы, свободы личности. По своей внутренней настроенности, органике советскому праву, даже со всем богатым юридическим инструментарием, не «дано» осуществлять подобные задачи.

И другой, не менее достойный внимания итог. Оказалось, что советское право, несмотря на весь свой внешний благообразный антураж, представляет собой явление сугубо политического порядка, и оно в годы перемен *способно* быть, точнее – оставаться орудием политических схваток, борьбы за власть.

Тут-то и стало очевидным, что есть особая плоскость характеристики права. Плоскость, в соответствии с которой позволительно говорить не о праве «вообще» со своим превосходным юридическим инструментарием, а о праве, которое служит власти.

Ведь право – это не просто «совокупность норм» (как было принято считать в советской юридической науке), т.е. не просто хаотическое скопище разнообразных юридических установлений, порой эффективных и впечатляющих, а единая, целостная *система*, имеющая свою душу, свой цементирующий стержень.

И вот право, сложившееся при сталинско-брежневском тираническом строе под именем «советское право», до самого последнего времени отличалось тем, что оно, как единая, целостная система, носило опубличенный, по-азиатски тотально огосударственный характер. Иначе говоря, было приспособлено для бесконтрольного доминирования в обществе всесильной партийно-государственной власти. И не просто право власти, а *право идеологизированной тотально-всесильной власти, призванной всей своей мощью реализовывать коммунистическую доктрину.*

А ОТСЮДА, помимо всего иного, следует, что какие-то частичные изменения в действующей правовой системе, вносимые в нее отдельные правовые новеллы, направленные на развитие демократии и свобод и потому не отвечающие ее природе и назначению, оказываются чужеродными. Они отторгаются системой и вследствие этого заранее обречены на бесплодность: такого рода изменения и новеллы неизбежно оказываются размытыми и в конечном итоге обескровленными, смятыми, неспособными дать ожидаемого эффекта.

Выходит, демократическое преобразование юридической системы, сложившейся в условиях тоталитарного режима, состоит не столько в отмене тех или иных реакционных правовых положений и во включении в действующее право, казалось бы, передовых демократических установлений с использованием искусного юридического инструментария, сколько в том, чтобы,

во-первых, *осуществить преобразование ведущих, основополагающих социальных факторов всей общественной жизни, в первую очередь — собственности, а также власти, для сути которой должны стать характерными демократическая направленность и умеренность;*

и во-вторых, *изменить саму настроенность, внутреннюю органику, природу юридической системы, достигнуть того, чтобы она стала Д Р У Г О Й, соответствующей требованиям демократического общества.*

А что значит «другой»? Ответа на этот вопрос в те годы, годы только-только разворачивающихся в России демократических преобразований, еще не было.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ НЕЖДАННЫЙ ШАГ

1. Новый шанс?

В КОНЦЕ 1989 ГОДА я ушел из Верховного Совета.

В этом уходе было много личного. Вдруг я почувствовал какую-то безысходность своей работы. Вдобавок к этому – приходилось постоянно быть в атмосфере захлестывающих все и вся страстей, необузданной политической стихии, вырвавшейся из-под гнета репрессивного режима и разлившейся по всему обществу. Так было в России после февральской революции 1917 года; так случилось в нашей стране в посттоталитарное время. Фокусом же этой бушующей стихии стали как раз форумы народных депутатов – Съезд, Верховный Совет. Здесь можно было ораторствовать, выступать перед депутатской и одновременно телевизионной аудиторией (в чем я, кажется, в какой-то мере преуспел). Но вести в подобных условиях основательную законоподготовительную работу, требующую вдумчивости и неспешности, дело невозможное, для душевного состояния – постоянно стрессовое.

Несмотря на шумную, внешне достойную жизнь (что, увы, вызывало недобрые чувства у некоторых коллег, озабоченных добычей места под солнцем, близости к власти), все чаще стал испытывать унылое настроение, состояние безнадежности. Взбадривали какие-то встречи, совещания, на одном из них, в ЦК впервые, кажется, открыто сказал о необходимости учета нами опыта иной идеологической ориентации, социал-демократии. Была поразительная по впечатлениям поездка в группе сопровождения М. Горбачева в Италию. Раза два-три съездил к дочерям в Питер; в одну из поездок вновь (впервые это произошло 26 апреля 1986 года, в день Чернобыльской катастрофы) посетил с дочерьми и внучатами район Жарка. И вновь места моего годичного стояния на Волховском фронте не нашел, хотя испытал потрясение от вдруг, неведомо как прорвавшейся атмосферы военной молодости, фронтовой обстановки...

Но как бы то ни было, именно во всей этой суете решимость уйти из Верховного Совета все крепла, крепла. Тем более что озабоченность

судьбой права в нашем Отечестве, подорванная рухнувшими романтическими иллюзиями, все же была, и она, как выяснилось вскоре, только искала нового приложения сил, нового шанса.

КОГДА, РЕШИВШИСЬ, на одной из деловых встреч я упомянул о своей настроенности А.И. Лукьянову, все более сосредоточивающему дела Верховного Совета СССР в своих руках, он сказал как будто бы лестные слова, в которых прозвучали (или послышались?) сурово-предупредительные, пожалуй, грозные нотки. Он сказал: «Вы теперь набрали такую высоту, с которой просто так не сходят». (Позже, и неспроста, мне подумалось: где-то в жизни есть еще целые миры, из которых просто так не уходят...)

Но, видимо, тот разговор не прошел даром.

Через неделю-другую после упомянутого разговора М. Горбачев, встретив меня в фойе здания Верховного Совета, отвел в сторонку и сказал: «Анатолий Иванович передал мне Ваши намерения. Так вот, мы решили рекомендовать Вас на пост Председателя Комитета конституционного надзора (ККН), у Вас там и для науки останется время». Я не возражал, хотя и понимал трудности при прохождении на этот пост (несколько месяцев до того на этот пост на Съезде представлялся В.Н. Кудрявцев, вице-президент Академии наук).

В ДЕКАБРЕ 1989 года я был представлен Съезду как кандидат на пост Председателя ККН. Депутаты меня уже знали. И я прошел на этот, как многим казалось, высокий и престижный пост без осложнений. Хотя осложнения, и великие, могли быть (и это потребовало бы от меня каких-то неординарных решений), по слухам я знал, что предполагалось по инициативе ряда депутатов выдвинуть на упомянутый пост Андрея Дмитриевича Захарова. Но в самый канун Съезда произошло несчастье — Андрея Дмитриевича не стало.

Впрочем, Комитет в полном своем составе на Съезде не был избран: по каждой кандидатуре начались сложности и дебаты, и прошло предложение — понятно, из Президиума Съезда — передать это хлопотное дело в Верховный Совет.

КОМИТЕТ КОНСТИТУЦИОННОГО НАДЗОРА в том виде, в каком он был задуман и обрисован в особом законе, представлялся своего рода тихой, но престижной обителью.

Несмотря на свое громкое название («комитет надзора», да еще — «конституционного») и обладание некоторыми особыми прерогатива-

ми (например, возбуждать дела по своей инициативе), Комитет сколько-нибудь существенных прав по надзору, именно р е а л ь н о м у н а д з о р у, требующему действенного комплекса надзорных средств, н е и м е л.

Комитет «надзирал» за одними лишь бумагами, да и по сути дела он, в сущности, был органом Съезда, которому ККН должен был докладывать о «нарушениях действующей Конституции», да и вообще всей своей сутью он был направлен на то, чтобы никто, прежде всего — союзные республики, никто не отступал от буквы «социалистической конституции» (напомню — брежневской, — пусть и с поправками, демократически звучащими нововведениями, но закрепившими «победу зрелого социализма в СССР», «верховенство общенародной собственности», «единый народнохозяйственный комплекс» и все другое, «последовательно социалистическое», что сохранялось в тексте действующей Конституции).

Свою особенность «тихой обители» ККН упрочил, когда при утверждении закона о Комитете его не столь уж великие права были еще более урезаны, обкромсаны. Депутации республик (особенно — прибалтийских, кавказских) уловили, что ККН по закону призван утверждать незыблемость общесоюзных законодательных установлений и пресекать «республиканскую отсебятину». И под напором этих депутатий, всех депутатов, подозревающих Кремль в «кознях», Съезд — обратим внимание на этот пункт — вообще лишил Комитет права давать конституционную оценку законам союзных республик. И хотя из такого ограничения, весьма значительного, было сделано исключение (рассмотрению ККН подлежали республиканские акты, затрагивающие права и свободы человека), все же главная партийно-советская задумка, лежащая в основе образования Комитета, была подорвана.

ТЕМ НЕ МЕНЕЕ, несмотря на все особенности ККН, впечатления о нем как о некой «тихой обители», на ограниченность и урезанность его прав, существовала возможность, пусть и проблематичная, все же превратить Комитет в действительно конституционно-правосудный орган, который был бы способен завоевать какие-то позиции «третьей власти», — обстоятельство, которое и побудило меня согласиться с предложением возглавить Комитет.

Не могло ли это стать ключиком к воссозданию в реформируемом обществе действительно сильного, действенного правосудия? А значит, и права? Ведь реалии советского общества все более свидетель-

ствовали о том, что сами по себе вновь принятые прогрессивные законы так и оставались недействующими, «бумажными».

И, кстати сказать, не этим ли объясняется та легкость, с которой партократический режим «отпустил» в 1990 году Верховный Совет в свободное законотворческое плавание? И впрямь множество вновь принятых законов оказалось как бы в вакууме, где-то в стороне от реальных жизненных процессов. В тех же случаях, когда закон имел реально-действенное значение (как это случилось с законоположениями об аренде), отсутствовали институты (а ими могли быть как раз мощные и независимые судебные учреждения), которые были бы в силах преодолевать существующие чиновничье-бюрократические препятствия и обеспечивать реализацию закона.

Увы, действующие суды (и общей юрисдикции, и арбитражные), взращенные партийно-идеологической советской системой, действительные правосудные функции выполнить были не в состоянии.

Не скрою, именно тут, на новом участке политико-государственной деятельности, вновь вспыхнули романтические надежды, связанные с правом. Эти надежды подогревались еще и тем, что в составе Комитета оказались видные советские правоведы. Такие, как профессора М.И. Пискотин, Б.М. Лазарев, Ю.К. Толстой, ряд других правоведов, в том числе из союзных республик. Да у меня, добавлю еще, со времен работы в качестве заместителя народного судьи (эту функцию на общественных началах в отпускной для судей период я выполнял в течение ряда лет) прочно вошла в мою плоть вера в высокое, быть может, решающее предназначение суда. Закрепились и какие-то навыки судейской работы.

2. Как будто бы обнадеживающие результаты

ОКОНЧАТЕЛЬНО состав ККН был сформирован к лету 1990 года. И с того времени Комитет приступил к работе.

В состав Комитета входили правоведы с разными политическими ориентациями и настроем. Но все же чуть ли не всех специалистов, включенных в состав ККН, а это в большинстве своем были — как уже упомянуто — крупные правоведы из России, других союзных республик, объединяло (как и по вопросам законодательства в Верховном Совете) стремление каким-то образом реализовать конституционно-правосудную миссию Комитета, ну и что говорить, поддержать марку — и свою, и всего нашего юридического братства.

Поначалу как бы все шло к тому, что Комитету действительно суждено проложить если не дорогу, то хотя бы тропинку к «третьей власти», утвердить и развить первые ростки конституционного правосудия, что должно было, по нашим предположениям, послужить импульсом к воссозданию всей системы мощного и независимого правосудия в государстве, которое во всеуслышание уже объявило себя «правовым».

МНОГОЕ из того, что было сделано ККН за более чем двухгодичное его существование, уже забыто; а еще в большей мере — просто перекрыто последующими событиями, делами и словами будущих коллег (тем более, при сохраняющихся, увы, советских обыкновениях, связанных с отношением к своим предшественникам).

Тем не менее о четырех, казалось бы, обнадеживающих решениях Комитета следует все же сказать. И тут же, чуть забегаая вперед, нужно сразу же заметить, что не они сами по себе оказали какое-то влияние на правовое развитие страны, точнее — перспективу правового развития; впрочем, об этом речь впереди.

ПЕРВОЕ из таких решений (принятое чуть ли не сразу после того, как Комитет приступил к работе в сентябре 1990 года) — это решение, которым Комитет лишил юридической силы акт высшего лица в государстве, Президента, одновременно — партийного генсека, о введении «особого порядка» внутри Садового кольца Москвы.

За все время советской власти это было первое юридически значимое «нет» документу, исходящему от инстанции, решения которой ранее считались совершенно неприкасаемыми. На наше решение правящие круги отреагировали хотя и с внешней терпимостью, но на деле с пугающей злой беспощадной жесткостью. Примерно по такой схеме: «Ах так! Хотите быть третьей властью? Выше Президента и генсека? Тогда уж отправляйтесь на то место, которое вы и должны занимать на самом деле».

Так и получилось: прекратились контакты с руководящими инстанциями, блокировались публикации о решениях ККН, вся его финансово-хозяйственная деятельность была поставлена в униженное положение, низведена до уровня отдела аппарата Президиума Верховного Совета.

Было стыдно за наших государственных мужей. И потому на вопросы корреспондентов о характере отношений с Кремлем после нашего решения не вдавался в подробности, лукавил: «Отношения деловые».

ВТОРОЕ решение Комитета, о котором мне хотелось бы сказать, связано не столько с попытками как-то упорядочить бесконтрольную деятельность верховной власти, сколько с разрастающейся — то открытой, то «подковровой» — борьбой за власть между общесоюзным центром и республиками, в первую очередь — РСФСР (России), за которой отчетливо виделось и столкновение социальных ориентаций, и национальные страсти, и личное противоборство лидеров. Эта борьба, принимавшая самые различные, причудливые формы, вспыхнула в январе 1992 года вооруженными действиями армейских подразделений в Вильнюсе, а затем — в заметных подготовительных акциях того же порядка (прежде всего во введении «совместного патрулирования» в Москве, других городах с использованием бронетехники).

И вот мне пришлось в связи с вильнюсскими событиями выступить с заявлением, отклоняющим саму возможность использования армии во внутриполитических делах, а затем, когда по вопросу конституционности «совместного патрулирования» в ККН со специальным запросом, подписанным Б. Ельциным, обратился Верховный Совет РСФСР, рассматривать проблему использования вооруженных сил внутри страны на Комитете.

Рассмотрение этого вопроса на Комитете было трудным. Никаких запретов на использование вооруженных сил внутри страны в Конституции 1977 года не содержалось. Напротив, в ней был записан ряд расплывчатых формулировок, в том числе о «защите социалистического Отечества». Да и в Комитете было немало специалистов, настроенных на возможность широкого использования вооруженных сил «в интересах народа», «территориальной целостности страны», «социализма».

И все же в результате двух- или трехдневной изнурительной работы был выработан документ, в соответствии с которым использование вооруженных сил внутри страны признавалось конституционным только в том случае, когда оно прямо предусматривалось законом (например, законом о чрезвычайном положении).

Этот документ, видимо, произвел во властных аппаратах серьезное впечатление. И такая реакция выразилась в довольно странных событиях. Сообразно негласной атмосфере бойкота Комитета в печати в официальном обиходе заметна была линия на то, чтобы как можно скорее сделать так, чтобы упомянутый документ забыть. Будто его не было и нет. Несмотря на настойчивые попытки напомнить об этом документе (например, в августе 1991 года, а позже — в связи с войной в Чечне), о нем даже не вспоминали. В то же время, судя по

всему, и во властно-государственных инстанциях начало утверждаться мнение о том, что с ККН, не отменяя и бойкот, нужно все же поддерживать какие-то отношения.

Именно тогда я получил короткую записочку от Михаила Сергеевича с предложением «поговорить». Я позвонил Президенту, вопреки обыкновению соединили меня с ним немедленно. «Разговор» состоялся. Свелся он в сущности к тому, что необходимо поддерживать контакты. И эти контакты, вплоть до прекращения деятельности общесоюзных инстанций в декабре 1991 года, действительно время от времени происходили, ни разу не переходя грань сугубо деловых отношений.

ТРЕТЬЕ решение, вторгнувшееся в один из сокровенных механизмов советской политической и юридической системы, было посвящено «секретным» (закрытым) нормативным актам. Быть может, эти акты являли собой одно из наиболее выразительных показателей того, что за внешне, казалось бы, благообразным фасадом советского права скрывалась и действовала жестокая, беспощадная тоталитарная машина, свое коммунистическое право. В дополнение к тому, что в советском обществе основные юридические дела вообще происходили «вне» официального права, в весьма обширном внеправовом пространстве, где безраздельно господствовала партийно-советская номенклатура, в ткани самой официальной юридической системы решающую роль играли вовсе не законы, а акты ведомств, прежде всего — правительственных учреждений, силовых ведомств. Причем во многих случаях эти ведомственные акты были засекреченными, закрытыми.

Приходил, скажем, гражданин в органы внутренних дел с просьбой о его прописке в городе. И гражданину говорили там, посмотрев на его документы: «Прописать Вас не можем» — «Почему?» — «Инструкция запрещает» — «Какая инструкция?» — «Вам знать не положено. Инструкция не подлежит оглашению». И все, ничего сделать нельзя.

По своей инициативе ККН поставил вопрос о конституционности такого рода актов, затрагивающих права, свободы и обязанности граждан. И хотя на сей счет в советской Конституции, как и по вопросу использования вооруженных сил внутри страны, также отсутствовали какие-либо нормативные записи (обратим внимание на этот момент), Комитет весной 1991 года с опорой на международные документы (и этот момент достоин того, чтобы обратить на него внимание) признал подобные акты не соответствующими высоким консти-

туционным началам и постановил в весьма короткий срок опубликовать секретные документы, в противном случае они не должны были породить каких-либо юридических последствий.

Неожиданно и учреждения госбезопасности, и внутренних дел, и Минобороны, других ведомств, деятельность которых в основном опиралась на секретные документы, отнеслись к решениям ККН с пугающим спокойствием. Почему?

ЧЕТВЕРТОЕ решение, принятое во второй половине 1991 года, уже после августовских событий, затронуло один из фундаментальных устоев советской системы – порядок прописки, имеющей откровенно крепостнический характер. Опять-таки каких-либо записей на этот счет в действующей Конституции не содержалось. Но, опираясь на общепризнанные конституционные принципы и международные документы, закрепившие право людей на свободу передвижения и на свободный выбор своего местожительства, Комитет принял решение об отмене института прописки.

Кстати, при подготовке этого решения и при рассмотрении всего дела в ККН выяснилось то, казалось бы, странное обстоятельство, что всеисильные государственные инстанции в общем-то спокойно отнеслись к постановлению Комитета о «секретных» актах. Оказалось, что спустя месяцы после вступления в действие только что упомянутого постановления как раз в сфере прописки спокойно-преспокойно продолжали действовать все ранее принятые «секретные» документы, многие из которых сейчас пришлось специально отменять.

А в этой связи выяснилось и другое обстоятельство – то, что вообще решения ККН во многих случаях не просто замалчиваются, информационно блокируются, но изначально напрямую игнорируются на деле, не принимаются во внимание, не исполняются. Впрочем, и после принятия постановления о прописке в жизни ничего решительно не изменилось. А мэр Москвы Лужков открыто в печати заявил, что московские власти (всегда плотно связанные с центральными инстанциями) что-либо изменять в порядке прописки не будут. Не было на сей счет также и поддержки от демократических кругов. А один из журналистов (оправдывавший юридически-упречные действия Б. Ельцина в августе 1991 года иронически-апологетической газетной заметкой «Рыбу ножом?») и сейчас в газетной публикации заявил, что ККН демократам-преобразователям, дескать, «подкинул новое препятствие...».

3. Ловушка

НАСТАЛО ВРЕМЯ сделать более общее замечание об одной из особенностей советской политической системы, сохранившейся, увы, и в годы начавшихся преобразований и, быть может, наиболее коварно и жестоко сказавшейся на деятельности и судьбе ККН.

Суть дела здесь вот в чем.

Созданные при советском политическом режиме, особенно после середины 30-х годов «под солнцем» сталинской Конституции, многообразные политические институты имели с внешней стороны как будто бы вполне достойный характер, казалось бы согласующийся с мировыми стандартами. Более того, по своей основе, как следовало из легальных формулировок и официальных комментариев, советские институты даже опережали эти мировые стандарты (ибо они декларировались в качестве таких, которые «служат интересам трудящихся», выражают «подлинную волю народа», «трудящихся масс», «высшего социального строя — коммунизма» и т.д.). Все это давало основания твердить о существовании в СССР «подлинного парламента», «действительных, а не формальных прав гражданина» и прочих реальных демократических образований, притом — «принципиально новых», «великих».

И вот здесь надо видеть суть дела. Хотя советские политические институты порой давали некоторый положительный эффект, вовлекали людей в общественные дела, в целом они создавали лишь *видимость* демократизма, по своей сущности они были продуктом крупномасштабных политических фальсификаций, государственной лжи. Ибо они строились так, чтобы ни в чем, ни в самой малости не мешать деятельности всемогущего партократического режима. По коренным вопросам жизни общества они реального значения не имели. Фактическую власть в стране за фасадом демократизма и действующего законодательства осуществлял партийный аппарат во главе с Политбюро и генсеком, а на местах — во главе с первыми секретарями обкомов (которые в немалом числе вскоре, в перестроечное время, стали политическими лидерами). Причем в отношении основных рычагов власти: карательно-репрессивных органов, силовых ведомств, чиновничества — руководящие чины партаппарата командовали напрямую, минуя официальные правительственные и тем более представительные («советско-выборные, советско-парламентские») учреждения.

В ГОДЫ начавшихся в советском обществе перемен, особенно в 89–90-е годы, указанная линия в построении и деятельности поли-

тических учреждений, несмотря на все, казалось бы, крупные новации, каких-либо существенных изменений не претерпела. Разве что постоянно действующий Верховный Совет стал обретать реальную законодательную власть (об этой стороне идущих процессов ранее уже говорилось), да благоприятный фон для демократических тенденций создавала все более входящая в жизнь гласность, пусть еще не развернувшаяся, в чем-то еще ущербная, но все же ведущая к свободе слова, а вместе с гласностью — терпимости к инакомыслию.

По многим позициям нововведений довольно явственно ощущалась линия на то, чтобы свобода оставалась в твердых рамках, реализовалась лишь до известных пределов, до «сих» — не более. Во всяком случае так, чтобы все демократические новации, изображаемые в виде высшего достижения демократического развития, не поколебали все же святая святых строя — «руководящую роль Коммунистической партии».

ОБРАЗЦОМ такого лукавого построения государственных учреждений в обстановке «развития демократии» и должен был стать Комитет конституционного надзора. Не «конституционный суд» (как в большинстве демократических стран), не «конституционный совет» (как, скажем, во Франции), не единый Верховный суд (как в США, ряде других стран, что возвышает до уровня третьей власти всю правосудную систему), а именно «комитет надзора», и все попытки поменять название вновь образуемого учреждения — если не «суд», то хотя бы «совет» — наталкивались на глухую, непробиваемую стену неприятия.

Итак, с внешней стороны в политическую жизнь страны вошло как будто бы нечто новое и значительное: учреждение, призванное активно обеспечивать реализацию действующей Конституции (что там «суд» или «совет»? — тут *надзор!*).

И вместе с тем, к сожалению, в то время никто не обратил внимания на то, что подобное построение конституционно-надзорного органа не только перекликается с общей имперской традицией, сложившейся в России (где с петровских времен всякий «надзор», начиная с прокуратуры, должен был стать «государевым оком»), но подрывает идею разделения властей, возможность конструирования конституционно-надзорного учреждения в качестве «третьей власти». И потому ККН был создан не в виде суверенного подразделения власти, однолинейного с другими подразделениями, а в виде органа, подчиненного Съезду — единовластному, верховному по новым конституционным установлениям коллективному правителю страны (увы, несколько позже учрежденный Конституционный Суд РСФСР, хотя и обладал

более широкой компетенцией, оставался все же «съездовским» органом и лишь в 1993 году, после крушения партokratической системы, формально обрел самостоятельный статус).

ККН мог «приостановить» какой-то акт, сделать какое-то представление, а окончательно тот или иной вопрос конституционного порядка вправе был решать только Съезд.

Такой, в сущности бесправный, статус был осложнен еще и тем, что при утверждении ККН на Съезде он был, как уже отмечалось, лишена права давать конституционную оценку актам союзных республик.

Так что специалисты-правоведы, оказавшиеся в ККН, попали в трудное и ложное положение. Они настроились на юридически-высокозначимую, правосудную работу, на это же ориентировал их официально провозглашенный статус Комитета, ожидания общества, людей. На деле же Комитет оказался беспомощным, фактически неспособным выполнить миссию, вытекающую из его наименования.

Тут-то и стали вырисовываться очертания той ловушки, в которую попали правоведы, рассчитывавшие именно через ККН осуществить романтические мечтания о возвышении права и правосудия в советском обществе. «Комитет конституционного надзора», как будто призванный демонстрировать «успехи демократии», предназначался для того, чтобы быть ее видимостью, а по сути дела обслуживать интересы верховной партийно-государственной власти, выполнять в отношении республик, всех иных субъектов, с опорой на брежневскую Конституцию 1977 года, своего рода полицейско-надзирательские функции.

НЕ ВСЕ получилось, и не все было ладно в работе Комитета конституционного надзора в краткий по историческим меркам, двухгодичный миг его существования.

Все время он находился в поле повышенного политического напряжения, беспрестанных попыток втянуть Комитет в политическую борьбу, в зоне повышенных ожиданий со всех сторон, а главное — он функционировал в чужеродной политико-социальной среде, которая по самой своей органике отторгала реальный конституционно-правосудный институт.

Да и члены Комитета, хотя и были в большинстве своем крупные юристы, несли на себе груз старого мышления, советских стереотипов, порой испытывали колебания, нерешительность (сие замечание относится и к автору этих строк). Часть же членов Комитета находилась в прямых контактах с правящей партokratическо-советской элитой. (Недаром А.И. Лукьянов — как мне передали — в минуту раздражения заявил: «Вот они принимают всякие свои решения — дорвались

до самостоятельности, но только они задумали их, я уже знаю о том через 5 минут...»; и, судя по всему, действительно знал.)

Каким же образом, спрашивается, Комитету, при таких установлениях и таком фактическом положении дел, удалось все же принять ряд серьезных правовых решений, способствующих формированию демократического права в России?

Работе Комитета по утверждению демократических принципов права помогла выработанная на практике конструкция «заявления» (не «заключения», как полагалось по закону, а именно «заявления», определявшего собственную позицию ККН по тому или иному вопросу). Как раз в форме «заявления» Комитет отреагировал в 1991 году на использование вооруженных сил в Вильнюсе, на действия августовского ГКЧП, на декабрьские Беловежские соглашения.

Конечно, работе ККН способствовали его контакты с печатью, телевидением – пресс-конференции, интервью, аналитические статьи (одна из них приведена во втором разделе этих заметок).

Ну и понятно, для решения конституционно-правосудных задач использовались – пусть и крохотные – возможности, которые предоставлялись ККН законом.

Одна из таких возможностей – право возбуждать дела по собственной инициативе. Все отмеченные ранее решения принципиально-правового значения – решения, принятые ККН по своей инициативе.

Вместе с тем была еще одна «зацепка» в законе, позволявшая – как выяснилось позже – не только в конце концов все же выйти на достаточно высокий уровень конституционно-правосудной деятельности, но и в процессе практической работы *сделать нежданный, действительно серьезный, кажется, первый шаг к тому, чтобы начать работу по смене координат, преобразованию самой органики права, начать движение к утверждению тех его характеристик, которые должны быть присущи праву в современном демократическом обществе.*

Об этом дальше. А пока – о той политической обстановке, которая сложилась в стране в конце 80-х – начале 90-х годов. И особенно – после драматических событий августа 1991 года.

4. Между Большой властью и безвластием

ЗДЕСЬ вновь не обойтись без некоторых пояснений общего порядка.

При оценке и анализе становления права в России, роли в этом деле отдельных институтов и принимаемых в этом направлении, казалось бы, решительных мер часто остается незамеченным фундамен-

тальный факт, решающим образом влияющий на характер, темпы и успешность правового развития, да и реформирования и модернизации российского общества в целом. Этот фундаментальный факт — существование в обществе мощной власти. Власти, которую под известным углом зрения можно назвать БОЛЬШОЙ.

СНАЧАЛА о том, что понимается под термином, ранее уже использованным, — Большая власть.

Он означает, что перед нами — власть, по своему объему намного превышающая потребности нормального, естественного общества на современной стадии развития цивилизации.

По своей основе это власть, в принципе неограниченная, всесильная, тотальная, не имеющая в своем функционировании сколько-нибудь значительных преград (поэтому она и становится по своему объему «большой»). В этом своем качестве она может быть обозначена уже существующими, принятыми, привычными понятиями, в том числе — «авторитарная власть», «тоталитарная власть», «тиранический режим».

В то же время нужно иметь в виду и то обстоятельство, что власть, которая может быть обрисована как «большая», допускает — пусть и до определенных пределов — также и известную демократизацию. Оставаясь по ряду черт авторитарной, она вместе с тем может включать систему выборов, провозглашать принцип разделения властей, функционировать в обстановке гласности, свободы слова (подстраивая все эти демократические компоненты, порой весьма искусно, для своих нужд).

Главное же в том, что общим знаменателем для Большой власти является ее объем — то обстоятельство, что ее просто «много». Она действительно по объему БОЛЬШАЯ, заполняет собой в виде огромного класса чиновничества все общество, гигантской недвижимой глыбой внедрилась в само его нутро. Такая власть во всех случаях, в том числе при всех своих возможных действительных и иллюзорных демократических аксессуарах, продолжает функционировать по жестким законам власти, которой в обществе *много*. Со всеми присущими для такой власти особенностями и приметами — с кастовостью, многоступенчатостью при принятии решений, а главное — с *гигантским вседушим чиновничьим аппаратом*, который становится в обществе мощной непоколебимой силой.

И потому, в частности, политическая жизнь общества с Большой властью сводится в основном к тому, у кого в руках оказываются основные ключики, рычаги от этой всесильной власти, и к тому, какое место занимает чиновник в бюрократической иерархии.

КАКОВЫ основания формирования в России после Октябрьской революции 1917 года, возвестившей об установлении «подлинного народовластия», тиранического режима с отмеченными ранее чертами? Причем режима не просто с «большой», а поистине с гигантской идеологизированной, диктаторски-вездесущей властью, прикрываемой фарисейско-парадными формами «подлинной демократии» (Советами, советским федерализмом, социалистической законностью и др.).

Конечно, немалую роль сыграли здесь российские имперские, державные традиции восточно-тиранического типа, утвердившиеся в России со времен Ивана Грозного и в европеизированном виде — со времен Петра Первого. Советский Союз уже к середине 20-х годов стал преемником имперской России, ее, если угодно, искусным иезуитским продолжателем, где острые и жесткие имперские методы и приемы политического и великодержавного господства внешне облагораживались советско-коммунистическими догмами.

Но главные основания — в другом. Сразу же после революционной эйфории первой поры революции 1917 года выяснилось, что коммунистическая утопия о «светлом будущем» на практике сама собой, да и вообще никак не реализуется. Более того, попытки ее претворения в жизнь (коммунистическое распределение «на равных», создание коммун и др.) привели к экономическому краху, развалу экономики и нарастающему сопротивлению большинства населения.

Отсюда переход советской власти к политике «хотите — не хотите, а заставим быть счастливыми», а в этой связи — к частому и все более ожесточенному насилию, которое по существующей здесь страшной логике вылилось в конце концов в формирование разветвленной системы неконтролируемых репрессивно-карательных учреждений, гигантского чиновничье-бюрократического аппарата с его всевластной верхушкой — партгосноменклатурой, костяка Большой власти советского типа.

Плюс к этому гигантской командно-административной власти потребовались сложившаяся в 20–30-е годы советская плановая экономическая система, предельная централизация всей социальной жизни, огосударствление всех основных подразделений и секторов советской общественной системы. Центральное звено здесь — отсутствие естественных стимулов к труду (кроме всплеск энтузиазма, фанатизма и отдельных материальных стимулов), что обусловило использование различных способов и институтов принуждения к труду (от труда заключенных до обязательного распределения молодых спе-

циалистов) и, следовательно, развертывание всего арсенала государственного насилия.

В таких условиях, понятно, заработала сама логика власти, в генетике которой заложено стремление к абсолютизации, нетерпимость ко всему, что ей противостоит. И естественно, на формирование и безудержный рост Большой власти в немалой степени повлияли персональные особенности вождей коммунизма, прежде всего — Ленина и Сталина, склонных, хотя и в разных пропорциях и в различном обличье, к единодержавной власти восточно-тиранического образца.

И ВОТ, когда в 1985 году под напором нарастающих трудностей и бед подошло время реформ в советском обществе, надо видеть, что решающим фактором, повлиявшим на ход и результаты реформ, стало не только господство в обществе коммунистических догм, но и в не меньшей мере — вся обстановка в общественной жизни, порождаемая Большой властью.

Наиболее существенным представляется здесь следующее.

Начиная с 1985 года фокусом всех проблем реформирования стала сама власть, обладание ею, овладение или, напротив, сохранение ее главных рычагов, механизмов.

Вот почему, например, во всех драматических поворотах в цепи событий реформирования общества ключевую роль неизменно играли силовые ведомства: армия, учреждения госбезопасности, внутренних дел.

Особенно — армия, вооруженные силы. «С кем армия?» — этот вопрос и в дни августовских событий 1991 года, и в трагическое время распада СССР в декабре этого же года после Беловежских соглашений, и в тревожную ночь с 3 на 4 октября 1993 года, в канун штурма Белого дома. Вопрос, еле заметный за пеленой политической суеты, в действительности был решающим.

Ведь основное событие, предопределившее официальный «ропуск» Советского Союза, произошло не 8–9 декабря, когда были подписаны главами трех союзных республик Беловежские соглашения, и даже не в начале двадцатых чисел, когда к этому присоединились другие республики, а между этими датами, когда — внимание! — состоялось совещание командного состава вооруженных сил, на котором поочередно выступили М. Горбачев и Б. Ельцин, и в итоге совещания было принято решение о том, кому из них отдать предпочтение.

И такой еще штрих. В 89–90-х годах, когда партийные органы все более теряли свое влияние в законодательных и многих исполнитель-

ных учреждениях, они вплоть до лета 1991 года все же чувствовали себя (и это ощущали многие свидетели событий того времени) как-то спокойно, не очень-то тревожно. Почему? Да по той простой причине, что сохранялся в неизменности главный источник их могущества — порядок прямого подчинения всех силовых ведомств и всех их подразделений непосредственно руководящим партийным инстанциям.

ВЕРНЕМСЯ, однако, к существу вопроса. Если рассматривать его со стороны теории, то оно заключается в том, что власть лишь до известных пределов (объемов) представляет собой социальное явление, которое допускает в отношении себя верховенство права, подчиняется такому верховенству.

Вообще, в соотношении власти и права наличествует целый ряд поразительных, порой причудливых граней. Самая существенная из них заключается в том, что в любом обществе, при любом режиме, даже, казалось бы, при доминировании в обществе демократических и гуманистических начал, власть — политическая власть — остается самой мощной силой, наиболее могущественным фактором, способным решающим образом влиять на все стороны жизни общества. И в том случае, если в обществе отсутствуют институты, могущие в той или иной мере противостоять власти, и сама она достигла значительных величин («Большая власть»!), то право — что ни предпринимай — не в состоянии возвыситься над властью, подчинить ее себе.

Право в такой ситуации, неизменно оставаясь «правом власти», способно лишь в известной степени упорядочить властные отношения, ввести их в известные рамки, но не более того.

Многосложное, причудливое политическое развитие советского общества в годы начавшихся во второй половине 80-х годов перемен, с его неожиданными поворотами, нелогичностью, спадами и взрывами, во многом объясняется тем, что оно происходило «внутри» гигантского монолита власти, в атмосфере, ею созданной и поддерживаемой.

Центром «возмущения» в таком развитии стала в 88–91-м годах жесткая борьба между собой двух незаурядных деятелей, выходцев из советской партократической системы — М. Горбачева и Б. Ельцина. Самые поразительные, парадоксальные последствия, связанные с этой ожесточенной борьбой, состояли в том, что в ее ходе происходили нарастающие процессы эрозии тоталитарной системы, крушение ее силовых устоев и даже становление, упрочение истинно демократических сил, — процессы, при которых, однако, сам феномен Большой власти оставался в принципе нетронутым, неизменным.

И с этой точки зрения — еще один поразительный факт. При невероятном обилии демократических лозунгов, заявлений, деклараций, казалось бы самых решительных и радикальных, никто из приверженцев демократии не выдвинул (да и сейчас не выдвигает) ключевого требования, предопределяющего успех демократических преобразований, — не только формирование в экономике «рынка», но и *перевод всего общества на самоуправляющиеся начала и в этой связи — сокращение объема власти в обществе, сведение ее к такому минимуму, без которого самоуправляющееся общество не может обойтись*. Напротив, политические деятели разного толка — от «демократов» до «монархистов», как бы соревнуясь друг с другом, настойчиво выступали и выступают ныне за «крепкую государственность», за «державность».

Между тем такая линия в политической жизни, предполагающая сохранение в обществе незыблемого монолита императивной власти, лишает саму возможность развития права в его современном гуманистическом понимании какой-либо перспективы.

КАК ЭТО НИ УДИВИТЕЛЬНО, события в России во второй половине 80-х — начале 90-х годов (при сохранении самого феномена Большой власти) привели общество к состоянию *безвластия*. Очередной парадокс российской действительности? Да, разумеется. Хотя разрушительный характер возникшей в этой связи ситуации, в том числе и по отношению к перспективе развития права, не получил ни тогда, ни сейчас должной оценки.

Три роковых обстоятельства, относящиеся к советскому прошлому, способствовали скатыванию России в состояние безвластия.

Во-первых, это центробежные тенденции, процессы раздробления формально-единой союзной власти. Начиная с 89–90-го годов руководство ряда советских республик (прежде всего — прибалтийских, Грузии, Украины, Молдавии), опираясь на конституционную запись об их суверенитете, взяли курс на создание «своей» обособленной государственности, «своих» законов, на их верховенство по отношению к общесоюзным законам.

Наиболее разрушительные последствия в данном отношении наступили именно в России, когда в 1990 году в ходе суровой борьбы за власть на путь «суверенизации» стала РСФСР.

Дело в том, что в отличие от других союзных республик, имевших — пусть и в ограниченной степени — собственную структуру республиканской власти (от республиканского ЦК до весьма широкого комплекса управленческих ведомств), в РСФСР «собственная власть»

имела в основном декоративный характер. Объяснялось это, как ни странно, некими российскими приоритетами. Тем, что общесоюзные органы ведали одновременно «надреспубликанскими» делами и делами России. Государственное «тело» всего Советского Союза и России было единым, слитным. И поэтому, когда после Декларации о суверенитете РСФСР начались практические действия по обособлению РСФСР в самостоятельное «суверенное государство», то это, по сути дела, означало разрушение Советского Союза как целостного политического, экономического и правового образования.

Реальная картина политико-экономической жизни Советского Союза к началу 1991 года состояла в том, что постепенно общесоюзные органы теряли реальную власть, набирали силу российские республиканские учреждения, подразделения общесоюзного банка и предприятия общесоюзных ведомств переходили под «юрисдикцию» России, велась жесткая «война законов» — такая, когда российские законы составлялись с явным расчетом на то, чтобы перетянуть на сторону нового российского руководства местные элиты и население.

Во-вторых, наступлению состояния безвластия (особенно к 91—92-му годам) способствовало и то обстоятельство, что партийной авторитарической диктатуре, обеспечивающей в основном насильственными методами управление обществом, не оказалось замены; после ее падения в сфере государственно-правовой жизни оказался вакуум, в котором воцарились анархия, беспредел, чиновничье своеволие, коррупция и мздоимство.

Тут-то, кстати, выяснилось, что Советы, настойчиво рекламируемые в течение многих десятилетий в качестве действенной власти трудящихся и высшего типа государства, в действительности оказались государственно-беспомощными образованиями, не приспособленными для систематического и профессионального государственного руководства. Какие-то догмы, ленинские бездоказательные постулаты заслонили тот очевидный факт, что Советы с самого начала представляли собой не более чем институты непосредственной, вече-митинговой, толпообразной демократии, весьма далекие от государственных управленческих учреждений, которые необходимы в демократическом, особенно в индустриальном и постиндустриальном обществе.

Потому-то Советы после 1917 года стали наиболее удобной респектабельной внешней декорацией, прикрывающей всевластие партократической номенклатуры. По этой же причине Советы после крушения в 90—91-м годах партийной диктатуры не образовали достойную альтернативу правящей коммунистической партии в государственно-по-

литической организации общества. Советы в 90–93-м годах, погрязнув в митинговой стихии, обанкротились как государственно-властные органы и вновь оказались главным образом некоей ширмой, прикрывающей теперь своеволие коррумпированного чиновничества и финансовой олигархии, разгул ошалевшей от свалившихся на нее богатств новорусской компрадорской буржуазии.

В-третьих, роковую роль в области государственной организации общества сыграла, казалось бы, в высшей степени прогрессивная общая атмосфера свободы, ее ведущий принцип – «дозволено все (все!), кроме прямо запрещенного». В условиях неразвитого законодательства, отработанной системы юридических запретов и ответственности, низкого уровня правовой культуры и правосознания указанное положение вещей способствовало обстановке безнаказанности, культивированию правового нигилизма, настроениям вседозволенности.

Вот такой парадокс! В обществе сохранился феномен Большой власти. Сохранился как образ, модель, настроенность всей Системы, единственное направление в политической жизни, стимул и желанный результат политической борьбы. И в то же самое время – отсутствие в обществе реальной власти, общее состояние безвластия и беспредела.

А теперь итоговый вывод. И то, и другое: и атмосфера гигантской власти, проникшей во все поры общественной жизни, и состояние фактического безвластия (и то, и другое в немыслимом плотном соединении) – стали непреодолимым барьером на пути развития права в России. Первые предпринимаемые властью акции по становлению демократической правовой системы, затрудненные к тому же сложной политической борьбой, не получили необходимого продолжения и развития.

НАДО ПОЛАГАТЬ, августовские события 1991 года (названные «путчем»), как ничто другое, рельефно продемонстрировали ту ущербную, зыбко-правовую среду, в которой происходили – да и ныне происходят – демократические преобразования в России.

Прежде всего сам факт того, что в канун подписания Союзного Договора ближайшие сподвижники главы государства и партии М. Горбачева изолировали его на крымской даче, ввели войска в Москву и объявили чрезвычайное положение в стране – режим ГКЧП, – свидетельство неразвитости права, его бессилия, расчета борющихся за власть сторон на фактическую силу, в первую очередь – вооруженную. И в такой обстановке даже, казалось бы, оправданное стремление гэкачепи-

стов остановить развал и хаос в стране с первого же мгновения приобрело вызывающе антиправовой характер, что еще больше усилило процессы развала и хаоса.

Обращаясь к главной теме заметок, надо видеть, что августовские события показали, помимо всего иного, и то, в какой глубокой изоляции, в полном согласии с характером сложившихся порядков, находился Комитет конституционного надзора. Ведь его представители не были даже приглашены на предполагаемое подписание Союзного Договора. И хотя пять членов Комитета, случайно в каникулярное время оказавшиеся в Москве, еще утром первого дня путча по своей инициативе выступили с заявлением, содержащим требование неуклонного соблюдения Конституции (и заявление, пусть и в урезанном виде, к счастью, попало в печать), эта позиция, в чем-то даже выходящая за правосудный статус Комитета, не произвела ожидаемого действия. Более того, после первых дней восторга в связи с заявлением в демократических кругах, в печати (что ни говори, оно было первой юридической реакцией на события в стране и единственной со стороны общесоюзных органов вообще) оно вскоре было перекрыто фактической борьбой, процессами политического противоборства, скрытого и внешне декларируемого, доминированием на общественной сцене наиболее радикальных деятелей, склонных к баррикадной борьбе, к фактической борьбе за власть.

Пренебрежение правом в августовские дни приняло еще более отчетливый характер в связи с той линией на «контрпереворот», которую заняло руководство РСФСР в его противоборстве с «центром». Здесь были вещи очевидно неправовые (скажем, пофамильное объявление гэкачепистов «преступниками», объявление российского Президента главнокомандующим Вооруженными Силами Советского Союза и др.). Главное же, что произошло в две-три недели после поражения путча, — это «перехват» власти российским руководством. Б. Ельцин, его команда, возглавив борьбу против гэкачепистов, не ставили задачу, как выяснилось вскоре, восстановить положение дел в том виде, в каком оно было до путча; задача оказалась другой — переместить властные функции всей страны из союзного центра в РСФСР и плюс к этому разгромить стержень властной организации СССР — всевластную Коммунистическую партию. Такое обескровливание общесоюзной власти, в немалой степени исторически и стратегически оправданное, и произошло в конце августа — начале сентября 1991 года (к тому же ряд союзных республик после поражения путча официально вышел из состава Союза).

Попутно такое замечание постановочно-дискуссионного порядка. В августовские и послеавгустовские дни стал вырисовываться один из сценариев политической борьбы, который с железной неумолимостью приводит к желаемому результату. Это педалирование на почве борьбы демократии с реакцией отвратительных черт, в действительности или по предположению свойственных политическому противнику. Резкое возбуждение на этой основе общественного мнения, жестких настроений у людей — вплоть до непримиримой ненависти к противнику. Вот тогда, как оказывается, становятся возможными и оправданными довольно произвольные действия в сфере власти или (как это произошло позже, уже в 1996 году) обуздание избирательной кампании, введение ее в заданное русло.

В такого рода сценарии, до сей поры без сбоев срабатывающем и на первый взгляд в общем-то допустимом, есть не очень заметный, но несомненно ключевой коварно-зловещий элемент. Он состоит в том, что власть через систему массовой пропаганды добивается известного, ей удобного, устойчивого, упорного, порой фанатичного, иступленно-злобного настроения людей, а на этой основе весьма произвольно (но сообразно созданной психической атмосфере) строит свою политику и добивается заданных целей.

Если приведенные соображения верны, то констатация такого рода очень грустная. Ибо именно указанный элемент неизменно используется тоталитарными и авторитарными режимами различного толка, и, вполне возможно, как раз он (при наличии иных слагаемых) характеризует существенную сторону самой сути таких режимов.

КУЛЬМИНАЦИЕЙ обстановки безвластия стала для России вторая половина 1991 года. Формально продолжал существовать «единый и неделимый» Советский Союз, пусть и в урезанном виде, но все же сохранялись общесоюзные учреждения, в сфере государственно-правовой жизни витал образ «крепкой власти» (той, которая не так давно функционировала через институты и механизмы партokratического режима под крышей Советов).

Но при всем при том жизнь, казалось бы, могущественного единого советского государства как бы потухла, замерла. Наступило такое состояние в обществе, которое можно назвать коллапсом, предсмертием. Достаточно было в то время заглянуть в любое общесоюзное президентское или правительственное учреждение, как сразу же поражала обстановка затишья, безмолвия, обреченности (такая же обстановка была характерна в 90–91-м годах для не так давно могущественных

правлящих партийных инстанций). Редко-редко в каком-то кабинете раздастся телефонный звонок. Редко-редко откроется дверь кабинета, и какой-то чиновник не спеша зашагает по коридору. Ни бурной суеты, ни толп посетителей – примет активно-деятельной жизни учреждения. Разве периодические совещания в президентских апартаментах вносили в сонную учрежденческую жизнь какое-то оживление.

Общесоюзные законы, президентские указы, правительственные постановления в основном оставались на бумаге. Если и исполнялись, то так, для проформы, для отчета, в порядке одолжения Президенту, министру на их телефонный звонок.

Попытки изменить ситуацию с общесоюзными законами оказывались удручающе бесплодными. Где-то в ноябре 1991 года мы, в ККН, подготовили грозное заявление с описанием тех бед, которые ожидают наше общество в подобной ситуации и с требованиями, обращенными ко всем общесоюзным и республиканским инстанциям, решительно изменить положение дел. В тот же день (а это была пятница) я напросился на выступление по телевидению. И, выступая на всю страну, сказал о том, что вот сегодня принят важный документ и что в понедельник он будет опубликован. Ни одна газета (кроме «Правды», и то в небольших выдержках, отвечающих политическим устремлениям газеты) ни в понедельник, ни во вторник, ни в один из последующих дней этот документ не опубликовала.

Не лучше обстояли дела в руководящих инстанциях РСФСР, других союзных республик. Там, правда, ощущались само присутствие настоящей власти, большая активность, попытки сделать что-то новаторское, некое прожекторское бурление и суета. Но эта суета – во всяком случае до конца 1991 года – была какая-то поверхностная, не способная изменить положение дел, остановить нарастающие процессы дезинтеграции, распада. Власть и здесь оказывалась беспомощной, бессильной, не способной изменить обстановку к лучшему. Во всей гигантской советской империи безвластие обострило, усилило процессы разрушения, упадка.

Широко распространено мнение, что шоковый, травмирующий обшество характер начатых в 1992 году кардинальных реформ был вызван тем, что советская партократически-тоталитарная система довела страну до крайне бедственного положения, и другого выхода, как идти на жесткие шоковые меры, в такой катастрофической ситуации просто не было.

В этих суждениях есть известный резон: тупики и невзгоды в жизни людей, связанные с советской системой, очевидны. Верно и то,

что к концу 1991 года страна стояла на грани тотальной катастрофы. Но все же крайне бедственное положение нашей страны в конце 1991 года непосредственно вызвано, хотя и на общем тяжелом фоне, порожденном пороками коммунистического строя, но все же ближайшим образом — той обстановкой борьбы за власть, процессами дезинтеграции, отсутствием единства и целеустремленности в реформаторских акциях и в особенности состоянием фактического безвластия.

5. Прорыв

И ВОТ В ТОЙ обстановке, в которой пришлось функционировать Комитету конституционного надзора, в процессе работы и преодоления трудностей было все же в конце концов найдено своего рода золотое звено. Звено, позволившее Комитету не только совершить что-то серьезное по утверждению начал конституционного правосудия, но и сделать упомянутый ранее *первый шаг* к тому, чтобы в последующем, в итоге стать на путь решающего преобразования всей правовой системы, сложившейся в заидеологизированном советском обществе.

Напомню о той «зацепке» в законодательстве, которая позволила Комитету, наряду с его самовольными, самодеятельными акциями (главным образом через не предусмотренный законом институт «заявлений»), все же продвинуться вперед в решении многотрудных задач права в российском обществе. Это статья закона о праве Комитета рассматривать и решать относящиеся к его ведению вопросы в том случае, когда нормативные акты нарушают общепризнанные права и свободы человека.

Такого рода запись при подготовке законопроекта о ККН оказалась в чем-то неизбежной, вынужденной для разработчиков. Ее в тогдашних условиях уже не могло не быть в законе. Почему? Да по той причине, что по сложившимся к тому времени демократическим стандартам претендовать на признание тех или иных нововведений демократическими было невозможно, если они не связываются с правами и свободами человека.

Права же человека по самой своей природе носят абсолютный, не зависимый ни от кого характер. Они не могут служить основой для одних лишь «представлений» и «постановок», адресованных каким-то иным инстанциям, а требуют того, чтобы на их основе немедленно совершались вполне определенные, окончательные юридически значимые действия.

Словом, сам закон о ККН (как выяснилось при детальном его разборе) считал вполне допустимым при решении тех или иных вопросов исходить не из существующего текста Конституции, а из международных документов о правах человека. Запись в законе, сделанная во многом в пропагандистских целях и без расчета на ее широкое практическое применение, оказалась некой «находкой», позволившей Комитету в своих действиях обрести самостоятельное значение.

Вот почему в решениях Комитета так мало ссылок на действующую Конституцию. Курс в Комитете был взят на то, чтобы обосновывать принимаемые решения главным образом международными документами о правах и свободах человека, что сразу же придавало решениям обязательный характер. И именно такое обоснование дано почти во всех ранее упомянутых решениях Комитета, которые, как уже говорилось, способствовали развитию права в России.

Помимо иных моментов (о них — дальше), выяснилось, что права человека относятся к таким фрагментам правовой действительности, которые не втягиваются в советские тоталитарные и посттоталитарные отношения, а, напротив, становятся твердой предпосылкой для акций последовательно демократического характера.

ОТСЮДА — и опять-таки в ходе практической работы — в деятельности Комитета, зажатого со всех сторон и узкими законодательными предписаниями, и обстановкой фактической блокады, постепенно выработалось такое направление в осуществлении его функций, которое не было предусмотрено законодательством, но которое, как выяснилось позже, имеет принципиальное значение для развития демократического права в России.

Это оценка действующих в советском обществе нормативных актов с точки зрения их соответствия общепризнанным (в том числе и СССР, а затем и Россией) правам и свободам человека.

О такого рода решениях Комитета конституционного надзора в 90—91-м годах уже говорилось. К ним относятся — напомним — такие решения, которые не могли быть обоснованы ни действующей Конституцией, ни иными советскими законами: о признании неконституционными любых нормативных актов, затрагивающих права, свободы и обязанности человека, если эти акты не опубликованы в установленном порядке; о признании неконституционным института прописки; о признании неконституционной системы лечебно-трудовых учреждений; о неконституционности использования армии для решения политических вопросов внутри страны; и ряд других.

Эти решения, понятно, прежде всего в той или иной мере способствовали утверждению последовательно демократических начал в обществе. Но они имели основательное значение и для всего действующего права. Указанные решения конституционно-правосудного органа *определяли обязательные критерии, жесткую планку, с которыми должно соотноситься все действующее законодательство*: и ранее принятые, и вновь принимаемые нормативные акты. Такие критерии, такую планку, которые *отвечают стандартам современной развитой демократии, развитого гуманистического права*.

Такая миссия Комитета в обстановке политических страстей и противоборств того времени не очень-то была понята и даже замечена (хотя мне довелось сказать о ней в статье, опубликованной в «Известиях»; во втором разделе заметок она приводится). Тем знаменательней стала реакция на этот счет зарубежных экспертов, в том числе одного из мировых авторитетов в области правоведения — крупного канадского ученого-юриста. На конференции по вопросам права в 1994 году в Нидерландах он обратил внимание как раз на то, что упомянутые решения ККН явили собой наиболее значительный шаг по утверждению права в советском обществе, по его развитию от права советского (элемента тоталитарного режима) к праву современного демократического общества.

6. Новые горизонты

НЕ ХОТЕЛОСЬ БЫ преувеличивать значение того, что было сделано ККН еще в непростых условиях советского партократического государства (тем более — скажу еще раз — в его работе было и немало огрехов).

Но все же именно решения Комитета, вынесенные с опорой не на действующее законодательство, а непосредственно на общепризнанные права и свободы человека, характеризуют своего рода *прорыв* в существовавших юридических реалиях, прежде всего в том стоячем, затхлом мире юридических догм и стереотипов, который сложился в советском обществе и во многом продолжал господствовать в годы перемен.

Надо иметь в виду, что утверждение в жизни общества последовательно гуманистического права не может быть ограничено одними декларациями, и даже конституционными, иными общими законодательными формулами и заклинаниями. Здесь требуются реальная переориентация и существенная переналадка по существу всей юридической системы. Такая переориентация и такая переналадка, в результате которых право должно стать, как уже говорилось, *другим*.

И вот решающим (на мой взгляд, первым по значению) фактором, который переводит действующее право, сложившееся в тоталитарных условиях, в новое состояние, является придание н е п о с р е д с т в е н н о ю р и д и ч е с к о г о значения международно признанным правам и свободам человека. Такого значения, когда на их основе, независимо от действующих конституционных и иных установлений внутригосударственного права, оказывается возможным для правосудных учреждений выносить юридически обязательные решения, имеющие безусловно-императивное действие.

Шаг в таком направлении и был сделан ККН. И именно это, а не решения по отдельным вопросам (при всей, быть может, их неординарности и важности), и есть то самое главное, что удалось, на мой взгляд, достигнуть Комитету в его короткой во времени, непростой, многотрудной работе. Ибо придание непосредственного юридическое значения общепризнанным правам и свободам человека характеризует то обстоятельство, что *в ткань действующего права вошел и приобрел определяющую роль элемент, независимый от произвола власти.* Тот элемент, который, наряду с иными компонентами (частным правом, независимым правосудием), характеризует значительное преобразование юридической системы, возможность ее возвышения над государственной властью и, следовательно, переход от права власти к гуманистическому праву — праву современного гражданского общества.

Трудная судьба права в России как раз во многом связана с теми сторонами российской государственно-правовой действительности, которые характеризуют его переход в новое качественное состояние (в *другое* право). В последующем я затрону эти стороны нашего недавнего прошлого — преимущественно в той мере, в какой мне довелось соприкоснуться с ними в процессе практической работы и в какой они так или иначе затрагивают основные идеи этих заметок — тяжкий путь России к праву в высоком человеческом его значении.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ КОНСТИТУЦИЯ: НАДЕЖДЫ И РЕАЛЬНОСТЬ

1. Перехват мечты

В РОССИИ с начала XIX века, несомненно под прямым влиянием французской революции, знаменем демократических перемен стала Конституция. Именно с Конституцией связывались расчеты передовых людей России на смену самодержавно-крепостнических порядков строем Разума, Демократии, Справедливости.

Мечта о Конституции, соединяющей великие идеи европейского Просвещения и российской государственно-нравственной истории, — это душа, стержень политических проектов декабристов, подтекст государственно-правовых дел Сперанского и Витте. Как раз с предполагаемым подписанием конституционного документа, завершающего цепь крупных реформаторских акций, соотнесла российская История последний день жизни Александра II, павшего жертвой первого залпа революционного безумия, вскоре охватившего всю Россию. Совсем не случайно то, что духовно-нравственный интеллект российского общества во время, предшествовавшее большевистскому перевороту 1917 года, нашел наиболее последовательное выражение в деятельности влиятельной демократической партии, в самом названии которой обозначено слово «конституция» («конституционно-демократическая партия» — «кадеты», вызывавшей бешеную ненависть коммунистов-большевиков). Показательно и то, что царские Манифест 17 октября 1905 года и Основной закон от 23 апреля 1906 года именовались многими людьми, в том числе либеральными деятелями, некой «Конституцией».

НО ВОТ ОДИН из многих парадоксов, которыми отмечена российская История. Неистовые враги самого института конституции — большевики сразу же, как только ими была захвачена власть в Российской империи, использовали этот институт в своих целях. Это вообще характерная черта большевистской политики — неотступно и фанатично следовать своим утопическим предначертаниям и одновременно не гнушаться никакими средствами при их осуществлении, в том чис-

ле перехватывать и всю использовать, казалось бы, классово чуждые им институты и проекты. Так было с акцией по национализации земли (когда за основу были положены эсеровские разработки). Так случилось и с конституцией. Не минуло и года после октябрьского переворота, как появилась первая советская конституция, в 1924 году – вторая, в 1936 году – третья, в 1977 году – четвертая.

Причем здесь не некие чуть ли не невинные политические игры (кто-то что-то «перехватил», использовал чужое, что будто бы ничто не меняет), а события, которые деформируют общепризнанные ценности, самую суть неадекватно используемых институтов. В данном случае – самую суть института конституции.

С ЭТОЙ ТОЧКИ ЗРЕНИЯ советские конституции – это не просто неадекватно использованные, политико-тенденциозные феномены. Они плоть от плоти продукты и элементы советской коммунистической системы, представляющие особый класс явлений.

Конечно, между четырьмя советскими конституциями существуют немалые различия. Первые две из них (1918 и 1924 годов) неприкрыто откровенные большевистско-коммунистические документы, провозглашавшие диктатуру пролетариата, гегемонию рабочего класса, исключение из политической жизни угнетателей и эксплуататоров, приоритет прав угнетенных и эксплуатируемых народов и другие коммунистические догмы. Два последующие конституционные документа (1936 и 1977 годов) нашпигованы внешними демократическими формами: «права граждан», «правосудие», «закон», многое другое, что как будто согласуется с развитыми демократическими ценностями западного мира. Но эти формы построены так и обставлены такими условиями и ограничениями, что сколько-нибудь существенного, реального значения они в жизни общества обрести не могли. И при всем при том главное, характерное для всех советских конституций, и здесь остается неизменным – то, что позволяет говорить о некоторых единых *советских конституционных традициях*.

Что это за традиции?

Во-первых, советские конституции – это не юридические документы высшего уровня, а документы в первую очередь *политические, идеологические*, закрепляющие «строй», «систему», цели и задачи жизни общества, а в этой связи – некоторые политические и правовые характеристики коммунистической системы, существующей на территории бывлой Российской империи.

Во-вторых, советские конституции – это не документы, содержащие предписания прямого действия, которые могут быть положены в основу судебных решений, а преимущественно *декларативные документы* или во всяком случае – документы, заглавное и определяющее значение в которых принадлежит общим формулам и оценочным суждениям.

В-третьих, советские конституции – это не документы, строго соответствующие реальному положению вещей в области власти, прав граждан, иных политических и правовых институтов, а документы во многом из мира *иллюзий, мифов и государственной лжи*; они находятся в разящем несоответствии с фактической организацией партократической власти, изобилуют обманными утверждениями, вроде «власти трудящихся», провозглашая демократические права, сводят их на нет ограничениями и политическими условиями их осуществления (такими как «в интересах трудящихся», «в интересах социализма»).

Для всех четырех советских конституций характерен и ряд общих содержательных черт. Среди них представляется важным выделить такие:

приоритет общества, государства и идеологических постулатов над личностью, ее интересами;

возвеличивание Советов в качестве всевластных органов, их конституирование как единой системы власти «снизу доверху»;

и, наконец, – известная легализация партократической власти, закрепление «руководящей и направляющей роли КПСС» как «ядра», основы всей политической организации общества (ст. 6 Конституции 1977 года).

2. Конституционные лабиринты

КОГДА В 1985 ГОДУ в советском обществе начались многообещающие перемены (напомню, сначала под лозунгом «совершенствование социализма», потом – «перестройка»), то в сущности единственной конституционной основой таких перемен была принятая в 1977 году Конституция СССР (и строго соответствующие ей конституции союзных республик, в том числе РСФСР) – документ, который величали Конституцией «победившего социализма».

Первоначально складывалось впечатление (оно в то время было доминирующим, разделяемым и автором этих строк), что положения действовавшей в то время Конституции позволяют проводить идущие и намеченные преобразования. Более того, ряд действовавших в ту по-

ру конституционных положений, введенных явно в пропагандистских целях (скажем, положения об основном направлении развития государственности, о «гласности»), неожиданно приобрел реальное значение, стал предпосылкой для утверждения демократических прав, в том числе одного из основных — свободы слова.

Вместе с тем, по мере углубления демократических преобразований, становилось все более очевидным, что действующая Конституция не согласуется с нарастающими демократическими процессами. И дело не только в том, что приобретение пропагандистскими конституционными положениями реального значения дало в ряде случаев и негативный эффект (как, например, положения о союзных республиках как «суверенных» образованиях и об их «праве выхода» из Союза, понимаемого как основание для односторонних правовых акций); и не только в том, что некоторые реформаторские меры вошли в прямое противоречие с Конституцией (как, например, преобразование собственности, ее разгосударствление противоречили конституционной записи о видах и формах собственности; и на ККН со стороны ряда лиц оказывалось прямое давление — с тем, чтобы мы встали на «защиту Конституции и социализма»). Суть вопроса в том, что действующая Конституция не давала, строго говоря, должной юридической основы, простора и импульсов к преобразованиям. Последние проходили как бы рядом с Конституцией, порой опираясь на некоторые конституционные положения, а по большей части не имея достаточной конституционной опоры или даже наталкиваясь на существующие конституционные записи как на непроходимый барьер.

ВЫХОД из создавшейся ситуации первоначально был найден в том, чтобы исправлять и дополнять действующую Конституцию — вносить в нее поправки (выход привлекательный тем более потому, что каких-либо осложняющих процедур для внесения поправок Конституция в то время не предусматривала, достаточно было соблюдения при голосовании требования квалифицированного большинства — $\frac{2}{3}$ голосов).

Это и было сделано в 88–89-м годах, когда еще последовательно советский Верховный Совет во исполнение партийных директив ввел в конституционный текст ряд новшеств, выработанных в высших эшелонах партократической системы. В том числе о Съезде народных депутатов — высшем органе власти, о постоянно действующем Верховном Совете, о Комитете конституционного надзора, о свободных в основном выборах, ряд других новшеств, представленных в качестве принципиально демократических (а на деле — с ограни-

чениями и оговорками, обеспечивающими сохранение основ партотократической власти).

Вместе с тем уже в 88–89-м годах становилось все более очевидным, особенно под углом зрения идеалов современной демократии, что по вопросам конституционного развития необходим более основательный подход. И речь должна идти не просто о «новой» конституции, а о *первой* в нашем Отечестве по-настоящему демократической конституции (и мне довелось об этом сказать на первом Съезде народных депутатов в мае 1989 года). Конституции как строго юридическом документе высшего ранга, отвечающем своему предназначению — упорядочивать политическую власть, обеспечивать права и свободы человека.

Необходимость подготовки такой, передовой по высоким юридическим стандартам Конституции стало очевидной уже в 89–90-м годах. Была образована довольно многочисленная Конституционная комиссия, намечены планы ее работы.

Однако по официальной линии практическое дело по подготовке проекта демократической Конституции не сдвинулось с места. И в продолжающихся политических дебатах речь, как и прежде, шла в основном о поправках к действующей Конституции (страсти кипели главным образом в отношении ст. 6, закрепляющей «руководящую и направляющую» роль КПСС в жизни советского общества).

Вместе с тем необходимость подготовки демократической Конституции приобрела со временем крайнюю остроту, характер неотложного дела. В требованиях, выдвигаемых на вспыхнувших забастовках, особенно горняков, чуть ли не первое место заняли требования о Конституции. Андрей Дмитриевич Сахаров, не удовлетворенный бездеятельностью Конституционной комиссии, начал работу над своим, «сахаровским» проектом. Наконец, в 1990 году Верховный Совет РСФСР объявил о подготовке «конституции республики», и в довольно быстрых темпах такой проект республиканской конституции был подготовлен. Проект, освобожденный от идеологической окраски и содержащий ряд демократических установлений.

Вскоре в сложных перипетиях борьбы «центра» и «России» (за которым везде и всюду ощущалось жесткое противоборство М. Горбачева и Б. Ельцина) проект Конституции РСФСР, претендующий на «подлинный демократизм», выдвинулся в самый центр бурных политических страстей. А затем после августа–декабря 1991 года, когда «центр» рухнул и на пространстве России утвердилась верховная российская власть, принятие рэсэфэсэровской Конституции стало практическим делом.

Шел 1992 год. Вовсю разворачивались кардинальные (как было объявлено) реформы. И складывалось впечатление, что вот-вот проект Конституции РСФСР превратится в действующую Конституцию.

ПРОЕКТ КОНСТИТУЦИИ РСФСР, разработанный группой советских юристов и возвеличенный некоторыми деятелями из Конституционной комиссии, отличался рядом достоинств. Он был свободен от политико-идеологических наслоений и положений, легализующих «руководящую и направляющую» роль компартии. В нем был использован ряд общепризнанных достижений конституционной культуры, и в первую очередь важнейшее из таких достижений — принцип разделения властей. В текст проекта был введен ряд положений современной общественной науки, в том числе о гражданском обществе, о правах человека и гражданина.

Недаром идеологические службы КПСС с откровенной неприязнью встретили рэсэфэсэровский конституционный проект, окрестили его «буржуазным» и даже — как это ни странно — «тоталитарным» (впрочем, все эти жесткие характеристики присутствовали до той поры, пока не появились другие проекты, ставшие предметом еще более яростно-негативных, злобных характеристик).

Между тем, если рассматривать официальный проект Конституции РСФСР с деловых критических позиций, то он требовал совсем других оценок, чем те, которые выносили коммунистические идеологи. По мере углубленной проработки текста проекта с профессиональной, юридико-конституционной точки зрения (да и вообще — с точки зрения данных научной теории о современной демократии и праве) стало все более выясняться, что рассматриваемый проект, несмотря на весь демократический антураж, вместе с тем является компилятивным документом, лишенным единого концептуального, последовательно демократического стержня. В этом своем качестве официальный проект в весьма большой степени воспринял советские конституционные традиции и в этом отношении носил просоветский характер.

Помимо иных моментов, это нашло свое выражение в том, что основой организации власти остались Советы (которые неотделимы от советской идеологии всевластия, в корне подрывающей саму идею разделения властей); на первое место в тексте проекта выдвинулись теоретико-декларативные положения (которые нередко допускают вольные интерпретации и произвольное практическое использование); не в полной мере учтены, а порой и совсем не учтены достижения конституционной культуры последнего времени (которые были

заслонены одним лишь непререкаемым идиолом — конституционным опытом США).

Вот почему по инициативе ДДР (Движения демократических реформ), влиятельного в те годы реформаторского движения, небольшая группа юристов (которую было предложено возглавлять автору этих строк) подготовила в марте 1992 года за довольно короткое время новый конституционный проект, который получил название «альтернативного».

Альтернативный проект, благожелательно встреченный демократической печатью, видными общественными деятелями, в то же время вызвал ожесточенные, яростные, злобные нападки. И со стороны прокоммунистических, советских кругов (проект сразу же был назван «капиталистическим»). И не менее ожесточенные — со стороны участников подготовки официального проекта, посчитавших свой документ — напомню, во многом просоветский — единственно возможным и допустимым, непререкаемым документом.

Но дело, разумеется, не в отношении тех или иных кругов и лиц к новому конституционному проекту. Суть вопроса в содержании проекта, в той концепции, которая положена в его основу. Об этом следует сказать особо. В частности, потому, что разработки, содержащиеся в альтернативном проекте, оказали известное влияние (увы, не во всем том объеме и направлениях, как это предполагалось) на последующее конституционное развитие страны.

3. Концепция

РАБОТА над альтернативным конституционным проектом прошла на одном, как говорится, дыхании, с огоньком, заслонив все другое суетное, недоброе.

А это (если коснуться моих личных дел) было как нельзя кстати.

Именно первые месяцы 1992 года были временем нелегких для меня травмирующих переживаний, пожалуй, даже душевного кризиса — и делового, и сугубо личного. Только что рухнуло союзное государство. И хотя ККН вместе с другими общесоюзными подразделениями власти прекратил свою деятельность вполне достойно (Комитет, как и в августовские дни, оказался единственной общесоюзной инстанцией, давшей юридически строгую оценку Беловежским соглашениям), и я, казалось, был поглощен организацией Центра частного права (об этом дальше), горький осадок от всего случившегося и ощущения его глубокой несправедливости не давали покоя. Да тут еще нелегкие испытания

в сугубо личном плане, усилившие горечь от недобро-ревнивой позиции ряда столичных коллег: стоило мне только оставить руководящий пост, как кое-кто из, казалось, ближайших сотрудников (к счастью, таких оказалось немного, два-три, не более), до того всячески демонстрировавших свой восторг и почтение, разом и круто стали— скажем так — «очень другими».

Работа над текстом альтернативного проекта проходила в С.-Петербурге, в одном из помещений Смольного (под благодистой опекой участника разработки тогдашнего петербургского мэра, коллеги по науке и преподаванию, Анатолия Александровича Собчака). Скажу еще, что решающую, незаменимую роль при уточнении концепции и юридической отработке текста проекта сыграл один из выдающихся мастеров юридического дела, Станислав Антонович Хохлов, выпускник и преподаватель нашего Свердловского института (прошедший со мной все московские мытарства), человек высокой пробы, надежности, порядочности, увы, в самом расцвете сил в 1996 году ушедший из жизни.

ТЕПЕРЬ главное свидетельство. Подчас при обсуждении альтернативного проекта слышались упреки насчет скоропалительности его подготовки («выскочил, как черт из табакерки»— было сказано в публикации одного из журналистов, обслуживающих тогдашний Верховный Совет).

Выскочил-то выскочил. Но надо видеть основания быстрой подготовки проекта. Они не только в том, что необходимый исходный материал давно был готов (в том числе в конституционных разработках А.Д. Сахарова, которому и был посвящен проект) и по многим позициям был накоплен значительный собственный опыт теоретического и практического порядка. И не только в том еще, что в данном случае получалось так, как это и считала оптимальным Е.Г. Боннэр, друг, сподвижник и продолжатель дела Андрея Дмитриевича, что проработкой конституционного проекта занимались специалисты, которые в последующем не ставили задачу претендовать на власть, и тогда, смею заметить, работаете легко, исключительно в профессиональном ключе. Главное же заключается в том, что на основе указанных разработок и подготовленных материалов с самого начала была отработана *концепция конституции*, что предопределило целеустремленность и «спокойствие» при подготовке текста альтернативного проекта.

Что это за концепция? Ее существо в двух словах (словах, прошу прощения, в чем-то помпезно-громких; но иначе не скажешь) сводит-

ся к тому, чтобы создаваемый конституционный документ стал *Конституцией Человека*. Такой Конституцией, в соответствии с которой человек — с его высоким достоинством и неотъемлемыми правами — *возвысился над властью и стал центром государственно-правовой жизни*.

Как же достигнуть этого?

ПЕРВОЕ, что в этой связи требуется (и это действительно становится первым при подготовке конституции), — упорядочение власти. Точнее — нужна не просто упорядоченная власть, а власть, имеющая строгие очертания, ограничения, нужно обеспечение того, чтобы власть была *умеренной*, не способной по самой своей природе *подавлять человека*, — такой, когда бы она находилась под эгидой права в самоуправляющемся обществе, где доминируют начала самоуправления, личного интереса каждого человека, «своей» собственности, высоких духовных критериев.

И хотя в ходе сложных процессов исторического развития стало очевидным, что само по себе упорядочение власти не есть центральный пункт общественной жизни (таким центральным пунктом является соотношение «власть — человек»), организация и построение власти как таковой неизменно представляются в качестве проблемы номер один.

Здесь надо иметь в виду, что само появление в новейшей истории такого института, как конституция, сопряжено с необходимостью ограничить и связать власть, подчинить ее демократическим порядкам и контролю. Не допустить того, чтобы политическая власть была диктаторской, тиранической, чинила произвол, безраздельно господствовала над человеком.

Ведь власть (как особый социальный феномен) по самой своей природе — явление жесткое и коварное, стремящееся к некоей абсолютности и в этом своем качестве жестко покоряющее человека — и подвластных, и властвующих («власть портит человека, абсолютная власть — абсолютно»).

Осуществление такой задачи в российских советско-посттоталитарных условиях — дело трудности невероятной, сопряженное не только с самой органикой власти, но и с труднопреодолимыми советскими реалиями и постулатами, да и с рядом стойких имперских российских традиций. Одно из наиболее крупных препятствий в этом деле — всеобъемлющая казенная (государственная) собственность, неизбежно предполагающая принуждение к труду, существование огромного управленческого чиновничьего аппарата, а отсюда — господство власти над личностью. И при этом какая-то неистребимость

укоренившихся представлений о том, что в России «наверху» должен быть всеильный Царь, Генсек, иная всевластная фигура, а на губернском уровне — могущественный губернатор, первый секретарь обкома, иной всевластно-могущественный, бесконтрольный, безропотно почитаемый начальник.

Поэтому, в частности, в альтернативном проекте были провозглашены как сам тезис об умеренности власти, так и доминирование частной собственности, порядок установления строгих, формально фиксируемых границ для государственных имуществ, за пределами которых должен автоматически вступать в действие режим разгосударствления. И плюс к тому предусматривался строго разрешительный порядок действия всех государственных учреждений и должностных лиц всех уровней, в соответствии с которым они вправе делать лишь то, что прямо разрешено законом (в том числе было прямо записано о недопустимости использования вооруженных сил при решении внутригосударственных политических проблем).

Вместе с тем умеренность и ограниченность власти требуют также и надлежащей ее организации. Решающее средство такой надлежащей организации выработано в ходе исторического развития. Им стал *принцип разделения властей*. Этот принцип выражен не только в четком разделении государственной власти на три ветви — законодательную, исполнительную, судебную, но и в их уравнивании, системе их взаимного сдерживания. С тем чтобы ни одна из «властей» не стала подавляющей, доминирующей, всевластной.

Наиболее ярко, казалось бы, внешне безукоризненно это было сделано в Конституции США 1887 года (буква в букву воплотившей предначертания автора рассматриваемого принципа — великого французского просветителя Ш. Монтескье).

Понятно, что и в альтернативном проекте за основу надлежащей организации власти — так же, как и в других конституциях, претендующих на статус демократических, — был взят принцип разделения властей.

Но не все здесь просто. Закрепление принципа разделения властей требует развернутой, детальной разработки сложной структуры государственно-правовых отношений. Что же здесь, с учетом исторического опыта, может быть использовано в качестве исходного образца?

На первый взгляд, казалось бы, вопроса тут нет. Разве не может быть образцом в этом деле Конституция США, исправно работающая более двух столетий? Такой подход представлялся тем более обоснованным в обстановке начала 90-х годов, когда все «американское»

в реформаторских кругах почиталось безальтернативным, поучительным примером.

Между тем исторический опыт становления и развития конституционной культуры свидетельствует о том, что при всей документальной ясности и прямолинейности закрепления принципа разделения властей в государственной системе США в ней есть и нечто от лукавого и потенциально опасного. Дело в том, что Конституция США, разделив власть на три ветви (Президент, Конгресс, Верховный суд), не предусмотрела неизбежного в государстве особого института интегрирующего порядка, который бы выполнял функции главы государства. И получилось в этой связи так, что руководитель исполнительной власти (Президент) стал выполнять и функции главы государства. А так как это грозит непомерной концентрацией власти, то в силу постепенно сформировавшихся неписаных государственно-правовых обыкновений функции управленческо-исполнительной власти в немалой степени перетекли в руки законодательного органа — Конгресса. Как это ни парадоксально, в итоге получилось, что принцип разделения властей именно в США реализовался — при весьма впечатляющей внешней импозантности (до сих пор вводящей в заблуждение многих людей) — в деформированном виде. Республика США, почитаемая «классически президентской», на деле оказалась такой, где в практических управленческих делах нередко решающую роль играет Конгресс.

Более последовательным в данном отношении оказался конституционный опыт Европы, особенно европейский опыт последних десятилетий. В соответствии с ним в европейских странах, за исключением, пожалуй, Франции, президент (а также монарх в странах с конституционной монархией) является только главой государства, призванным представлять страну в целом и осуществлять координирующие функции, функции арбитра между властями. То есть функции, не выраженные во властной исполнительно-управленческой и тем более в законодательной деятельности.

Такого рода передовой опыт, предупреждающий концентрацию власти и создающий предпосылки для того, чтобы сделать эту власть умеренной, и был положен в основу построения власти, взаимоотношений между ее подразделениями в альтернативном конституционном проекте.

Четыре момента в этом построении представляются наиболее существенными.

Первое. Это конституирование власти Президента по статусу главы государства, жестко отделенного от положения государственных

подразделений, непосредственно осуществляющих властно-административную, законодательную и правосудную деятельность (во всех этих направлениях государственной деятельности функции главы государства – кадрово-инициативные, координирующие, обеспечительные, отчасти функции арбитражирования, т.е. все то, что должно обеспечить скоординированное и гармоничное функционирование всех подразделений единого государства).

Второе. Это резкое возвышение в сфере исполнительно-распорядительной деятельности Правительства, которое должно стать одной из трех полнокровных «властей» – центром управления общественными делами, его «исполкомом»; сообразно этому глава Правительства (председатель, премьер-министр) – это по лексикону и меркам германской конституционной системы и соответствующей ей практике (а именно они, а не французский опыт, служили здесь ориентиром) – «канцлер», который всецело и самостоятельно отвечает за дела Правительства.

Третье. Это разделение власти не только по горизонтали (по трем указанным ранее ветвям), но и по вертикали (между «центром» и субъектами Федерации), а также отделение от государственной власти муниципального самоуправления, которое по вопросам местной жизни должно обрести полное самоуправление, что призвано резко снизить объем государственной власти в стране в целом, придать ей строго определенное функциональное назначение.

Четвертое. Это придание функции «третьей власти» не одному привилегированному звену судебной системы (такому, как Конституционный Суд), а всей судебной системе в целом – целостной системе правосудия, начиная от низовых судов и кончая высшими судебными инстанциями.

Заранее можно было ожидать, что альтернативный проект по вопросам организации власти встретит яростно-негативную реакцию – и со стороны амбициозных разработчиков официального верховносовещательского проекта, и в особенности со стороны постсоветских деятелей, не мыслящих в организации власти иного, как принципа всевластия, реализуемого в широких полномочиях верховного лица (в свое время Генсека, теперь – Президента, а на серединном управленческом уровне – у своего рода преемника почитаемого и прославляемого обкомовского «первого» – губернатора).

Именно по последнему из указанных пунктов в наш адрес раздались наиболее резкие обвинения (наподобие того, что «вы хотите превратить Президента в английскую королеву», которая, как всем известно, царствует, но не управляет).

Мы робко и неуверенно оправдывались. Чувство при этих оправданиях было невеселое: приходилось в чем-то лукавить. Потому что — и об это сейчас пора сказать с полной откровенностью — одна из центральных идей, положенных в основу альтернативного проекта, состояла как раз в том, чтобы *положить конец идеологии и практике советского всевластия* — того, что в этих заметках названо *Большой властью*, и, значит, резко понизить объем императивной власти в стране, ее положения несокрушимого всепожирающего Левиафана.

При этом у нас, кто осуществлял альтернативные разработки, был наивный расчет на то, что все пройдет как бы само собой. Что само собой возобладают интересы демократии, здравого смысла, требования современной конституционной культуры.

Впрочем, наши наивные расчеты довольно скоро оказались развеечными. Несколько позже, когда год спустя разработки альтернативного плана вошли (хотя со многими отступлениями, как я расскажу далее, от первоначального замысла) в содержание «президентского» проекта, начались аппаратные проработки текста, в ходе которых с опорой на разрозненные данные идущего летом 1993 года конституционного совещания полномочия Президента насыщались дополнительными прерогативами.

В итоге, когда в преддверии конституционного референдума в декабре 1993 года был сверстан окончательный текст Конституции, оказалось, что в руках Президента сосредоточен широкий круг полномочий административно-исполнительного плана, выходящих за пределы функций главы государства. Точнее, функции Президента (гарантирование целостности государства, определение внутренней политики, руководство Вооруженными Силами, Советом Безопасности, издание в рамках своей компетенции указов, не противоречащих закону, и др.) оказались определенными и так интерпретировались, что они давали пусть и недостаточно строгую, но все же известную предпосылку для осуществления прямой исполнительно-распорядительной деятельности.

Так что исходный замысел реализовать в Конституции идею умеренности власти, ее функциональной ограниченности не состоялся, оказался неосуществленным.

НАРЯДУ с обеспечением изначальной умеренности власти, существует еще одно, не менее (а пожалуй, более) важное, звено, в определенной мере звено первичное, в построении конституционного до-

кумента, которое способно придать ему качество Конституции Человека. Что это за звено?

Напомню: одна из советских конституционных традиций состояла в том, что в соответствии с политико-идеологическим характером советских конституций их первая, заглавная часть, вслед за преамбулой, сводилась, в сущности, к общим положениям и констатациям декларативного характера. В таких положениях, понятно, было предостаточно деклараций и лозунгов, прославляющих социализм и власть трудящихся, а также таких, как «все во имя человека». Но эти декларации и лозунги не выходили за рамки чисто пропагандистских призывов и не имели юридического, конституционно-правового значения.

Какие-то общие декларативные положения с давних времен можно было найти и в конституциях западных демократических стран. Однако они выражались не более чем в одной-двух фразах констатирующего порядка (таких как признание страны «республикой» или провозглашение «свободы, равенства и братства»).

Все изменилось в 50-е годы. Именно в это время на первое, заглавное место в конституциях все чаще стали помещать положения об основных правах и свободах человека.

И вновь, как это ни покажется неожиданным, такое построение Конституции в немалой степени базируется на достижениях европейских конституций, и в данном случае — что особо примечательно — прежде всего конституций таких стран, как Германия, Испания, Италия.

Чем это вызвано? Только ли давними юридическими традициями и искусством правоведов этих стран?

Причины тут довольно серьезные, имеющие, кстати, прямое отношение к нашей стране. На мой взгляд, отмеченные особенности конституций Германии, Испании, Италии вызваны, главным образом, тем, что выдвижение основных прав и свобод, способных противостоять власти, ее произволу, на заглавное место в конституционном тексте, а отсюда — в центр жизни всего общества *выстрадано* народами этих стран. Ведь именно народы Германии, Испании, Италии (в Европе именно этих стран!) непосредственно, «изнутри» пережили ужасы фашизма, фашистского тиранического режима, одним из проявлений которого стало тотальное попрание прав и свобод человека, основанного на них гуманистического права. Именно народы этих стран на своем горьком опыте постигли ценность гуманистического права — ту непреложную истину, что как раз утверждение в общественной жизни основных прав и свобод человека, обеспеченных неза-

висимым правосудием, является преградой для фашизма, воцарения в обществе тоталитарных режимов, тиранической власти.

Это фактор духовно-нравственного, гуманистического порядка. Вместе с тем принципиально существенно то, что *рассматриваемому построению Конституции принадлежит глубокое, фундаментальное значение для всего ее содержания. Права и свободы человека при таком построении должны стать нервом Конституции, своего рода камертоном всей конституционной инфраструктуры — стержнем, который определяет самую суть государства.*

Самое существенное заключается здесь в том, что подобное построение не просто обуславливает ограниченность и умеренность государственной власти, недопустимость ее произвольных действий, но и решает коренную проблему власти в условиях современной демократии — *ставит человека, с его высоким статусом и неотъемлемыми правами, над властью.* А это и есть то главное, что в конечном счете как раз и придает Конституции качество, соответствующее наиболее высоким, современным требованиям конституционной культуры, — делает ее Конституцией Человека.

И вот я могу засвидетельствовать, что в первоначальном конституционном проекте (который, напомним, был назван «альтернативным») на первое место — не только декларативно, но и текстуально — были поставлены основные права и свободы человека. Вся глава первая в альтернативном проекте после вводного положения о России, «утверждающей себя» в качестве демократического, правового и светского государства, была целиком посвящена основным правам и свободам человека. Основные права и свободы человека в проекте непосредственно связывались с высоким статусом и достоинством человека; они признавались непосредственно действующим правом, определяющим построение и содержание деятельности государства, всех его подразделений.

Конечно же, и наше Отечество — Россия (тоже при наличии известных историко-правовых предпосылок) по-настоящему выстрадала такое общественное устройство, когда бы в центре жизни общества стали человек, его высокий статус, его достоинство, его неотъемлемые права и свободы. Главное же и у нас, по примеру передовых европейских стран, представлялось чрезвычайно важным изначально задать соответствующий настрой российской демократической Конституции, и это, по оптимистическим расчетам, должно было предопределить всю государственно-правовую инфраструктуру, в конечном итоге — успех демократических преобразований в обществе.

4. Gladko bylo na bumage...

СУДЯ ПО СОБЫТИЯМ начала 1993 года, конституционным разработкам, выраженным в альтернативном проекте, было уготовано благополучное будущее. В марте—апреле 1993 года они, наряду с другими материалами, были широко использованы при подготовке «президентского» конституционного проекта, который, в противовес официальному просоветскому варианту, в апреле 1993 года в ходе референдума о доверии Президенту и в последующие месяцы стал своего рода идейной платформой в борьбе с коммуно-советской идеологией и практикой. По отзывам специалистов, опубликование за несколько дней до референдума основных положений «президентского» проекта Конституции, широкоэщательно объявленной (с весьма интенсивным участием в пропагандистских акциях такого рода автора этих строк) Конституцией Человека, сыграло заметную роль в благополучном для Президента исходе голосования.

Что ж, в опубликованном тексте проекта действительно наличествовали серьезные основания для подобной характеристики. Его первая глава была посвящена главным образом основным правам и свободам человека (структурно отделенным от социально-экономических прав гражданина), была вычленена и нормативно обозначена самостоятельная и высокая роль Правительства, особое место в политической жизни общества по проекту заняла муниципальная власть, намечались пути и механизмы для возвышения всей системы правосудия.

Вместе с тем в «президентском» варианте уже произошел — пусть пока и не очень заметный — отход от первоначального замысла. В первой главе, наряду с концентрированным закреплением основных прав и свобод человека, содержалось не одно, как ранее, а уже три-четыре общедекларативных положения. Произошел сдвиг и в нормативных характеристиках власти (не попали в опубликованный текст положения об умеренности власти, о фиксируемых пределах государственной собственности, о недопустимости использования регулярных вооруженных сил для решения внутривполитических проблем), в определении пределов президентской власти (Президент получил право при известных условиях роспуска парламента: теперь уже он, а не сам глава Правительства назначал заместителей премьера; и др.).

Почему все это произошло?

Есть простое объяснение такому изменению позиций. В работу над текстом проекта включились аппаратные работники президент-

ской администрации (всегда точно знающие, что от них ждут), и — что не менее важно — при отработке «президентского» варианта пришлось исходить не только из альтернативного проекта, но также и из других разработок, в том числе тех, которые были подготовлены юристами администрации во главе с С.М. Шахраем (человеком незаурядным, с добрыми чертами, и вместе с тем настроенным на усиление президентской власти).

Но есть тут и более сложные обстоятельства, наводящие на непростые размышления. Необходимость и вместе с тем коварство и беда компромиссов. В нравственном и политическом отношениях компромиссы, несомненно, не просто неизбежность, но и благо. Впрочем, благо относительное (ибо при компромиссах приходится чем-то поступаться, отходить от последовательных позиций). В результате компромиссов часто вырабатываются решения, лишенные строгой определенности и — что особенно прискорбно — оригинальных и сильных замыслов, съедаемых невнятными формулировками, общими формулами, беззубыми записями, приемлемыми «и для наших, и для ваших».

Поэтому, надо полагать, в сложном и ответственном деле, от которого зависит судьба страны, таком, как подготовка текста Конституции, компромиссы имеют свой потолок (на этот счет мы с А.А. Собчаком уже в то время выступили со статьей в газете «Известия»). Компромиссы по исходным принципиальным вопросам Конституции неизбежно приводят к утрате исходного замысла, а подчас, в контексте неясных, противоречивых формулировок, к возможности коренного «поворота событий» — решений и практических дел, прямо противоположных исходным предпосылкам, строго прописанным или предполагаемым. Увы, такой поворот событий по ряду существенных позиций как раз и затронул российскую Конституцию.

С ГОРЕЧЬЮ приходится признать, что отмеченная тенденция «ухода» от первоначально намеченной концепции конституционного проекта (во всяком случае — той, которой придерживался автор этих строк, ряд других разработчиков), в весенне-летнее время 1993 года усилилась.

Впрочем, сама постановка вопроса об «уходе» является, пожалуй, далеко не во всем корректной. И дело не только в том, что, казалось бы, ясные замыслы встретились с прозой жизни, страстями и сложной логикой противоборств, что потребовало компромиссов. В отличие от альтернативного проекта, в отношении которого с самого начала были определены отправные позиции, подготовка «президентского» варианта, кроме провозглашения самых общих формул, не сопровожда-

лась строгим определением основных конституционных идей. Даже те идеи, которые «перескочили» в «президентский» вариант из альтернативного проекта, не всеми, участвующими в конституционно-подготовительных делах, с необходимой точностью воспринимались и тем более разделялись.

Становится понятным, почему последующая работа над Конституционным текстом летом 1993 года, все более и более принимающая официальный характер, вновь скатилась главным образом к проблематике власти как таковой, притом не к необходимости ограничения власти, а к ее дележу.

НАРЯДУ С ОТМЕЧЕННЫМИ ПРИЧИНАМИ, три обстоятельства, связанные с невообразимо сложными реалиями лета 1993 года, еще более повлияли на подготовку конституционного текста.

Первое. Это прошедшее в мае–июне конституционное совещание, организованное Президентом, его администрацией. Совещание было призвано придать некий официальный или хотя бы полуофициальный статус проекту, дать ему некоторую общественную санкцию, а также, понятно, усовершенствовать конституционный текст, улучшить его.

Указанные цели в немалой степени были достигнуты. В общественном мнении «президентский» вариант в принципе стал вровень с проектом, подготовленным Съездом и Верховным Советом РСФСР (тем более что происходило сближение проектов также по содержанию – в «президентский» вариант переносились целые фрагменты из «верховносоветского» документа). Привлеченные к работе совещания правоведы, по сути дела весь цвет советской правоведческой науки, с успехом потрудились над текстом с технико-юридической стороны. И хотя юридико-техническая правка здесь нередко отдавала стереотипами советского толка, она придала документу большую юридическую строгость и респектабельность.

Но все эти плюсы не сделали менее заметными те существенные недостатки, которые связаны с проработкой сложного политико-юридического документа на многосотенном форуме. Еще раз подтвердилась простая вещь: на такого рода форумах (другой поучительный пример – Съезд народных депутатов), а также на всенародных референдумах оправданы постановка и решение по схеме «да – нет» небольшого числа принципиальных положений – ключевых формул, поправок, суть и значение которых ясны любому ответственному гражданину.

Детальная же проработка конституционного текста на собраниях (секциях совещания), в которых участвуют десятки и тем более сотни

специалистов самой разной профессиональной подготовки, политической направленности, гражданской ориентации, неизбежно приводит к чудовищной разноголосице. Великое множество самых разных предложений, мнений, поправок, настойчиво с напором проводимых их авторами, с трудом поддаются здравой оценке и разумному отбору путем простого голосования на секциях, сводятся в многостраничные таблицы и на их основе на рабочем совещании представителей секций, возглавляемых деятелями президентского аппарата, — вновь путем простого голосования, чисто механически решается вопрос о внесении того или иного корректива в текст проекта. В итоге даже при самом математически-строгом соблюдении указанных процедур (а точнее — благодаря такому строгому соблюдению), да плюс еще в результате других процессов (о них — дальше) проект Конституции по многим позициям «потерял» исходные идеи, еще более утратил концептуальную цельность.

Кроме одного. Впрочем, уже другого, чем это предполагалось в первоначальных вариантах. А именно — сохранение Большой власти, и даже во имя «крепкого государства» сосредоточение ее основных нитей в одном центре.

Второе, что повлияло на содержание конституционного проекта, — это исходящее от «президентского» руководства стремление выдать доработку текста в мае—октябре 1993 года как некий «объединительный» и «примирительный» процесс, в ходе которого берется из разных проектов «все лучшее». А делалось это с тем, в частности, расчетом, чтобы преодолеть впечатление незаконности, нелегитимности Конституционного совещания (ведь под эгидой Верховного Совета РСФСР продолжала действовать официальная Конституционная комиссия; и подготовка Конституции, строго говоря, входит в круг ведения представительных законодательных органов).

И вот на совещание приглашаются депутаты, члены Конституционной комиссии, на одном из пленарных заседаний предусматривается выступление Председателя Верховного Совета Р.И. Хасбулатова — затея, которая заканчивается, как и следовало ожидать, скандалом, шумом и гамом в зале, демонстративным выходом из зала докладчика и его сторонников (и мне, выступавшему следующим докладчиком, потребовались и мобилизация педагогического опыта, и какие-то сверхусилия для того, чтобы как-то успокоить аудиторию).

Главное же, с первого дня работы Совещания было объявлено, что и «президентский» вариант Конституции, и официальный «верховно-советский» проект — это «равноправные» документы и следует, пооче-

редно обращаясь к тому и другому, соединять их в нечто единое (за исключением — и это в высшей степени знаменательно! — президентской власти, ее места в структуре государства, его подразделений). Отсюда и проистекает отмеченное ранее сближение по содержанию указанных конституционных проектов. Такое сближение, которое и позволило одному из российских юристов, активно участвовавшему в подытоживании результатов работы Конституционного совещания, сказать о том, что оба проекта — и «президентский», и «верховносоветский» — это «близнецы-братья».

И наконец, третье. Это решающее участие в подготовке текста Конституции работников аппарата администрации.

Тут дало о себе знать еще одно негативное последствие проработки сложного юридического документа на многосотенном форуме. Дело в том, что при такой проработке не только велик разброс мнений, но и резко повышается необходимость в организационном и технико-документальном обеспечении осуществляемой деятельности — составление справок, сводных документов, обобщение вносимых предложений и поправок, представление наиболее предпочтительных разработок и т.д. А при отсутствии единого согласованного решения того или иного вопроса оказывается возможным выделить из великого множества предложений и представить в качестве оптимального то из них, которое по душе высокопоставленному чиновнику. И в этой связи нужно сказать еще раз — чиновники всех уровней безо всяких подсказок и рекомендаций совершенно точно знают то, что конкретно нужно высшему руководству.

Тем более это верно в отношении работников привилегированных подразделений аппарата, наиболее приближенных к высшему руководству. А осуществление всех оргтехнических вопросов, связанных с Конституцией, было как раз поручено ГПУ — Государственно-правовому управлению, которое, по сути дела, представляло собой первое, пусть и негласное, высшее юридическое ведомство, напрямик вхожее к «первому лицу», к нему наиболее близкое (и потому нередко подменявшее и заслоняющее официальное юридическое ведомство — Минюст).

По завершении подготовки текста проекта Конституции работники ГПУ с гордостью говорили о той роли, которую они сыграли в конституционно-подготовительном процессе. Эта роль действительно велика. Именно работники ГПУ (как свидетельствуют собственные наблюдения автора этих строк) совместно с научными деятелями традиционной ориентации сделали немало для того, чтобы в окончательном

варианте конституционного проекта заметное место заняли советские конституционные традиции, оказались усиленными авторитарные акценты при определении президентской власти, многие положения оказались «причесанными» на советский манер, исчезли или оказались просоветски отредактированными положения с «либеральными выкрутасами».

КАЗАЛОСЬ БЫ, летом 1993 года подготовка проекта Конституции приобрела такую направленность и в этой направленности такую жесткость и инерцию, что по всем данным конечный итог этого процесса был предопределен. Для меня это время стало порой разочарования, скажу откровенно — нового краха еще одних иллюзий.

Фоном же всей этой ситуации продолжала оставаться обстановка сурового противостояния между властью Верховного Совета и президентской властью и психологическая сторона этого противостояния с ее психологически невыносимой безальтернативной, много раз безукоризненно сработавшей дилеммой «либо *вот такое* решение, либо самый ужасный крах». Вот и здесь создалось впечатление — до сих пор не могу сказать, вполне справедливое или нет, — о том, что всякое выступление против подготавливаемого конституционного проекта означает невозможную потерю для президентской линии и победу Верховного Совета с его просоветским проектом.

Есть здесь один довольно тонкий момент из числа специальных государствоведческих вопросов, о котором уместно все же рассказать. В то время мне пришлось довольно много выступать с комментариями о противостоянии Президента и Верховного Совета (под углом зрения подготовки конституционного проекта, но не только). Суть моих комментариев сводилась к тому, что перед нами не столкновение «двух властей», как, увы, до сих пор принято считать, а противостояние «двух систем власти»: одной — из прошлого, другой — с перспективой новой, демократической государственности.

Такую оценку, на мой взгляд, можно признать справедливой и сейчас. Но она нуждается в одном коррективе. В то время не очень-то была представлена мысль о том, что перспектива новой государственности сводилась не столько ко всему престижному арсеналу конструктивно-государствоведческих новшеств (разделение властей, парламентаризм, муниципальное самоуправление и т.д.), сколько к одному из центральных институтов в структуре власти — главе государства. И, кстати сказать, фигура главы государства в виде Президиума Верховного Совета вовсе не случайно была высокопрестижной и в советское время, когда

всеми делами в обществе заправляла КПСС (с большой настойчивостью к посту Председателя Президиума рвались Подгорный, Хрущев, Брежнев). В обстановке же падения партократической власти институт главы государства стал восприниматься в ореоле необъятности власти, которая была характерна для Генсека сталинской и брежневской эпох.

И отсюда вся подоплека пестрой палитры возникающих в этой связи яростных противоборств состояла в том, что в 89–90-м годах и в СССР, и в России были созданы новые институты, призванные выполнять функции главы государства (председатель Верховного Совета; Президент), причем каждый раз создание нового поста не сопровождалось ликвидацией старого. И потому в стране оказалось несколько властных центров, а столкновение систем власти в какой-то мере персонифицировалось: и Б. Ельцин, и Р. Хасбулатов имели известные основания претендовать на лидерство в государственной жизни. Отсюда тот, во многом личностный, накал страстей, которым сопровождалось столкновение двух реально наличествующих систем власти и который заслонил действительно центральную проблему, от решения которой зависит судьба демократии вообще, – преодоление страшного проклятия России – советского всевластия, монстра Большой власти.

В ОДНО ВРЕМЯ, казалось бы, весьма благоприятное для возобновления последовательно демократических преобразований, сверкнула была надежда вернуться к тем идеям или, во всяком случае, к ряду тех идей, которые по замыслу должны были стать основой российской Конституции.

Эта надежда загорелась как некое искупление-оправдание для демократически настроенных людей в связи со вспышкой насилия, происшедшей в Москве 3–4 октября 1993 года, – драматических событий, начавшихся со столкновения наступательно-настроенных демонстрантов на московских улицах со стражами правопорядка и закончившихся огнем из танковых орудий по зданию Верховного Совета.

Не затрагивая всех сторон и оценок происшедшего в октябрьские дни лобового столкновения верховносоветской и президентской властей (оценок весьма широкого диапазона – от «акций по предотвращению гражданской войны» до «расстрела парламента»), нельзя упустить из поля зрения главных уроков октябрьских событий. Таких уроков с точки зрения логики идущего сейчас рассказа два.

Первый урок касается силы действующего права. Оказывается, что самые негативные, признанные обществом характеристики действующих Конституции и законов не дают оправдания поступкам, не соот-

ветствующим «писаному праву» — существующим законоположениям. Ведь к сентябрю—октябрю 1993 года мнение об отсталости и даже порочности латаной-перелатаной Конституции РСФСР и законодательной деятельности Верховного Совета было общепризнанным, по крайней мере широко распространенным. Между тем как только 21 сентября в свет вышел президентский указ № 1400, которым деятельность Съезда и Верховного Совета прекращалась и объявлялись выборы в новые представительные органы, столь же распространенным и категоричным стало мнение о том, что произошло «нарушение» Конституции и закона. И здесь, при подобных оценках, не принимаются в расчет никакие благообразные доводы. В том числе и те, которые в то время приводились автором этих строк, — о соответствии президентских акций правам человека и принципам права и о том, что это необходимая ступень к действительно демократическому и гуманистическому праву. Сила существующего писаного права, пусть отсталого и действующего в обществе с укорененным беззаконием, оказалась довольно значительной, «слепой», граничащей со «слепотой» фанатичной религиозной веры (знак в общем-то многозначительный и в принципе оптимистический, свидетельствующий о существовании основательных предпосылок для утверждения и в нашем обществе крепкой законности). Мне сдается, что как ни крути, но на принятую вскоре российскую Конституцию легла тень октябрьских событий — тот отзвук предшествующих нарушений писаного права, который очень прочно засел в народной памяти. Не случайно поэтому уже в 1997 году Государственная Дума приняла постановление об объявлении 4 октября днем памяти «защитников Конституции».

И второй урок, соотносящийся с первым. Это глубокая порочность насилия. Сколь ни будь вынужденным и благообразным насилие, оно глубоко поражает общество своим проклятием. Особо это затрагивает такое общество, как российское, только-только порывающее с тотальным насилием коммунизма и только-только начавшее заменять насилие правом.

Вот стоит с языками копоти расстрелянный Белый дом (но не расстрелянный «парламент»: система Советов сложилась и функционировала как отрицание, антипод парламентаризму). Что ж, насилие свершилось, что было — то было. А теперь, когда в прошлое ушли система Советов, Конституция РСФСР, просоветские законоположения, казалось бы, существует широкий, беспрепятственный простор для решительного искоренения наследия советского тоталитарного режима, последовательного развития демократических институтов.

Такие настроения (спасительные для ущемленного октябрьской трагедией сознания) породили надежду, что и в конституционном деле можно сделать спасительный «поворот назад» — устранить неоправданные компромиссы, вызванные обстановкой лета 1993 года, вернуться если не ко всему, то хотя бы к той основополагающей конституционной идее, связанной со значением для содержания Конституции основных прав и свобод человека, а отсюда — и к общему построению всего конституционного текста.

Где-то спустя два-три дня после драматических октябрьских событий состоялось первое после этих событий совещание рабочей группы по подготовке Конституции. И на этом совещании после краткого наставления председательствующего (С.А. Филатова) о необходимости скорейшего завершения всех работ я рискнул, нарушая скоротечный ритм совещания, изложить упомянутую постановку проблемы. Председательствующий сказал: «Конечно, конечно... надо учесть...». Увы, все это никакого продолжения не имело. Один из присутствующих юристов сказал только: «Да, проблемы; но надо заканчивать это дело скорее».

Через несколько дней после совещания рабочей группы (на которой к предложению вновь обратиться к изначальным идеям так и не вернулись) мы с коллегами представили в рабочую группу наш вариант построения конституционного проекта — несколько текстов и схем. И этот демарш не имел последствий; по всему чувствовалось, что все эти материалы вязнут в чиновничьих кругах, по всем данным — в ГПУ, да и вообще — то явно заданное ускорение, которое было придано работе по завершению конституционных дел, исключало саму возможность сколько-нибудь значительных переделок текста.

Было бы неправдой сказать, что все эти попытки повлиять на ход событий не имели никаких последствий. Нет, все обстояло по-другому. Предложения «учитывались». Но суть дела в том, что предложения, затрагивающие построение Конституции, ее концепцию, «спускались» на уровень многочисленных поправок по частным вопросам и учитывались в какой-то фразе, в формулировке с возможными последствиями, далеко не всегда точно просчитанными. Скажем, настойчивые предложения поставить во главе Конституции основные права и свободы человека обернулись тем, что во второй статье было сказано о правах гражданина и человека как «высшей ценности», да вторая глава, посвященная этим правам, получила статус «неприкасаемой» (что наряду с позитивной стороной сделало практически невозможным устранение тех огрехов, допущенных, по мнению автора этих строк, на последней стадии проработки конституционного про-

екта). Ряд позитивных уточнений в конституционном проекте удалось сделать окольным путем — не через рабочую группу, а непосредственно через президентских помощников.

Самые последние шаги работы над текстом Конституции шли «втемную», в недрах чиновничьего аппарата; некоторые коррективы вообще не были известны никому из непосвященных.

Особо печальным и в чем-то странным следует признать исчезновение из окончательного текста положения о том, что частная собственность является естественным правом человека. Печальным и странным, в частности, потому, что именно это положение было положено в основу экономико-правовой части заключительного доклада Президента на Конституционном совещании летом 1993 года (говорю об этом со знанием дела, так как готовил материалы для указанной части доклада); и оно неизменно присутствовало во всех опубликованных вариантах, вплоть до последних рабочих публикаций в октябре—ноябре. Один из приближенных к власти деятелей предпринимательства, И.Х. Кивеледи, уже после принятия Конституции на референдуме еще месяц-другой публично говорил об упомянутом положении как о главном достижении Конституции — до тех пор, пока при встрече довелось сказать ему о том, что, увы, подобного положения в принятом тексте нет.

ЭТО БЫЛО странное время — октябрь—декабрь 1993 года. В жестком столкновении президентской и верховносоветской властей как будто бы победила демократия. И в это время каких-либо авторитарно-диктаторских акций и впрямь не совершалось. Напротив, в некоторых случаях ощущались осторожность и примиренческий настрой (не был упразднен, скажем, действующий Конституционный Суд, хотя он был порождением и органом упраздненного Съезда, а в критические сентябрьско-октябрьские дни в своем большинстве занял антипрезидентские позиции).

В то же время в октябре—ноябре представительная власть в стране была парализована: «наверху» она была упразднена, «на местах» находилась в шоковом состоянии, в ожидании объявленного упразднения Советов. Реально не работал Конституционный Суд, его члены занимались отработкой законопроекта о своем статусе. Мы с коллегами по своей инициативе попытались продвинуть проект президентского указа о соблюдении конституционных начал до принятия Конституции, но и эта попытка не удалась.

Весь объем власти в это время был сосредоточен у Президента, который, однако, не действовал сколько-нибудь активно (из заметных

президентских шагов той поры можно, пожалуй, отметить указ о частной собственности на землю).

Последовательность и твердость президентской политики проявлялись, пожалуй, в одном – в линии на скорейшее принятие Конституции. Принятие каким путем?

Мне в ту пору пришлось не раз публично выступать на этот счет, и я полагал, что принятие Конституции должно произойти на всенародно избранном Федеральном Собрании, которое в этой связи приобретет характер собрания Учредительного. Мы жили в те дни в обстановке, где доминирующими вновь стали надежды на возвращение к последовательным демократическим преобразованиям (с этими расчетами было сопряжено и решение избирать половину – а не одну треть, как настаивало ГПУ, – депутатов «по партийным спискам»).

После выборов 12 декабря 1993 года, на которых возобладали жириновцы и коммунисты, стала очевидной опрометчивость такого рода надежд. И какая-то неоправданность варианта с Учредительным собранием, которое – будь оно учреждено – судя по всему, непомерно затянуло бы принятие Конституции, и уж наверняка Конституция (наряду с какими-то плюсами) лишилась бы ряда сохранившихся в ней элементов демократического порядка, и уж, конечно, не было бы «возврата назад» – к первоначальным, последовательно либеральным вариантам.

Президент вел линию на то, чтобы Конституция была бы принята в порядке референдума вместе с выборами депутатов в Государственную Думу 12 декабря 1993 года. До сих пор считаю, что референдум, если ему не предшествовало Учредительное собрание, наименее приемлемый вариант для принятия такого суперсложного законодательного документа, как Конституция (оптимальный путь – решение на референдуме по схеме «да–нет» нескольких принципиальных вопросов и одобрение результатов работы Учредительного собрания). Смысл референдума по Конституции – и во Франции в 1965 году, и у нас в 1993 году – не столько Конституция, сколько акт одобрения статуса политического лидера и его курса. Во всем же остальном, что касается самих конституционных проблем, избиратели действуют преимущественно «вслепую» и, по-видимому, существует молчаливое согласие с тем, что, голосуя «за», избиратели примиряются с последствиями и риском, которые несет с собой принятая на референдуме Конституция.

Мне представляется, что отсутствие каких-то решительных акций со стороны российского населения на спорные и ошибочные действия Президента, совершенные в конституционных рамках и вне их, объяс-

няется, помимо иных причин, также и ощущением избирателями своей причастности к ранее бланкетно одобренному президентскому курсу.

12 декабря 1993 года намеченное свершилось: вместе с выборами в нижнюю палату высшего представительного органа страны – Государственную Думу – состоялся также и референдум по Конституции. «За» представленный Президентом проект проголосовало столько, сколько требовалось, – чуть больше 50% участвовавших в голосовании.

Конституция после референдума вступила в действие.

5. Упущенный шанс. II – урок

НЕОБХОДИМО сразу же зафиксировать главную, ключевую характеристику принятой на референдуме 12 декабря 1993 года российской Конституции.

Конституция России 1993 года – это первая за всю историю России демократическая Конституция, соответствующая основным общедемократическим требованиям. Она положила конец системе Советов, идеологизации государственной власти, всему комплексу начал и постулатов советского тоталитарного режима и одновременно закрепила главные ценности, определяющие взаимоотношения человека и власти в обществе, утверждающем и развивающем основы демократии – принципы народовластия, разделения властей, федерализма, законности.

Конституция 1993 года представляет собой основной, зримый рубеж, свидетельствующий о том, что Россия в канун XXI века наконец порывает с традиционной цивилизацией, ужесточенной советским тоталитарным режимом, и становится на путь перехода к демократии, свободе, либеральной цивилизации.

Есть в действующей Конституции и ряд отработанных нормативных решений, выражающих достижения конституционной культуры (в том числе, к счастью, по правам человека), которые могут стать конституционной «зацепкой» для решения проблем перехода к демократическим институтам высокого, современного уровня. В целом, при всех минусах, огрехах, недоработках, это основательный конституционный документ, который по праву стал основой государственно-правового развития России.

ДОСТОИНСТВА российской Конституции не должны заслонять ее недостатки, которые не позволяют поставить ее в один ряд с лучшими, передовыми конституциями современной эпохи.

Эти недостатки состоят не столько в том, что по Конституции акценты в системе организации власти смещены в сторону прерогатив

главы государства (формально закрепленных или фактически осуществляемых). Сама по себе такая организация власти, при всех ее минусах, могла бы найти известное обоснование в особенностях и реалиях пространственно-гигантского разрушенного общества, находящегося в состоянии непроходящего кризиса.

Могла бы... если бы она не выражала основную негативную черту действующей Конституции. Эта негативная черта состоит в том, что и на первую российскую демократическую Конституцию оказали влияние известные советские конституционные традиции.

Какие традиции? Только ли те, которые коренятся в царско-имперском и советско-тоталитарном прошлом и связаны с идеологией всевластия, сосредоточенного в руках «первого лица»? Нет, не только.

КАК ЭТО НИ ПОКАЖЕТСЯ НЕОЖИДАННЫМ, на первое место среди советских конституционных традиций, с недоброй стороны оказавших влияние на содержание действующей российской Конституции, я бы поставил само ее построение — такое расположение содержащегося в ней материала, когда заглавное место занимают в ней общие, декларативно-констатирующие положения, объединенные формулой «основы конституционного строя».

Такое технико-юридическое построение кодифицированного акта, полезное в отраслевом законодательстве, когда выделяется «Общая часть», или «общие положения», кодекса, в отношении Конституции оказывается уместным главным образом с позиций марксистской коммунистической идеологии. Оно сразу же придает Конституции — как это и было в советское время — качество некоего идеолого-теоретического канонизированного документа, что накладывает свою печать на все содержание Конституции, снижает ее нормативно-регулирующее значение.

Не менее пагубно и то, что при таком построении Конституции оказались отодвинутыми с заглавного места права и свободы человека, и это — о чем подробнее речь пойдет дальше — лишило конституционный документ современной демократической направленности (эту ситуацию не спасает запись во второй статье о человеке и его правах как о «высшей ценности»: такая запись находится в одном ряду с другими декларативно-констатирующими положениями, одноуровневыми в этом отношении, чем, кстати сказать, и воспользовались сторонники силовой линии при обосновании правомерности действий власти, связанных с войной в Чечне).

Главная же, поначалу не очень определенная (прояснившаяся лишь в последнее время) коварная беда рассматриваемого построения Конституции, с теоретико-декларативной заглавной частью, состоит глав-

ным образом в том, что она — по примеру иных кодифицированных актов, имеющих Общую часть, — открывает возможность прямого использования общих положений в практической жизни, в том числе для приведения в действие принудительной силы государства. А так как, в отличие от иных кодифицированных актов, положения Конституции являются «общими» на весьма высоком уровне абстракций, то здесь возможны широкие интерпретации, вольные истолкования, с возможными решениями, не всегда обоснованными с правовой стороны, но существенно влияющими на жизнь общества.

Такого рода решения, опирающиеся на общие конституционные положения, не только оправданы, но и в высшей степени конструктивны в том случае, если они совершаются в порядке правосудия компетентными судебными учреждениями. Без подобной деятельности органы правосудия вообще, на мой взгляд, не способны выполнить своей высокой миссии в правовой системе демократического общества.

Но общие конституционные положения (именно в силу их предельно общего, абстрактного характера и отсюда — возможности неконтролируемого произвола) не могут быть достаточной и непосредственной юридической основой для властных акций институтов, действующих в строго подзаконном порядке: президентских, управленческих, исполнительно-административных органов, особенно тех, которые приводят в действие государственно-принудительные механизмы. Для таких акций необходимы строгие и четкие конкретные законоположения, принятые на основе конституционных записей, а при их отсутствии — соответствующие решения компетентных органов правосудия.

Пагубные последствия иного образа действий продемонстрировала война в Чечне. Ведь обоснованием конституционной правомерности президентских и правительственных актов, положивших начало ширококомасштабным военным действиям в Чечне в декабре 1994 года, послужили не закон и не судебное решение, а непосредственно положение первой главы Конституции о том, что Российская Федерация «обеспечивает целостность и неприкосновенность своей территории».

Нужно отдавать ясный отчет в том, что со ссылкой на такие общие конституционные формулы, как «народовластие», «федерализм», «народное представительство» и другие, можно обосновать (понятно, с весьма разной степенью убедительности) какие угодно произвольные действия. Это заставляет с большой степенью осторожности подходить к весьма высокозначной и перспективной деятельности органов правосудия, опирающейся на общие конституционные положения. Здесь по всем данным есть пределы, которые требуют специального рассмотрения. Ведь спустя некоторое

время после одобрения Конституционным Судом президентско-правительственных акций, связанных с войной в Чечне, группа депутатов Государственной Думы попробовала использовать общие конституционные положения и по другой проблеме. Когда в ходе избирательной кампании декабря 1995 года выяснилось, что большинство избирательных объединений (а их образовалось великое множество — до 50) явно не дотянет по числу набранных голосов до 5-процентного барьера, необходимого для получения объединением определенного числа депутатских мест «по спискам», упомянутые депутаты решили оспорить в суде закрепление в законе такого 5-процентного барьера по той причине, что он якобы несовместим с конституционным принципом «равного представительства»...

Вполне обоснованно Конституционный Суд не принял такое дело к своему рассмотрению.

ТЕПЕРЬ о закреплении в российской Конституции прав и свобод человека.

В Конституции 1993 года права и свободы человека закреплены в самом широком и детализированном диапазоне, «по максимуму», в полном согласии с общепризнанными принципами и нормами международного права. Они признаются неотчуждаемыми (и значит — природными, принадлежащими каждому от рождения, естественными). Более того, в российской Конституции есть нормы (они были сформулированы в альтернативном проекте), придающие правам и свободам значение непосредственно действующего права (ст. 18) и определяющие их «неприкосновенный статус», недопустимость издания законов, отменяющих или умаляющих права и свободы человека (ст. 55).

Вместе с тем с великим огорчением приходится признать, что права и свободы не заняли в российской Конституции того места и им не уготовано Конституцией той роли, которые вытекают из требований современной демократии.

Прежде всего нормативные положения о правах и свободах человека не стали заглавной частью всего содержания Конституции. При этом надо видеть, что, в сущности, вся первая глава действующей Конституции, даже ст. 2, посвящена вопросам государства, которые вследствие этого, в силу самой логики построения конституционного документа, поставлены «впереди» человека, его прав и свобод. Словом, права и свободы не стали, вопреки первоначальному замыслу, тем институтом, который настраивает, служит камертоном для всей государственно-правовой жизни, умеренности власти, ее нацеленности на служение человеку (соответствующая норма, в альтернативном

проекте закреплённая в ст. 2, здесь перемещена в ст. 18, и там она затерялась среди многих иных нормативных положений Конституции). Знаменательно, что широковещательная фраза ст. 2 о том, что права и свободы человека представляют собой «высшую ценность», имеет государственно-публичный оттенок, она сопровождается не требованием обеспечения определяющей роли прав и свобод человека в государственно-правовой жизни, а всего лишь указанием на то, что их «признание», «соблюдение» и «защита» — «обязанность государства».

Достойно сожаления то обстоятельство, что, сообразно советским традициям, основные права и свободы человека закреплёны, причем вперемешку, в одном комплексе с социально-экономическими правами гражданина. Нет слов, такому приравниванию можно найти обоснование и в общепризнанных международных документах, особенно конца 40-х годов. Но мало кто ныне знает, что это произошло в основном под влиянием Советского Союза, его сталинской Конституции, и в те годы отражало успехи советской дипломатии, послевоенный авторитет страны Советов.

По своей же сути, природе, социально-экономические права, при всей их важности для людей, — явления иной плоскости, нежели основные права и свободы человека. Последние характеризуют само существо взаимоотношений власти и человека, и они действительно призваны в соответствии с требованиями современной демократии определять государственно-правовую жизнь общества в целом. Социально же экономические права (право на отдых, право на образование, право на пенсию и др.), неотделимые от гражданства, напротив, в немалой мере зависят от данной социально-экономической обстановки и, что особо значимо, от государственной власти, в известном отношении являются производными от государственной деятельности. Не случайно поэтому и в действующей Конституции в случаях, когда говорится о «неотчуждаемости» прав, об их статусе (ст. 17, 55), воспроизводится формула «основные права и свободы».

И еще один момент, казалось бы мелкий, но по сути весьма существенный. Основные права и свободы, делающие каждого человека независимой и суверенной личностью (прежде всего по отношению к власти), имеют свою морально-духовную основу, относящуюся к каждому человеку. Это *достоинство* человека, выражающее его высокий статус в обществе. Без того, чтобы в обществе признавалось и обеспечивалось высокое достоинство личности, декларируемые права и свободы во многом теряют свою реальную человеческую основу, становятся применительно к отдельному человеку в его практической жизни бумажной «буквой». Основные права и свободы человека в рас-

смастриваемой плоскости являются производными от общего высокого статуса человека, от его достоинства.

Вполне обоснованно поэтому в передовых конституциях демократически развитых стран (таких как Германия) сама нормативная характеристика основных прав и свобод человека — заглавной части Конституции — прямо «выводится» из высокого достоинства человека. Такие же нормативные положения содержались в первых же статьях альтернативного конституционного проекта, которые были воспроизведены и в первых вариантах президентского конституционного документа.

К сожалению, при доработке «президентского» проекта, судя по всему — по формально-логическим юридическим соображениям, запись о достоинстве личности оказалась отодвинутой, соединенной с записью о запрете пыток и в силу этого оторванной от исходных характеристик (что еще в одном отношении придало положению о человеке и его правах абстрактно-декларативное звучание).

В ДЕЙСТВУЮЩЕЙ РОССИЙСКОЙ КОНСТИТУЦИИ не удалось в полной мере осуществить, пусть и в «предельном» «президентском» варианте, оптимальную в нынешних условиях организацию власти.

При этом суть вопроса состоит не в отдельных огрехах конституционно-нормативной регулировки полномочий Президента, Федерального Собрания, Правительства (эти огрехи очевидны, их в общем-то нетрудно устранить). Главная беда — это отсутствие в конституционном тексте нормативных положений, которые бы создавали твердый правовой плацдарм для противостояния Большой власти, ее обузданию, сдерживанию тенденций к всевластию. Такого рода нормативные положения (они частично содержались в альтернативном проекте и с самого начала уже отсутствовали в «президентском» проекте) могли бы состоять и в декларации об умеренности власти, и в строгой регулировке оснований, порождающих всевластие (таких как казенная, государственная собственность), и в ряде жестких запретов (таких как запрет совершения властно-принудительных действий без прямого на то разрешения закона).

Конечно же, существует потребность внесения известных коррективов в ряд положений действующей Конституции (и в не меньшей мере — потребность конституционно-ограничительного толкования некоторых из таких положений). Немалую роль могли бы сыграть конституционные законы, иные федеральные законы, которые исключили бы произвольную интерпретацию положений Конституции об «определении» Президентом «основных направлений внутренней политики», о «формировании» Президентом своей администрации, об изда-

нии Президентом указов (хотя бы в том направлении, как это сделано в ст. 3 Гражданского кодекса). Целесообразно обсуждение вопроса о внесении коррективов по данному кругу вопросов и непосредственно в Конституцию (скажем, как это и предлагалось на завершающей стадии проработки проекта в октябре 1993 года – ограничение права Президента распускать Государственную Думу с тем, чтобы при использовании этого права во второй раз одновременно объявлялись выборы и депутатов в Государственную Думу, и Президента).

Оправданы коррективы и по вопросам полномочий Федерального Собрания (в том числе в отношении контрольной парламентской деятельности, о согласовании – в порядке консультации или ином процедурно-строгом порядке – кандидатур в члены Правительства). Есть основания и для того, чтобы усилить гарантии самостоятельности Правительства (например, вернуться к ранее предполагаемому порядку, в соответствии с которым Председатель Правительства непосредственно назначает своих заместителей; установить процедуру назначения и освобождения от должности федеральных министров, предполагающую предварительное, до соответствующего представления Президенту рассмотрение этого вопроса на заседании Правительства с участием представителей Федерального Собрания).

И все же – скажу еще раз – коренная проблема – это, как ни странно, общая конституционная атмосфера, подспудно доминирующее убеждение в неизбежности и даже оправданности известного всевластия – концентрации высшей власти в руках «первого лица», главы государства, что будто бы может быть обосновано малейшими на этот счет зацепками в конституционных формулировках.

В этой связи нужно со всей определенностью сказать и о том, что истоки острых конституционных проблем нашей страны следует искать не столько в тексте Конституции, сколько в практике ее применения, когда используются те или иные стороны распространительно интерпретируемых формулировок Конституции и федеральных законов.

Ведь при строго буквальном толковании положений действующей Конституции никак нельзя признать конституционно-обоснованным «указное» правотворчество в области законодательства, прямое и исключительное подчинение «силовых» министров непосредственно Президенту, практику прямых приказов главы государства федеральным министрам, другим руководителям ведомств, не входящим в президентскую администрацию, формирование в президентской администрации параллельных правительственным учреждениям подразделений административно-управленческого профиля (таких как ГПУ).

БОЛЕВОЙ ТОЧКОЙ в государственно-правовой жизни, определяемой российской Конституцией, было и остается правосудие. Несмотря на то что в Конституции получили закрепление передовые, проверенные жизнью начала, лежащие в основе «правого суда», и, более того, вся правосудная деятельность в отличие – как это ни странно – от других направлений деятельности государства обозначается в Конституции в качестве «судебной власти» (по непонятным причинам в отношении правосудия под влиянием просоветского проекта использован этот теоретизированный термин), система правосудия в России, за исключением Конституционного Суда, до настоящего времени так и не стала полнокровной, действенной «третьей властью». Взятая в целом судебная система России, особенно в низовых ее звеньях, пребывает, по сути дела, на обочине политико-государственной жизни, да и вообще, как и иные непривилегированные подразделения общества, находится в трудном материальном, порой бедственном положении. К сожалению, известная часть звеньев судебной системы оказалась коррумпированной, подверженной нашей беде – взяточничеству.

Каким образом можно достигнуть такого положения в государственно-правовой жизни, когда бы суды в российском обществе стали действительной третьей властью?

Увы, на этот вопрос и при подготовке проекта Конституции, да и в настоящее время так и не сформировалось убедительного ответа. Все попытки решить рассматриваемый вопрос по примеру США, ряда других стран путем объединения всей судебной системы (когда широко признанный статус Конституционного Суда был бы распространен и на другие суды) или образования по этим же соображениям высшего интегрирующего судебного органа (типа Высшего Судебного Присутствия) неизменно наталкивались на возражения сугубо престижно-ведомственного свойства. Разъединение судов на три ветви – суд конституционный, общий, арбитражный – уже укоренилось, связано с весьма глубокими ведомственными интересами многих людей. Особо резко упомянутые возражения звучали при ссылках на судьбу ныне существующего Конституционного Суда, который в его нынешнем виде будто бы представляет собой оптимальный и единственно возможный вариант конституционного правосудия.

НУЖНО ПРИЗНАТЬ, без обиняков и оговорок, *наше общество упустило шанс включиться в мировое сообщество демократических стран с передовой конституцией, отвечающей высоким стандартам современной демократии и гуманистического права.* Разработки и заготовки, подготовленные в ходе работы над проектом российской Конститу-

ции, позволяли — при строгой нацеленности на реализацию передовых демократических взглядов и должной организации конституционно-проектных работ — достигнуть такого впечатляющего, можно уверенно предположить, результата в демократическом развитии России.

Впрочем, нужно видеть российскую действительность такой, какая она есть. Надо видеть, что возможность создания передовой демократической Конституции была не столь уж большой: силы и тенденции, противоборствующие последовательно демократическому развитию страны, были и остаются значительными, влиятельными. Но все же упомянутая возможность была (во всяком случае, не меньшая, чем возможность принятия передового Гражданского кодекса). И особенно такого рода перспектива была близка к реализации летом—осенью 1993 года, когда существовала известная демократическая эйфория, порожденная победой над просоветскими кругами.

Можно ли в ближайшее время все же осуществить то, что представляет собой упущенную возможность?

Нет, такой вариант как ближайшая практическая задача и нецелесообразен, и нереален. Нецелесообразен потому, что ныне следует сосредоточить усилия на фактической реализации тех демократических институтов и форм, которые уже «записаны». Нереален потому, что сейчас уже нет той благоприятной обстановки для крупных шагов в демократических преобразованиях, которые были летом—осенью 1993 года; социально-политическая обстановка в России с точки зрения демократической перспективы ее развития в настоящее время ухудшилась.

Сверхзадача в конституционной области в нынешнее время — это *утверждение в российском обществе святости и нерушимости демократических конституционных начал*, выраженных в действующей Конституции. Более того, путем судебно-конституционного толкования ряда положений действующей Конституции (таких как положения ст. 2, 18, 55), а также рассмотрения острых проблем российской действительности (таких как война в Чечне) вполне возможно, используя демократический потенциал существующих конституционных установлений, создать в России общую конституционно-правовую атмосферу, характерную для Конституции Человека. И, быть может, именно таким путем возобновить многотрудную работу по преодолению имперско-державных тенденций, нашего страшного проклятия — чудовища Большой власти, идола царско-генсековского всевластия, и последовательно демократического, гуманистического толкования всего содержания действующей Конституции.

Конечно, имеются основания для внесения отдельных поправок в текст Конституции (скажем, по вопросам контрольных функций Фе-

дерального Собрания, определенных форм согласования с ним кадровых назначений в Правительстве).

Более же основательный пересмотр действующей Конституции — дело не сегодняшнего и даже не завтрашнего дня. Нужно, чтобы в нашем российском обществе еще на основе действующей Конституции стали реальностью основные демократические преобразования, и прежде всего те из них, которые связаны с российским Возрождением, Просвещением, с утверждением в общественном мнении и в общественном бытии приоритета личности над обществом и государством. Именно тогда, на мой взгляд, вновь возникнет благоприятная обстановка для проведения крупных демократических новаций, и тогда, будем надеяться, с успехом могут быть осуществлены такие преобразования в Конституции, которые по всем параметрам придадут ей качество Конституции Человека.

ОТРИЦАТЕЛЬНЫЙ ОПЫТ — тоже опыт, а несостоявшийся (или не вполне состоявшийся) замысел — уже *у р о к*.

Теперь с учетом всех перипетий, связанных с подготовкой и принятием российской Конституции, и еще более — с учетом трехгодичной практики ее действия должен быть ясен основной урок, относящийся к формированию в России *д р у г о й* юридической системы — гуманистического права современного гражданского общества.

*Если первым шагом в переходе от права власти к гуманистическому праву является придание общепризнанным правам человека непосредственного юридического действия, то следующий, не менее важный, шаг — признание за правами человека значения *ф у н д а м е н т а л ь н о й о с н о в ы* построения всей государственно-правовой системы страны и твердый настрой на реализацию этой идеи в Конституции. В конечном итоге именно основные права человека призваны определить направленность и содержание государственно-правовой жизни общества и в этой связи — «уровень» власти, характер ее функционирования такой, чтобы центральное место во всей государственно-правовой жизни занимал человек, с его высоким достоинством и неотъемлемыми правами, надежно защищенными законом и судом. Только тогда, когда в действующей юридической системе произойдет такого рода фундаментальная перенастройка, будут основания утверждать, что своего рода Рубиеон перейден и наше общество из бесконечной полосы насилия и необузданной власти перешло в современное гражданское общество, в котором господствует и правит Право.*

ГЛАВА ПЯТАЯ ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС В СУДЬБЕ РОССИИ

1. Когда сомкнулись прошлое, настоящее и будущее

ВОЗМОЖНО, в жизни каждого человека случается событие-предзнаменование. Таким предзнаменованием, о котором я рассказал в самом начале этих заметок, стала для меня встреча с Миром Права, которая произошла в советском юридическом вузе при общении со старой, дореволюционной профессурой. И уже тогда в дремуче-сталинское время этот Мир Права открылся в облике самого удивительного юридического феномена — гражданского права (или — что в общем-то одно и то же — цивилистики, от латинского *ius civile*, т.е. в переводе опять-таки «гражданское право»). И хотя в то время усиленно внедрялся постулат, в принципе верный для тогдашних условий, что это право «советское», «социалистическое», резко отделенное от институтов буржуазного общества с его «частным правом», мы вслед за своими учителями из дореволюционной когорты явственно ощущали, что перед нами — искусная и утонченная область права, истоки которого коренятся в самих основах человеческого бытия и которое является обителью неких вечных ценностей.

И вот ведь что в жизни происходит порой! По прошествии 30–40 лет начинающим юристам того времени, ныне как-то незаметно перешедшим в старшее поколение, не только довелось встретиться с предметом своей «первой любви» — гражданским правом, да к тому же освобожденным от уничтожительных характеристик, дискредитирующих идеолого-политических догм, но и сделать работу в области гражданского права (именно как частного права) главным делом своей жизни. Помимо иных, весьма значимых моментов все это явило собой непосредственное продолжение одной из ведущих линий правового развития в дореволюционной России, с изломами, потерями, с низведением до тонюсенькой ниточки, но все же прошедшей через все перипетии жизни общества с чудовищным сталинским тираническим режимом.

А в сугубо личном отношении работа над Гражданским кодексом и утверждение всей идеологии частного права стали моим реальным ответом на невысказанную мечту и надежду, если угодно, на молчаливый наказ наших учителей (над Гражданским кодексом работало еще

несколько правоведов – учеников дореволюционных юристов), исполнением нашего ученического долга. Для меня – долга перед Борисом Борисовичем Черепахиным, Александром Марковичем Винавером.

Хочу заметить в этой связи, что по первоначальному замыслу (во всяком случае – моему и моих коллег) организованный в Свердловске (Екатеринбурге) в 87–88-м годах академический институт философии и права должен был стать первым в стране научным учреждением по гражданскому праву, по воссозданию в стране высокой цивилистической культуры. К сожалению, мое перемещение, пусть и временное, в столицу и связанные с этим кадровые и тематические сложности, когда наиболее видные из моих коллег по разным причинам покинули институт, а другие мои коллеги стали сосредоточиваться на региональной проблематике (кульминация ее – образование «Уральской республики»), – все это помешало реализации этого замысла. Узел проблем по развитию гражданского права и подготовке Гражданского кодекса вновь завязался в Москве, что сообразно существующим в то время реалиям, столичным и региональным, было, как говорится, к счастью.

ОЧЕНЬ КРАТКО о некоторых событиях, предшествовавших работе над ГК – Гражданским кодексом и связанных с утверждением самой идеи частного права. Из этих событий представляется существенным выделить два ряда обстоятельств.

Первые из упомянутых обстоятельств – тупики в реформах, начатых в 1992 году. Каковы причины такого рода тупиков? Только ли разрушенность всего общества, неспособность общества в этой связи воспринять радикальные рыночные формы и институты? Нет, наряду с указанными и другими аналогичными причинами, беда состояла и ныне состоит в том, что во всем комплексе институтов, призванных сформировать в России современную рыночную экономику, не нашлось должного места праву, правовым формам. И не просто праву, правовым формам (о них в общем виде говорилось всегда), а частному праву, которое одно лишь – именно частное – соответствует требованиям современной рыночной экономики (именно тогда, еще осенью 1991 года, довелось мне выступить со статьей «Не просто право – частное право»; текст ее приведен во втором разделе заметок).

Между тем, начиная с первых шагов кардинальных экономических реформ, право в российском обществе, только-только выходящее из режима советского тоталитаризма, имело характер опубличенной юридической системы, сформированной в условиях планово-распределительной экономики и не отвечающей потребностям товарно-рыночного хозяйства.

И обстоятельства иного порядка. К концу 1991 года усилился процесс активного разрушения, дезинтеграции гигантской страны – Советского Союза. Начавшийся в связи с «суверенизацией» прибалтийских республик, а затем России, этот процесс после августовского путча 1991 года приобрел стремительный, неостановимый характер. С той поры общесоюзный государственный аппарат, надорванный путчем и резким возвышением РСФСР, его руководящих лиц, напоминал умирающий организм, из которого уже выпорхнула жизнь, исчезла жизнеспособность.

Что же могло предотвратить этот усиливающийся распад, утрату остатков жизнеспособности? Государственно-административные меры «сверху», требования от центральных правительственных и юрисдикционных учреждений упрочить общесоюзную законность (уже упоминалось о «грозных» заявлениях, сделанных на этот счет ККН) не находили ответа, глохли в парализованной стране, умирающем обществе.

И тогда стало очевидным, что здесь решающую интегрирующую роль, причем «снизу», призвано сыграть право, которое по своему существу способно быть не только необходимым элементом реформирования общества, но и могучей интегрирующей силой. Таким правом, действующим как бы изнутри общественной жизни, и является цивилистика – гражданское право. И подобная оценка гражданского права – не просто плод досужего ума, а факт, подтвержденный жизнью. Все страны, отличающиеся в современных условиях развитой товарно-рыночной экономикой, опирались на развитое гражданское право; в Германии же отработанный свод гражданского законодательства – Германское гражданское уложение (ГГУ) – сыграл к тому же еще и ключевую роль в реальном объединении разрозненных германских княжеств и герцогств.

Все это и дало толчок к тому, чтобы в обстановке усиливающейся дезинтеграции бывшего союзного государства и с явным расчетом в какой-то мере опередить события еще в ноябре 1991 года перед союзным Президентом М. Горбачевым был поставлен вопрос об организации правового центра по подготовке гражданского законодательства, сразу же названного, к счастью, Центром частного права («к счастью», ибо само выражение «частное право», с ленинских времен преданное анафеме, получило официальное узаконение). Эта идея была поддержана на Государственном Совете, а затем уже в декабре, после распада СССР, воспринята российским руководством. Так что Центр частного права, территориально расположенный в одном из зданий на Старой площади (здание еще в 1990 году было передано ККН, а затем «по на-

следству» перешло в ведение Центра), был узаконен, притом с весьма высоким статусом подразделения, находящегося «при Президенте РФ».

Центр частного права и осуществил в 90-х годах работу по подготовке Гражданского кодекса (ГК) Российской Федерации.

2. Гражданский кодекс: незаменимая миссия

ЦЕНТР ЧАСТНОГО ПРАВА объединил наиболее крупных, видных специалистов по гражданскому праву былого Советского Союза – научных сотрудников и преподавателей из Москвы, С.-Петербурга, Екатеринбургa; в работу, осуществляемую Центром, включались сотрудники и преподаватели из Алма-Аты, Бишкека, ряда других городов и регионов.

Сразу же были установлены контакты с крупнейшими юридическими авторитетами из зарубежья, особенно из Нидерландов, Германии, США, Италии, других стран.

В целом работа в Центре была слаженной, дружной; наконец-то собрались вместе специалисты, с полуслова понимающие друг друга. Практическую работу по подготовке проекта возглавили крупный российский ученый-цивилист А.Л. Маковский и директор Исследовательского центра, ранее (в связи с подготовкой Конституции) уже упомянутый, юрист от Бога – С.А. Хохлов.

Тем не менее первые шаги Центра в начале 1992 года были отмечены сомнениями и даже некоторым разладом, затрагивающими перспективу последующей работы. Попытка форсировать подготовку Кодекса (уже летом 1992 года в недельный срок был выработан и опубликован перечень статей Кодекса) встретила возражения некоторых специалистов, полагавших, что спешка ни к чему. Подготовка ГК требует долгого времени, а пока, в ближайшую пору, нужно «закрыть» бреши в текущем законодательстве, сосредоточить усилия на выработке срочно необходимых для хозяйственной жизни документов. Едва ли стоит касаться всех этих внутренних трудностей. Важно то, что в конце концов, хотя и с оговорками, возобладала линия на то, что «будем готовить ГК».

Впрочем, до весны 1993 года работа над проектом Кодекса шла ни шатко ни валко. В нашей резиденции раз-два в неделю, обычно во второй половине дня, собиралась рабочая группа, происходила не очень спешная отработка первых глав проекта.

Ну и к чему торопиться? Ведь действовал – пусть из прошлого, советский – но все же не столь уж старый Гражданский кодекс РСФСР

1964 года. Да плюс к тому совсем недавно, накануне распада СССР, в 1991 году, приняты общесоюзные Основы гражданского законодательства – краткий, во многом несовершенный, но уже «совсем новый» документ.

И все же для людей, озабоченных судьбой права в России, неспешная работа над проектом Гражданского кодекса вызвала тревогу. И был очень серьезный тревожный сигнал: поступили сведения о том, что в Правительстве формируется подготовка Торгового кодекса (и к этому привлекается один из наших сподвижников – В.Ф. Яковлев), причем при обосновании этого шага в правительственном документе прозвучали такие слова: «...в связи с тем, что подготовка Гражданского кодекса недопустимо задерживается...».

МЕЖДУ ТЕМ – если отвлечься от организационных и околонучных проблем – Гражданский кодекс по самой сути вещей был в то время и сейчас остается делом первостепенной важности, срочности, на сегодняшний день и на перспективу решающим. Почему?

Здесь красноречивы сами по себе исторические факты.

Исторические факты свидетельствуют о том, что бурному, порой скачкообразному развитию рыночной экономики и демократических институтов, а в конечном итоге – становлению гражданского общества во всех странах неизменно предшествовало прочное утверждение в общественной жизни гражданского права, наиболее прочно и последовательно там, где такое утверждение состоялось в виде Гражданского кодекса (Франция – наполеоновский Гражданский кодекс 1804 года; Германия – Германское гражданское уложение 1900 года).

Суть дела в том, что Гражданский кодекс – это не рядовой закон, даже в ряду с другими, казалось бы, однотипными «базовыми» кодифицированными документами (такими как Уголовный кодекс, Административный кодекс и др.). По ряду сторон ГК не уступает, а в определенном отношении превосходит значение Конституции.

Ведь предмет ГК – если свести воедино все легальные, содержащиеся в текстах гражданских законов и научные характеристики на этот счет – образует *собственность* (категория, не уступающая предмету Конституции, – власти), причем собственность не в общих и декларативных определениях, а в том реальном, юридически строгом и юридически обеспеченном виде, в каком она призвана быть основой экономики, всех жизненно важнейших сфер жизни общества, в том числе и власти.

Но и это еще не все и, возможно, не самое главное.

Великая (да, как это ни громко звучит, именно великая) миссия гражданского права состоит в том, что оно *вводит в жизнь и способно сделать реальными, юридически обеспеченными высокое положение личности в обществе и ее действительную, защищенную свободу в области собственности, всего комплекса имущественных и личных неимущественных отношений, в других важных областях жизнедеятельности человека.*

Это достигается главным образом тем, что именно гражданское право, особенно тогда, когда его содержание выражено в отработанном Гражданском кодексе, не только гарантирует неприкосновенность собственности, судебную защиту прав людей и т.д., но и:

утверждает в собственности, других имущественных и личных неимущественных отношениях *юридическое равенство всех лиц* (и государства, и должностных лиц, и крупных фирм, и отдельного человека — всех без исключений);

устанавливает право всех лиц *самим, своей волей и в своем интересе устанавливать для себя условия своего поведения, его последствия и средства взаимного воздействия* (и государство обязано не только спокойно «принимать» подобное положение вещей, но и юридически охранять его);

направлено на то, чтобы *исключить произвольное вмешательство кого-либо, в том числе государственных органов и должностных лиц, в частные, гражданские отношения* (и государство в данном случае должно как бы выступать «против самого себя»).

Совершенно очевидно, что ни свободная рыночная экономика, ни вообще реально существующие демократические порядки просто невозможны, немыслимы без того, чтобы не утвердились, не вошли в жизнь в виде незыблемых начал вот эти гражданско-правовые постулаты, если угодно, «устои свободы» — юридическое равенство лиц, их юридически обеспеченная способность самим, своей волей и в своем интересе определять свое поведение там, где людям «дано быть» свободными.

А теперь еще об одном моменте, которому обычно не придается должного значения (а если и придается, то порой со знаком минус), — о том, что гражданское законодательство касается какой-то «мелочевки», нашей повседневной жизни, казалось бы, мелких, по большей части сугубо личных дел — покупок в продмагах, сделок на базарах, заказов в мастерских, обмена квартир, приобретения дачного участка, возмещения ущерба при авариях автотранспорта, страхования, наследования и т.д. и т.п. Какая уж тут «великая миссия»?

Между тем именно здесь нужно видеть незаменимую силу гражданского законодательства! *Через повседневность, бытовые дела, по-*

вторяющиеся изо дня в день мелкие рутинные поступки и операции обыденной жизни в неукоснительную привычку, в плоть и кровь всего населения входят начала свободы, самостоятельности личности, ее высокого, защищенного положения в обществе.

Так что эффект от отработанного гражданского законодательства сказывается не сразу, не через год-другой. Нужно, чтобы прошло время, и, наверное, немалое, для того чтобы принципы и ценности гражданского права через нашу повседневность, ежедневные дела прочно вошли в жизнь.

И когда, скажем, Германия в 50–60-е годы стала на путь процветания и благополучной жизни большинства населения, то здесь, по моему мнению, решающую роль, наряду с удачными эрхардовскими реформами, сыграло то обстоятельство, что правовое поведение, отвечающее требованиям свободной рыночной экономики, прочно вошло в образ жизни людей, стало непреложной жизненной нормой (ведь даже в обстановке гитлеровского рейха и просоветского хонеккеровского тоталитарного режима действие Гражданского уложения продолжалось, не подвергалось сколько-нибудь существенным коррективам).

ВЕРНЕМСЯ к той обстановке 90–91-го годов, когда в России начала разворачиваться работа по подготовке российского Гражданского кодекса.

Остроту этой обстановке придало то обстоятельство, что с января 1992 года в России были «отпущены цены», т.е. введена в действие самая что ни на есть радикальная мера, призванная на месте плановой экономики «создать рынок». И вот такого рода суперкардинальные преобразования совершались, как это ни покажется поразительным, при отсутствии развитого, отработанного гражданского права. То есть при отсутствии условий, которые даже при неблагоприятных обстоятельствах того времени, порожденных огосударственным обществом, давали бы известный шанс на успех преобразований.

Понятно, что здесь, в изменении правовой обстановки, необходимой для проведения рыночных преобразований, не могли помочь одни лишь отдельные, казалось бы, радикальные «рыночные» законы (о собственности, об акционерных обществах, о земле и т.д.). Для успешного осуществления реформ требовалась принципиально *новая правовая атмосфера*, новый «дух права», выражающий твердо провозглашенную и юридически обеспеченную экономическую свободу, свободу личности, ее верховенство над властью и одновременно — защиту общества от злоупотреблений в ходе реформ. А это-

го можно добиться одним путем — введением в жизнь отработанного современного гражданского законодательства, построенного на началах частного права.

ЗДЕСЬ УМЕСТНО сказать несколько слов об этой самой категории — «частное право».

Выражение «частное право», которому коммунистической пропагандой был придан крайне неодобрительный оттенок, действительно может создать впечатление как о чем-то эгоистически-личном, противостоящем обществу и другим людям, недопустимом и позорном. Именно такие интонации слышались в словах В. Ленина (сказанными им — внимание! — как раз в связи с подготовкой в 1922 году Гражданского кодекса) о том, что «мы ничего частного в области хозяйства не признаем».

Между тем частное право относится к самой первооснове права как особого и высокозначимого социального феномена. Более того, право как особый социальный феномен начало формироваться в силу потребностей и логики жизни (в том числе для обеспечения товарно-рыночных отношений, собственности) как раз с таких спонтанно складывающихся юридических форм и институтов, которые и могут быть обозначены в качестве «частного права».

«Частного» потому, что юридические формы и институты сориентированы здесь на обслуживание частной инициативы и частных интересов; и вследствие этого инициатива и интересы отдельных лиц лежат в основе юридического регулирования и юридической защиты. С точки же зрения закона это означает не что иное, как ранее указанные начала отработанного гражданского законодательства — неприкосновенность собственности, безусловную защиту прав и — что не менее важно — юридическое равенство лиц, возможность лиц самим, своей волей определять условия своего поведения (вот оно — «частное право!»), недопустимость вмешательства власти и каких-либо других лиц в складывающиеся по воле частных лиц юридические отношения. Все то, что открывает простор для инициативы, предприимчивости и одновременно защищает от произвола, злоупотреблений (в результате которых и произошло сказочное, травмировавшее общество обогащение небольшого слоя новорусской компрадорской буржуазии, в основном вышедцев из партийно-комсомольской номенклатуры).

Конечно, мы в данном случае сталкиваемся с поразительным явлением. Государственная власть как бы отстраняется от складывающихся юридических отношений, и в то же время она же, та же самая госу-

дарственная власть, призвана своей принуждающей мощью защищать, обеспечивать такого рода частные правовые отношения, не допускать злоупотреблений и произвола. Но именно тут, в этом удивительном парадоксе, раскрывается сама суть права как своеобразного социального феномена.

К сказанному нужно добавить, пожалуй, только вот что. С давних времен частное право противопоставляется публичному праву. «Публичным» оно называется потому, что охватывает сферу государственных дел: сбор налогов, административное управление, уголовное преследование правонарушителей, осуществление правоохранительной деятельности, в том числе правосудия. При всей важности юридического регулирования в этих областях жизни общества оно все же представляет собой специфическое продолжение государственной деятельности со всеми ее характерными чертами — императивностью, односторонней властью (хотя в общественном мнении с понятием «право» по большей части связывается именно эта сторона юридической системы).

Но как бы то ни было, важно иметь в виду, что, во-первых, в развитой правовой системе присутствуют оба ее наиболее крупные подразделения, точнее даже — сферы: и публичное, и частное право (своеобразие того и другого лучше всего постигается при их сопоставлении), а во-вторых, развитие частного и публичного права при нормальном демократическом режиме происходит во взаимодействии и, что особо существенно, во взаимном влиянии, даже во взаимопроникновении (что особо наглядно демонстрирует правосудие).

Приходится в этой связи высказать сожаление на тот счет, что разработки, направленные на восстановление частного права, были восприняты отдельными специалистами в области управления и государственных дел как акции, умаляющие роль публичного права в обществе и демократическом развитии. Между тем из существа упомянутых разработок ничего подобного не следует. Напротив, возрождение частного права — необходимый элемент к воссозданию публичного права как высокозначимой и «истинно правовой» сферы. И именно в единстве и во взаимодействии с частным правом публичное право оказывается способным выполнить свою, незаменимую миссию в прогрессивном развитии общества, в утверждении демократических начал общественной жизни. Впрочем, все эти вопросы — особые, требующие специального рассмотрения. Здесь они только упомянуты в связи с подготовкой в России 92—97-го годов Гражданского кодекса, построенного на началах частного права.

3. Противостояние

ПОРА СКАЗАТЬ О ТОМ, что подготовка и прохождение проекта Гражданского кодекса через государственные инстанции происходили в острой борьбе. Борьбе по большей части подспудной, коридорно-аппаратной, лишь порой выплескивавшейся наружу. Тем не менее именно острой, жесткой, по марксистскому лексикону — прямо-таки классовой.

Противодействие принятию современного Гражданского кодекса основывалось, понятно, на том, что ГК был выразителем, мощным инструментом и, если угодно, символом последовательно демократического направления реформирования российской экономики, всего общества. И для всех социальных сил, кругов, деятелей, не приемлющих перспективу действительно демократических перемен в российском обществе, ГК был принципиально враждебен.

Были тут и серьезные объективные предпосылки нашего реального бытия.

Первые шаги по формированию свободной конкурентной рыночной экономики в 92–96-м годах не привели к ожидаемым результатам, экономическая жизнь России оставалась во многом огосударственной и потому не очень-то нуждающейся в том, чтобы на практике доминировали частноправовые начала. Вдобавок к этому и в науке (и тем более в чиновничье-научных подразделениях) крепкие позиции продолжали занимать сторонники хозяйственного права — той, напомним, теории планово-социалистического толка, которая отвергала рыночное хозяйствование и не только оправдывала, но и возвеличивала систематическое и всестороннее государственное командование в экономике. И хотя по понятным причинам идеи хозяйственного права в их исконно-социалистическом виде в новой обстановке не могли быть приняты обществом, приверженцы хозяйственного права, главным образом, стремились, судя по всему, к тому, чтобы не допустить принятия Гражданского кодекса, а взамен дать ему альтернативу в виде документа, близкого к Хозяйственному кодексу, — Торговый кодекс, или Предпринимательский кодекс, или Кодекс хозяйственного оборота.

И вот, как уже упоминалось, в правительственном документе неожиданно был поставлен вопрос о подготовке Торгового кодекса. Кодекс хозяйственного оборота, наспех скомпонованный одним московским адвокатом, вопреки всем конституционным и законодательным установлениям, был принят в Калмыкии. В начале 1993 года под эги-

дой правительственной инстанции в престижном Президент-отеле состоялась конференция сторонников хозяйственно-правовой концепции, и там усиленно пропагандировалась идея о двух «частных» правовых сферах — одна для отдельных граждан, другая для предприятий (т.е., по сути дела, возрождалась идея «двусекторного права», которая в 20–30-х годах разрабатывалась сторонниками плановой социалистической экономики). Наконец, и в одном из президентских документов оказалась строчка о том, что наряду с Гражданским кодексом надлежит подготовить Предпринимательский кодекс.

Но все это, так сказать, «околозаконодательные» события, недобрые знаки и симптомы в научных и чиновничьих кругах. В конце 1993 — начале 1994 года возникли и более серьезные угрозы.

В середине октября 1993 года проект первой части Кодекса (в связи с гигантским объемом работ по Кодексу было решено — как, например, в Нидерландах — представлять проект Кодекса и принимать его «по частям») был представлен в Правительство и в середине октября вынесен на утверждение Президиума Правительства с участием ведущих министров. Там проект был одобрен и передан Президенту для представления в Государственную Думу.

И как раз на заседании Президиума прозвучал первый сигнал более серьезной угрозы. Более чем сдержанно к проекту Кодекса отнеслось ведомство (казалось бы, наиболее заинтересованное в современно-цивилизованном регулировании имущественных отношений) — Госкомимущество. И в этой связи было заявлено, что такого рода документ нельзя доверять одним правоведам и что в работе над проектом необходимо обеспечить большее участие экономистов, специалистов из ведомств. И хотя проект Кодекса после известной доработки был передан в президентскую администрацию, там он неожиданно застрял.

Как выяснилось позже, проект застрял не где-нибудь, а в уже упомянутом ранее ГПУ — Государственно-правовом управлении, почитавшем себя высшим вершителем юридических вопросов в стране. При этом, судя по всему, причиной задержки стало, пожалуй, не столько влияние на руководство ГПУ научных кругов, исповедующих идеи хозяйственного права, сколько стремление этого суперюридического ведомства, подкрепленное аналогичной позицией Госкомимущества, представить дело так, что все нормативные документы по собственности и имуществу имеют только одного двуединого «творца» — Госкомимущество и ГПУ. Как ни парадоксально это выглядит, стало известно, что ГПУ не только организует разгром подготовленного проекта, но и вербует специалистов-правоведов для подготовки «своего»

проекта Гражданского кодекса (затея, из которой — несмотря на крупные затраченные на сей счет суммы — ничего не получилось).

Более полугода, до мая 1994 года, проект Гражданского кодекса не получал дальнейшего движения, покоился в президентском аппарате — время, которое, впрочем, было использовано специалистами-разработчиками для усовершенствования текста. Более того, когда состоялась встреча с Президентом, то выяснилось, что судьба Кодекса уже решена: настойчивое мнение ГПУ возымело свое действие, и президентская администрация уже готовила материалы по отрицательному решению — не представлять проект Кодекса в Государственную Думу.

И вот здесь нужно отдать должное Президенту России: основания, предопределяющие острую необходимость для реформируемой России современного Гражданского кодекса, оказались достаточно весомыми для того, чтобы уже принятое решение, перекрывающее дальнейшее движение проекта Кодекса, было изменено и подписано распоряжение о представлении проекта в Государственную Думу.

Уже на следующий день после упомянутой встречи проект первой части Гражданского кодекса был направлен в Государственную Думу, которая, не мешкая, рассмотрела проект на своих комитетах, и спустя три недели, к концу мая 1994 года, на пленарном заседании Дума приняла проект в первом чтении.

НЕ СЛЕДУЕТ УПРОЩАТЬ ситуацию, связанную с разработкой и принятием Гражданского кодекса. Определяющую роль играли здесь все же не рецидивы былых научных представлений, научные и ведомственные амбиции, а явления более глубокие, серьезные.

Ведь только что рассказанные перипетии с Кодексом в правительственных и президентских апартаментах имели и солидную объективную подоплеку. Кодекс явно опережал время. Скажу еще раз, проведенные кардинальные реформы не дали ожидаемого результата, они привели к формированию не свободного конкурентного рынка, а базарного номенклатурного государственного капитализма, где императивная государственная власть продолжает оставаться в экономической области решающей силой — только распределяющей теперь не вещественные материальные блага, а денежные ресурсы. И в таких условиях Гражданский кодекс, рассчитанный на «чистые» собственнически-рыночные отношения, в реальных деловых отношениях не очень-то нужен, не согласуется с требованиями все еще во многом огосударствленной экономики.

Есть еще две глубокие объективные (пусть и несправедные) причины, предопределившие при рассмотрении проекта в различных ин-

станциях весьма жесткие действия противников Гражданского кодекса. Во-первых, прямое политико-идеологическое неприятие Кодекса идейными противниками реформ и, во-вторых, сепаратистско-местнические настроения правящих элит субъектов Федерации, представленных в законодательных учреждениях.

ОБЕ УКАЗАННЫЕ ПРИЧИНЫ дали себя знать при дальнейшем прохождении проекта Гражданского кодекса в Государственной Думе и в Совете Федерации.

После весьма быстрого принятия в первом чтении Гражданского кодекса Государственной Думой в конце мая 1994 года, казалось бы, успешное продвижение проекта во втором и третьем чтениях — дело преопределенное, и вскоре первая часть Кодекса (а она содержала наиболее важные, концептуальные положения нового гражданского законодательства) будет принята окончательно.

Но не тут-то было! Как бы опомнившись, против Кодекса решительно и монолитно выступила коммунистическая фракция. При этом заработала жесткая партийная дисциплина, исходящая от руководящего центра фракции, установка — «голосовать против». И этой линии коммунистическая фракция придерживалась со всей присущей ей последовательностью, в том числе и в дальнейшем, при рассмотрении второй части Гражданского кодекса в 95–96-м годах.

При этом фракция коммунистов пошла на риск саморазoblачения, на то, чтобы раскрыть перед согражданами свои истинные мировоззренческие позиции. Ведь коммунистические лидеры, упорно отрещиваясь от тоталитарно-гулаговского прошлого коммунистической партии, настойчиво подчеркивали, что они — «за закон», «за цивилизованные собственность и рынок», «против дико-базарных нравов стихийного рынка». Но ведь такого рода вопросы как раз и решаются гражданским законодательством, которое вводит экономическую свободу и хозяйственную инициативу в твердые законные рамки.

В чем тут дело? А в том, что именно гражданское законодательство является тем рубежом, с которого начала свободного демократического общества утверждаются непосредственно в бытии людей, в практике жизненных отношений, становятся твердыми, незыблемыми нормами повседневной жизнедеятельности. И следовательно, гражданское законодательство — тот рубеж, пройдя который общество не может повернуть назад, к порядкам советского огосударствленного общества, к планово-распорядительной экономике.

Как тут не всполошиться явным (и скрытым) сторонникам централизованно-командного режима? Как тут не мобилизовать все силы, способные создать препятствия на пути глубоко демократического по своей сути современного гражданского законодательства?

По другим основаниям возникли трудности при прохождении первой и второй частей Гражданского кодекса в Совете Федерации. Ведь верхняя палата российского парламента — Совет Федерации — формируется из представителей «субъектов Федерации», которыми стали бывшие автономии, области, края, т.е. недавние административно-территориальные единицы суперцентрализованного партийного государства, которые, начиная с 88—89-го годов, пользуясь благоприятной для них ситуацией (все противоборствующие политические силы непрестанно разыгрывали карту «автономий», «областей», потакали им), наращивали свою самостоятельность, суверенность, вплоть до некоей государственной обособленности удельно-феодалного типа. И конечно же, притязания этих «субъектов» неизбежно концентрировались на собственности, на имущественных отношениях. А в такой обстановке единые и строгие для всей страны гражданско-правовые нормы связывали местные правящие элиты, областных правителей, не давали им возможности по своему усмотрению творить областные законы о собственности и имуществах. Поэтому, не имея возражений по существу, члены Совета Федерации оказывали Кодексу глухое сопротивление — главным образом тем, что в своем большинстве не голосовали «за» и на заседании так и не набиралось нужного числа голосов, необходимого для одобрения принятого Государственной Думой Кодекса.

КАК БЫ ТО НИ БЫЛО, в сложной борьбе, в открытом и «коридорном» противостоянии первая и вторая части Гражданского кодекса (охватывающие примерно $\frac{4}{5}$ объема нормативного материала, включаемого в Кодекс) были приняты и вступили в действие.

Все же необходимость отработанного гражданского законодательства для регулирования имущественно-рыночных отношений, по большей части стихийно складывающихся, все возрастающих в своем многообразии, была настолько очевидной и острой, что эта необходимость в конце концов оказалась сильнее всех политических и личностных страстей, амбиций, всего наносного, что вынесло на поверхность жизни время перемен. Надо отдать должное и господствующему общественному настрою, общественному мнению, а также руководящим лицам президентско-правительственного руководства, без колебаний, по моим впечатлениям (будем надеяться,

не обманчивым), подхватившим идеи частного права, современно-го гражданского законодательства.

Увы, в сложном столкновении противоборствующих сил пришлось в ряде случаев идти на известное политическое маневрирование, уступки, компромиссы. Таким путем, например, удалось преодолеть сопротивление Кодексу аграрной фракции (обычно контактирующей с фракцией коммунистов): ценой, уплаченной за поддержку Кодекса, стало решение заморозить главу Кодекса о гражданско-правовых сделках с землей до вступления в действие Земельного кодекса.

4. Достоинства и потери

БЕЗ КАКИХ-ЛИБО ПРЕУВЕЛИЧЕНИЙ можно утверждать, что российский Гражданский кодекс (даже в составе уже принятых двух частей, а тем более в полном своем объеме) — это наиболее крупное достижение в законодательстве за всю историю нашего Отечества.

Реальное подтверждение достоинств Гражданского кодекса еще впереди: он со временем — что можно утверждать без малейших колебаний — приобретет значение основного звена законодательной основы гражданского общества в России. А пока важно оттенить другое: российский ГК по основным своим характеристикам вполне соответствует передовым мировым стандартам, современному уровню гражданского законодательства развитых демократических стран с высокой правовой культурой.

При подготовке проекта Гражданского кодекса достаточно скрупулезно учтены международные документы по вопросам собственности, купли-продажи и, что особо существенно, прав и свобод человека. Прямо «на месте» (в Германии, Нидерландах, Италии, США) в непосредственных консультациях с ведущими юристами указанных стран проведены проработки текста проекта Кодекса, учтено в меру наших сил и понимания все лучшее, что содержится в зарубежном законодательстве по вопросам собственности, договоров, внедоговорных обязательств.

В соответствии с современными тенденциями правового регулирования имущественных отношений в свободной рыночной экономике российский ГК охватывает и ту область отношений, которая в некоторых странах во время, предшествующее современной стадии индустриальной и постиндустриальной экономики, регламентировалась особой юридической сферой — торговым законодательством. Российский Гражданский кодекс — это одновременно и кодекс, регулирующий торговые отношения.

По мнению ряда зарубежных специалистов, российский ГК (вслед за ГК Нидерландов, ГК канадской провинции Квебек) — один из лучших сводов гражданского законодательства нынешнего времени.

ПРИМЕЧАТЕЛЬНАЯ ЧЕРТА российского Гражданского кодекса — это последовательное и концентрированное выражение в нем *идеологии* частного права. Я говорю «идеологии» и этим хочу подчеркнуть, что идеи частного права не просто являются предпосылкой, незримой основой всего содержащегося в Кодексе нормативного материала, но они и изложены особо, отдельно, в виде заглавных, определяющих положений — начал.

Именно этим началам посвящена первая же статья Кодекса, которая так и названа — «Основные начала гражданского законодательства». В ней говорится, что гражданское законодательство основывается на признании таких начал:

- равенство участников регулируемых гражданским законодательством отношений;
- неприкосновенность собственности;
- свобода договора;
- недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела;
- необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав;
- обеспечение восстановления нарушенных прав;
- судебная защита гражданских прав.

Кроме того, в статье первой специально указано на то, что граждане и юридические лица «приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе». «Они, — сказано в этой статье, — свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора».

Не правда ли — не просто «идеология», а целая философия. Философия свободы, самостоятельности и независимости участников хозяйственной, экономической деятельности. Та философия, которая вполне может стать духовной основой идущих в России экономических преобразований.

Два момента при этом достойны того, чтобы привлечь особое внимание.

Первый. В тех формулировках, в которых говорится об основных началах гражданского законодательства, звучит твердая настроенность

на то, чтобы отделить достаточно определенной гранью новое российское гражданское законодательство от советских гражданских кодексов, отражающих догмы марксистско-ленинской идеологии. Ключевое значение здесь имеют слова о «недопустимости вмешательства кого-либо в частные дела». Ведь в советском обществе проводилась противоположная идея, прямо сформулированная Лениным, идея, официально утверждаемая в качестве основополагающей, стержневой, — о необходимости «вмешательства» пролетарского государства в частноправовые отношения (как раз в этой связи Ленин и сказал о том, что «мы ничего частного в области хозяйства не признаем»).

И второй момент. Сама идеология частного права выведена в Кодексе на современный уровень: так же, как в передовых гражданско-правовых документах (например, в Гражданском кодексе канадской провинции Квебек), свойственная гражданско-правовому регулированию свобода, самостоятельность и независимость участников экономических отношений напрямую связываются с основными правами и свободами человека. Сверх того, российский ГК в ст. 2 напрямую определяет, что «неотчуждаемые права и свободы... защищаются гражданским законодательством».

ХОТЕЛОСЬ БЫ ОБРАТИТЬ ВНИМАНИЕ на то, что недавно принятый Гражданский кодекс (первая и вторая части) — это именно *российский* и, если угодно, *русский* законодательный документ.

Конечно, основные гражданско-правовые институты, механизмы, формы и инструменты регулирования имеют единую общецивилизационную основу, коренящуюся в ценностях всемирного юридического шедевра — римского частного права — и развитую в современном гражданском законодательстве стран с передовой юридической культурой. Оправдано использование в российском ГК — как уже отмечалось — юридических достижений, содержащихся в международных документах.

И тем не менее в самой трактовке Кодексом собственности, иных вещных прав, купли-продажи, аренды, всего комплекса договорных и внедоговорных обязательств, наследования, в их нормативной проработке, терминологии, других технико-юридических элементах и гранях — везде присутствует российская (русская) правовая материя — то, что можно назвать «русским духом», когда, по известному выражению, «Русью пахнет».

В некоторых случаях самобытность российского гражданского права утверждалась в ходе подготовки проекта ГК довольно остро, драматично. В 92–93-м годах по рекомендации зарубежных экспертов-правоведов из Великобритании федеральное ведомство, управляю-

щее государственными имуществами, попыталось ввести в деловые отношения, связанные с собственностью, особый институт — «доверительную собственность». Более того, ведомство не только разработало особый нормативный документ, посвященный этому институту, но и добилося издания президентского указа, который начинался со слов: «Ввести в Гражданский кодекс Российской Федерации институт доверительной собственности...».

Между тем доверительная собственность — это специфическая конструкция средневекового английского права, выработанная английскими судами того времени в целях конституирования ограниченного владения, в значительной степени основанного на доверии, моральных началах. Для российского же права характерно строго-вещное понимание собственности, причем такое, когда обеспечивается полное (абсолютное) обладание собственником вещами. Да и вообще «доверительная собственность» — именно как собственность! — не вписывается во весь комплекс институтов российского гражданского права, его технику и практику.

Другое дело, что регулирование многообразных имущественных отношений, в том числе и в условиях формирующегося рыночного хозяйства, в ряде случаев предполагает установление «доверительного управления». Такой институт был разработан, он хорошо согласуется с другими российскими гражданско-правовыми нормами, процессами действительной приватизации и поэтому вполне органично вошел в состав российского Гражданского кодекса.

ВМЕСТЕ С ТЕМ было бы неверно оценивать российский Гражданский кодекс как некий идеал, эдакое безупречное юридическое совершенство. Наряду с рядом достоинств в Кодексе есть и просчеты, потери.

С сожалением приходится признать, что по некоторым пунктам в ткань современного российского гражданского законодательства, построенного на принципах частного права, прорвались отзвуки прошлого — тех порядков, когда все вопросы экономической жизни решали чиновники. И пусть таких рецидивов и немного, но они есть, и о них следует сказать с полной определенностью.

Так, несмотря на все усилия и ряд позитивных регулятивных новшеств, все же не удалось построить такую систему организационно-деловых отношений при регистрации юридических лиц, когда бы доминирующее значение имел бы не разрешительный, а заявительский порядок (ст. 51 ГК).

В п. 2 ст. 422 ГК есть и более серьезная потеря принципиального характера. Вопреки «духу» частного права нормативные положения

этой статьи все же допускают возможность отмены или изменения условий уже заключенного и действующего договора.

Достойно сожаления, что ст. 548 допускает отступления от положений Гражданского кодекса не только в том случае, когда «иное» устанавливается законом, но и при снабжении тепловой энергией «через присоединенную сеть» тогда, когда «иное» вводится «иными правовыми актами» (к которым Кодекс относит нормативные акты Президента и Правительства). Стало быть, в указанных ситуациях – вопреки точному смыслу ст. 3 Кодекса – постановлением Правительства может быть отменено действие норм Гражданского кодекса.

Отмеченные огрехи не могут быть интерпретированы как результат одного лишь недосмотра. Скажем, вопрос о соотношении закона и договора при разработке ст. 422 довольно тщательно обсуждался. И казалось, было найдено компромиссное решение (которое и было закреплено в п. 2). Но – как и по конституционным вопросам – оказалось, что компромиссы не всегда полезны, они могут принести и немалый ущерб делу.

5. Впереди времени – значит вовремя

ПРИНЯТОМУ В РОССИИ Гражданскому кодексу (первой и второй частям) присуща – надо прямо признать – известная идеализация, такой характер, когда Кодекс как будто бы должен работать в уже благополучное время – регулировать вполне сложившиеся, вошедшие в плоть и кровь общественной жизни имущественные и иные отношения, свойственные свободному демократическому обществу с развитой конкурентной рыночной экономикой.

Между тем реальная экономическая и социальная жизнь российского общества в годы разработки и принятия Кодекса, его «бытие» в настоящее время, да и в обозримом будущем представляют собой совсем иную картину, чем та, которая в виде общих начал и юридических норм обрисовывается в ГК.

Ведь российское общество конца 80-х и 90-х годов – общество при любой интерпретации происходящих событий *переходное и*, значит, несущее в себе значительные элементы старых порядков и одновременно – новых отношений, отношений, только-только складывающихся, нередко несовершенных, уродливых. Выходит, идеально сформулированные, «чистые» гражданско-правовые отношения не всегда согласуются с существующими реалиями, натываются на них, порождая на практике трудности и тупики.

Но дело не только в этом.

Главное здесь — это сегодняшние реалии, о которых ранее уже говорилось. К сожалению, осуществление радикальных по замыслу рыночных реформ в 1992 году началось и в течение ряда лет проходило и ныне проходит в посттоталитарной экономико-политической, социальной среде. Среде, в которой доминирует чиновничье-государственная машина, господствует прежний правящий класс (номенклатура), изничтожена нормальная частная собственность, разрушены естественные факторы жизнедеятельности, стимулы к труду. В этих условиях радикальные по замыслу реформы породили совсем иной результат, чем предполагалось, — не свободную конкурентную экономику, а номенклатурный государственный капитализм с олигархическими тенденциями, который довольно основательно утвердился на российской земле.

Государственный же капитализм (особенно постсоветский, впитавший в себя ряд черт советского коммунистического режима и режима олигархии) таков по самой своей сути, что для него «чистые» гражданско-правовые начала являются чуждыми и даже враждебными. В наибольшей степени это относится к такому началу, как недопустимость вмешательства в частные, гражданские отношения кого-либо (а значит — и государственных властей, даже самых высоких).

Отсюда — весьма сдержанное отношение немалого числа властвующих кругов к действующему Гражданскому кодексу. Довольно осуждаемым настроением в отношении Гражданского кодекса со стороны постсоветской чиновничьей эпархии является примерно такой ход мыслей: если уж не удалось предотвратить принятие Кодекса, то пусть он существует сам по себе, а реальная хозяйственная жизнь будет по-прежнему строиться по нашему разумению и хотению, когда прямая государственная воля, в особенности решения первых персон, чуть-чуть украшенные ссылками на закон и даже ГК, останутся решающими факторами экономической жизни.

КАК ЭТО НИ СТРАННО, один из первых сигналов того, что российский Гражданский кодекс не будет соответствовать существующим в России реалиям, прозвучал еще летом 1993 года в зарубежных краях, в Нидерландах, когда, согласовывая какие-то теоретические позиции и правовые конструкции с голландскими правоведами по Гражданскому кодексу, мы одновременно участвовали в стенах Лейденского университета в конференции, посвященной восточноевропейскому праву.

По меньшей мере два авторитета из западного юридического мира, сказав добрые слова в адрес нашего проекта, чуть ли не слово в слово предупредили нас, российских правоведов, о том, что нам «нужны

законы, рассчитанные на переходное время». К этому надо добавить и то, что, наряду с общим признанием ценности частного права, на конференции среди западных коллег все же довольно сильной оказалась просоциалистическая ориентация — линия на то, что в современном гражданском законодательстве нельзя умалять роль государства, в частности, для обуздания антисоциальной стихии, решения и обеспечения социальных вопросов.

В нашей российской среде действовали, как водится, в основном подспудные, «коридорно-кабинетные» силы. Но и в октябре 1993 года на заседании Президиума Правительства, рассматривающего проект ГК, от имени Госкомимущества прозвучал голос в пользу того, что в тексте Кодекса надо учесть правительственные постановления прежних лет о регулировании хозяйственных отношений в российских полурыночных, все еще огосударствленных условиях.

МЕЖДУ ТЕМ, признавая необходимость законоположений, рассчитанных на переходное время, нужно отдавать отчет в том, что главное достоинство принятого в середине 90-х годов российского Гражданского кодекса в том и состоит, что он в действительности, шаг за шагом делает реальностью с правовой стороны последовательно рыночные отношения, основанные на экономической свободе и рыночной состязательности.

Есть основания утверждать и нечто большее. *Те принципы и начала, которые провозглашены и проводятся в нормативном порядке в российском Гражданском кодексе, можно с полным основанием рассматривать в качестве идеологии современного рыночного хозяйства, принципов и начал современного гражданского общества — общества либеральной демократии и свободного конкурентного рынка.* Ведь некоего общезначимого документа, в котором бы формулировалась философия свободного демократического общества (теоретические сочинения и партийные программы не в счет), ни у нас в стране, ни за рубежом не было и нет. Таковую роль, по всем данным, на Западе как раз и сыграли гражданские кодексы — наполеоновский Кодекс во Франции, Германское гражданское уложение в Германии (которые в годы появления их на свет также опережали время). А коль скоро основополагающие устои гражданского общества со свободной рыночной экономикой нашли в российском ГК прямое текстуальное закрепление в виде основных начал гражданского законодательства, то оценку Кодекса как носителя принципов и идеалов свободного общества, если угодно, *Манифеста свободного общества*, можно, думается, выдвинуть в качестве достаточно обоснованной.

И вот что принципиально важно.

Гражданский кодекс и не выполнил бы своей крупной миссии, исторического предназначения, если бы он не закреплял регулирования отношений собственности и состязательного рынка в классическом виде, отражающем достижения мировой экономической и правовой культуры, и в этом смысле не опережал бы время.

Иначе, закрепи в Кодексе «переходные положения», рассчитанные на сегодняшние противоречивые, порой уродливые, прогосударственные реалии, он бы эти реалии увековечил, зафиксировал надолго вперед.

Уже говорилось, именно потому, что Гражданский кодекс касается каждого человека в его будничных, повседневных делах, именно через Кодекс, его нормативные положения происходит вхождение человека в гражданское общество, в свободную конкурентную рыночную экономику, переход идеологии демократии и рынка в реальный образ жизни людей.

Процесс этот неизбежно долгий. Он, судя по всему, особо долгим будет в российском обществе, искореженном и разрушенном коммунизмом. По-видимому, только после двух-трех поколений, пришедших на смену нам, советским людям, здесь произойдет коренной, качественный сдвиг. Но и при столь долгом сроке в обществе потребуются упорная, долготерпеливая работа. Одна из обязательных и важнейших граней такой работы – вхождение в нашу повседневную жизнь Гражданского кодекса, для того и опережающего время, чтобы это время все же состоялось.

А под углом зрения тех идей, которым посвящены эти заметки, надо видеть незаменимую миссию Гражданского кодекса в формировании права современного гражданского общества – гуманистического права.

Самое главное здесь вот что.

Вслед за признанием непосредственного юридического действия основных прав человека и понимания их определяющего перспективного значения (через Конституцию) для всей государственно-правовой жизни общества – вслед за всем этим именно вхождение в жизнь гражданского законодательства, построенного на частном праве, является еще одним, и не менее важным, звеном формирования в России д р у г о г о права – права современного гражданского общества.

И, значит, работа по утверждению в жизни современного гражданского права – это наряду со всем другим (в том числе развитием свободной конкурентной рыночной экономики, формированием институтов последовательной демократии) – важнейший, быть может, решающий этап становления в России гражданского общества – общества высокого достоинства, свободы и благополучия человека.

ГЛАВА ШЕСТАЯ УРОКИ ЧЕЧНИ

1. Во имя Конституции и территориальной целостности

ПОНАЧАЛУ 1994 ГОД, после бурных предшествующих лет, казался годом успокоения и умиротворения, а со стороны проблем правового порядка — постепенного наращивания позитивных элементов новой — хотелось верить, последовательно демократической — юридической системы России.

Позади остался трагический октябрь 1993 года с уличными схватками, штурмом телецентра, стрельбой из танковых орудий по Дому Советов (Белому дому). Прошел послеоктябрьский шок, когда ликвидация единой системы Советов произошла как бы сама собой, без каких-либо потрясений. Состоялись референдум по Конституции и выборы в новый представительный орган страны — Федеральное Собрание (Государственную Думу и Совет Федерации). Заканчивалась работа над первой частью Гражданского кодекса. Без особых затруднений оказался принятым закон о Конституционном Суде, завершалось формирование этого высокопрестижного правосудного учреждения. В ряде мест в экспериментальном порядке начал функционировать суд присяжных...

И вдруг к концу года спокойный, казалось, умиротворяющий процесс сорвался в бездну войны, массированных военных действий в Чечне. И самое поразительное здесь, что начатые во имя Конституции, во имя права события довольно скоро обернулись против права — того гуманистического права, которое было мечтой и надеждой российской демократии.

ПОЛОЖЕНИЕ В ЧЕЧНЕ, начиная с 1991 года, действительно вызвало острую тревогу, беспокойство у демократической общественности, раздражение у федеральных властей, требовало принятия каких-то мер.

Ведь Чечня, не только по примеру других «автономий» воспользовавшись противоборством общесоюзного центра и РСФСР и дозволением брать суверенитета столько, сколько «сможете проглотить»,

возвысила свой статус до республики (притом односторонне конституировав в качестве республики часть более широкого автономного образования — Чечено-Ингушетии), но и в обстановке дезинтеграции всей общесоюзной государственности односторонне, без приведения в действие каких-либо «разводных» юридических механизмов, объявила себя «независимым государством» — Ичкерией. И на этой основе учредила свои органы власти и атрибуты суверенной государственности, создала собственные вооруженные силы, свои силовые ведомства. Причем все это так, что такое «полностью независимое государство» продолжало пользоваться всеми преимуществами и многообразными возможностями, вытекающими из нахождения данной территории в едином федеративном государстве, — экономическими, банковскими, многими другими, присвоило часть общегосударственной собственности, военного имущества, одновременно игнорируя федеральные законы, терпимо относясь, а то и поддерживая силовые, криминального типа порядки (например, захват и разграбление двигающихся через Чечню пассажирских поездов).

Была попытка еще осенью 1991 года ввести в Чечне чрезвычайное положение. Попытка сорвалась. Именно тогда, что ни говори, самоучрежденная власть упрочилась, как-то легализовалась. И вот в течение более трех лет шли сложные, в основном персоно-кабинетные переговоры: предпринимались «шаги», «контршаги», обнародовались заявления, протесты и т.д., а вся ситуация как была, так и пребывала без видимых изменений, в сущности на мертвой точке. Пикантным парадоксом стала поддержка чеченским руководством федеральной президентской власти в трагические октябрьские дни осени 1993 года, президентской политики на ликвидацию системы Советов.

Наконец, летом—осенью 1994 года федеральной властью и ее местными приверженцами был взят курс на «свержение» сепаратистского режима изнутри. А когда и эта попытка сорвалась и скрытно помогавшие этому делу российские военнослужащие были взяты в плен при неудачном штурме Грозного, ситуация вдруг резко обнажилась, приобрела критический, взрывоопасный характер. Тогда-то и началась массированный ввод войск на территорию Чечни, а затем — широкомасштабные военные действия регулярной армии и внутренних войск с использованием тяжелой техники — танков, тяжелой артиллерии, авиации — вертолетной, фронтовой.

Увы, расчеты на быстрое решение задачи по военному подавлению сепаратистского, «мятежного» режима не оправдались. Казалось, быстрое (чуть ли не «двухчасовые», как было обещано военным ми-

нистром) военные действия вылились в затяжную войну, проводимую регулярной российской армией против не убывающих по численности вооруженных отрядов Чечни (названных несколько позже силами сопротивления).

ВОЙНА В ЧЕЧНЕ, ее развязка, течение, последствия, имеет несколько граней, осмысление которых приводит к ряду основательных, по большей части тяжелых, горестных выводов. Из этих граней, требующих серьезной углубленной проработки (а не забвения, что, увы, происходит сейчас), предметом дальнейшего рассмотрения будет только одна — правовая, юридическая.

Прежде всего здесь требуется оценка положения дел под углом зрения существующей конституционной законности, формальных нормативных установлений Конституции, действующего законодательства.

Под этим углом зрения сразу же вырисовываются две стороны проблемы: принципиально-конституционная и та сторона проблемы, которая характеризует наличие достаточных законных оснований для совершения государственных действий принудительного, насильственного порядка.

С принципиально-конституционной стороны акции федеральных властей находят обоснование в действующей Конституции, что и было отнечено в первых же официальных документах на этот счет. *Восстановление конституционного порядка*. Тем более что есть прямая конституционная запись, предопределяющая соответствующие федеральные действия. «Российская Федерация, — говорится в п. 3 ст. 4 Конституции, — обеспечивает целостность и неприкосновенность своей территории». Нередко, в добавок к этому, обоснование федеральных акций на территории Чечни виделось некоторым специалистам и в том еще, что в Чечне, начиная с 1991 года, произошел и длится «вооруженный мятеж».

Ну, а как быть со второй стороной проблемы — наличием достаточного основания для соответствующих государственных акций принудительного, насильственного порядка? Ведь обеспечение Федерацией территориальной целостности, в особенности в случае вооруженного мятежа на части территории государства, включает, понятно же, при необходимости использование принудительных действий — и не только режимов «административных границ», «блокады», «санитарного кордона» и др., но и также «полицейских акций» или еще жестче — «полицейской интервенции», осуществляемой специальными военными подразделениями.

И вот здесь нужно сказать с предельной определенностью следующее. В государстве, которое объявило себя «демократическим» и «правовым» (а это предполагает поддержание строго разрешительного порядка в действиях органов государственной власти и должностных лиц), любое использование принудительной силы требует строгой нормативно-законодательной регламентации.

В первую же очередь такая строгая нормативно-законодательная регламентация — как дело совершенно обязательное, непреложное — необходима при решении вопроса о приведении в действие регулярных вооруженных сил, оснащенных мощной тяжелой техникой массового поражения. Ведь регулярные вооруженные силы приспособлены *для ведения войны*, для нанесения противнику-врагу *поражения*, когда признается оправданным прямое, не требующее никакого специального санкционирования, ничем не ограниченное *уничтожение людей, техники, сооружений*, противостоящих вооруженным силам.

Использование регулярной армии по ее прямому назначению во все случаях грозит тем, что место ее действия превращается в *поле боя* с многочисленными жертвами, иными разрушительными последствиями.

Вот почему еще в начале 1991 года, когда в Вильнюсе армия была использована для захвата телецентра, а затем в Москве был введен порядок «совместного патрулирования», ККН по обращению Верховного Совета РСФСР, подписанного Б.Н. Ельциным, принял особое заявление. В заявлении обозначался принцип неконституционности использования регулярной армии для решения политических конфликтов внутри страны и признавалась возможность ее использования на внутригосударственной территории только в том случае, когда это прямо предусмотрено в законе.

Между тем в действующем российском законодательстве начала 90-х годов отсутствовали какие-либо конкретизированные законодательные нормы о допустимости использования регулярных вооруженных сил для решения внутривнутриполитических вопросов (кроме нормы об использовании вооруженных сил при введении чрезвычайного положения, да упомянутого выше общего заявления конституционно-надзорного органа прошлого времени).

Так что, как ни разворачивай логику обсуждения проблемы о «завязке» войны в Чечне, нужно при детальной юридической проработке проблемы признать, что принятые на этот счет решения хотя и могут получить общее конституционное обоснование, но как решения

об использовании вооруженных сил не имеют должного и достаточного основания в действующем законодательстве.

Но, может быть, здесь следует принять во внимание то обстоятельство, что в данном случае существует пробел в законодательных установлениях, недосмотр, упущение законодателя, состояние неурегулированности? И что при достаточной категоричности конституционных положений об обеспечении территориальной целостности (и плюс к тому — признании прямого действия норм Конституции) можно считать допустимым прямое решение об использовании регулярных вооруженных сил высшими инстанциями президентско-исполнительной власти и при отсутствии достаточных узаконений?

2. Стержень правовой системы

ТУТ МЫ ВСТРЕЧАЕМСЯ с одной из основательных проблем правовой теории, связанной с пониманием права в различных социальных системах, а в конечном счете — с той философией права, которая исповедуется в данном обществе.

В самом деле, перед нами крайне кризисная ситуация. Взаимоотношения с сепаратной Чечней по разным, пусть и в основном субъективным причинам в ноябре—декабре 1994 года приобрели остро-нетерпимый характер, что, по представлениям федерального руководства, потребовало безотлагательного государственного действия, неотложного и решительного реагирования. Как быть в таком случае?

В этом случае и возникает вопрос о «духе» данной юридической системы, об общих правовых ориентирах, исходных правовых началах. Этот «дух», эти исходные правовые начала и должны направлять решения управленческих, исполнительных органов, коль скоро по каким-то причинам — будем считать их уважительными — отсутствуют необходимые для данного случая законодательные и юрисдикционные предпосылки.

Что же стало незримым, но все же определяющим юридическим ориентиром для решений высших эшелонов президентско-исполнительной власти в декабре 1994 года об использовании регулярных вооруженных сил в Чечне?

ЕСТЬ ВЕСОМЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ полагать, что таким ориентиром (его можно назвать «юридическим» лишь в том смысле, о котором будет сказано дальше) является *допустимость* с позиций дей-

ствующей юридической системы прямого, помимо закона, по одному лишь велению высших властных органов *применения вооруженного насилия* для решения внутригосударственных задач страны.

Такого рода «допустимость» изначально была заложена в юридической системе, сложившейся после Октября 1917 года, — в советском праве. Она реализовала важнейший постулат большевизма, выраженный в ленинской идее диктатуры пролетариата — власти, по словам Владимира Ильича, не ограниченной никаким законом.

Поэтому, несмотря на весь внешне импозантный, внешне престижный юридический антураж советской юридической системы, при ее господстве — всегда и везде, когда это требовалось для дела коммунизма, для «дела партии», — по прямому, ничем не связанному велению высшей партократической власти применялось вооруженное насилие, причем так, что без всяких стеснений использовались крайне-беспощадные вооруженные методы подавления и уничтожения тех, кто признавался властью «внутренним врагом». Открытый красный террор, массовые расправы в ходе гражданской войны, подавление Кронштадтского мятежа, крестьянских волнений, рабочего бунта в Новочеркасске, выселение целых народов с их исконных территорий, вооруженные действия в Тбилиси, Вильнюсе, Баку в 89—91-м годах. Все эти и им аналогичные кровавые акции, осуществляемые вооруженными силами, происходили не просто при попустительстве, но при — да позволено будет так сказать — молчаливом одобрении действующей советской юридической системы.

С горечью приходится признать, что правовая система современной России, несмотря на ряд происшедших в ней демократических преобразований, сохранила рассмотренную ранее основополагающую черту советского права — допустимость при крайних, по мнению власти, обстоятельствах применения вооруженного насилия (одно из свидетельств этого — вооруженные действия в Москве 3—4 октября 1993 года, хотя в те трагические дни президентским указом было введено чрезвычайное положение). И в сущности такая оценка не меняется от того, что в каждом случае применения вооруженных сил предпринимаются попытки — по давней советской традиции — придать подобным фактам «законный» характер.

Становится понятным и то, почему упомянутое ранее заявление ККН о неконституционности использования регулярной армии для решения внутригосударственных вопросов (напомню, принятое по инициативе демократического руководства Российской Федерации) оказалось начисто «забытым».

С этой точки зрения вполне оправданно рассматривать завязку войны в Чечне, ее кровавый разворот, ее тяжелые последствия для страны, для демократии и права как рецидив коммунистического правопонимания – нашу тяжкую расплату за коммунизм.

Отсюда одно замечание, касающееся уже нынешнего времени. Не так давно, восполняя пробелы в законодательстве по вопросам вооруженных сил, Государственная Дума приняла закон об обороне, другие документы, создающие (в отношении Чечни задним числом) законодательную основу для использования регулярной армии также внутри страны.

На первый взгляд это вообще, казалось бы, факт поразительный, несообразный: нынешнее большинство Государственной Думы – депутаты – приверженцы Коммунистической партии, лидеры которой только и ищут предлог для того, чтобы урезать власть Президента, – без особых раздумий пошло на то, чтобы в законе об обороне предусмотреть право президентской власти на приведение в действие внутри страны регулярных вооруженных сил (понятно, для обеспечения «территориальной целостности»); притом при отсутствии даже постановки вопроса о необходимости строгих правил, определяющих пределы и порядок действия армии.

В действительности же здесь все просто: исходная догма коммунистической доктрины, оправдывающая допустимость вооруженного насилия – притом для обеспечения принципа, исторически имеющего имперско-державные истоки, – оказывается более значимой, нежели идеолого-персональный настрой коммунистической фракции Думы, касающийся фигуры Президента, его статуса.

Значимость же коммунистической догмы о допустимости вооруженного насилия имеет дальний смысл, выходящий на идеи «революции», «мирового пожара», «диктатуры пролетариата», «революционных войн». И то обстоятельство, что в законодательном порядке, но при отсутствии указанных ранее строгих правил, предусматривается использование регулярной армии внутри страны для решения внутриполитических вопросов, легализуется сама возможность вооруженного насилия, вводит эту возможность в русло «парламентаризма» и «закона». Так что само по себе правовое требование о необходимости законодательного урегулирования случаев использования вооруженных сил внутри страны, взятое изолированно, без учета других правовых требований, может поменять знак «плюс» на знак «минус», обернуться легализацией вооруженного насилия, возможности и допустимости гражданской войны.

ВМЕСТЕ С ТЕМ надо знать, что в настоящее время в российском обществе, его юридической системе, наряду с рецидивами коммунистического правопонимания, все же существуют общие ориентиры для последовательно правового определения (в самом высоком, современном значении категории «право») деятельности государственных органов и должностных лиц, осуществляющих властно-принудительные, насильственные акции, в том числе в случаях отсутствия достаточных для данной ситуации узаконений.

Такие общие ориентиры заложены в действующей российской Конституции. Это не только общее положение ст. 2 о том, что «человек, его права и свободы являются высшей ценностью», но и конституционное нормативное положение ст. 18 в отношении государственной деятельности, в соответствии с которой права и свободы человека «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти...».

Важно обратить внимание на то, что приведенные конституционные положения не «рядовые» нормы, а основополагающие начала правовой системы, претендующей на то, чтобы быть последовательно демократической, соответствующей требованиям современной развитой цивилизации. Ведь в современном мире после потрясений, вызванных Великой депрессией, новой мировой бойней, разгулом фашистско-тиранических режимов, волнениями молодежи, другими драматическими событиями в западных странах, в 50–60-х годах произошла мало кем замеченная и еще не осмысленная в науке либеральная «революция в праве», когда права и свободы человека стали основой, стержнем, «душой» правовых систем демократически развитых стран.

Одна из основных идей, положенных в основу замысла российской Конституции, и состояла как раз в том, чтобы коренным образом изменить «систему координат» в постсоветском праве, да так, чтобы «душой» и нового российского права стали права и свободы человека. И хотя эта идея реализовалась не полностью, не до конца (об этом ранее уже говорилось), сохранился в конституционном тексте ряд положений, только что приведенных, которые позволяют и в российском обществе видеть в правах и свободах человека главный ориентир, «правовую направляющую» в деятельности государственных органов.

А отсюда как раз следует, что в любых случаях, даже в обстановке крайней необходимости, когда в управленческих, президентско-правительственных инстанциях возникает (по мнению руководящих лиц,

неотложная) потребность принять решение о властно-принудительных акциях при отсутствии достаточных узаконений, они должны совершаться в соответствии с требованиями Конституции, ее положениями о месте и роли в государственной деятельности прав и свобод человека.

Из этого вытекает ряд существенных выводов. По крайней мере, три из них представляются особо важными, непреложными:

во-первых, должно быть признано существование запрета на прямое «беспредельное» (по образцу того, что допускалось советским правом, коммунистическим режимом) применение регулярных вооруженных сил для решения политических конфликтов на территории страны;

во-вторых, при необходимости использования государственно-принудительных действий для решения внутригосударственных задач, в том числе для обеспечения территориальной целостности страны, предпочтительными должны быть признаны «мягкие» формы государственно-принудительных акций (типа «блокады», «санитарного кордона» по административным границам), а в самом крайнем случае — вооруженные действия полицейского типа, «полицейской интервенции» в отношении территории, признанной и объявленной в юрисдикционном порядке «мятежной»;

и в-третьих, если уж признано необходимым использование регулярных вооруженных сил в порядке исключения из общего запрета, то и эти вооруженные силы должны действовать не по прямому своему назначению, т.е. не для ведения войны, а так же, как и внутренне-полицейские подразделения (милиция, внутренние войска), в качестве «полицейской силы». Причем так, чтобы все их действия соответствовали строгим юридическим правилам, направленным на исключение потерь среди мирного населения, разрушение гражданских сооружений, поражений природной среды, иных нарушений прав и свобод человека (правилам, включающим строгие, безотказно действующие гарантии материального и другого возмещения за причиненный полицейскими акциями ущерб).

3. Война в Чечне — разрушение права

ХОТЕЛОСЬ БЫ ПРИВЛЕЧЬ повышенное внимание к последнему из пунктов, характеризующих правовые требования к использованию вооруженных сил внутри страны.

На мой взгляд, необходимость строго юридического регламентирования действия вооруженных сил (и иных силовых подразделений) при осуществлении государственно-принудительных акций представ-

ляется не менее важной, чем иные правовые требования, в том числе необходимость законодательного закрепления случаев, когда допускается использование внутри страны вооруженных сил.

В первую очередь приведенные правовые требования относятся к регулярной армии.

В чем тут дело? А в том, что если подобных правил нет, то регулярная армия неизбежно действует как и положено регулярным вооруженным силам, создаваемым для защиты Отечества от вооруженного врага, — сообразно заложенному в них предназначению, присущей им логике со всеми неотвратимыми, вытекающими отсюда последствиями.

Суть этих последствий в том, что регулярная армия при указанном положении дел, действуя сообразно своему предназначению, настрою, выучке, *ведет войну*. Войну с применением тяжелого вооружения. Войну на безусловное поражение противника, когда допустимы сплошные, по площадям огневые артиллерийские удары, авиационные бомбометания и иные аналогичные акции, ведущие к победе над врагом.

А что означает ведение войны на своей собственной территории, причем в обстановке «мирной жизни», когда не вводится ни чрезвычайное, ни военное положение, никакой иной ограничительный режим?

Прежде всего это большие потери среди мирного населения, значительные разрушения гражданских сооружений, природы, среды обитания. И следовательно, массовые нарушения прав человека. Именно *массовые*, ибо действия регулярной армии, оснащенной современным тяжелым вооружением — артиллерийскими системами залпового огня, штурмовой авиацией и т.д., и рассчитаны на массовые поражения. Поражения противника, но тут же одновременно в обстановке мирной жизни гражданского населения — поражения всего и вся, всех, кто находится на поле боя.

Но этим далеко не исчерпываются разрушительные последствия для общества, связанные с ведением войны, в особенности на своей территории. И быть может, не это самое главное. Наиболее губительный результат войны — это переход, точнее, возврат общественной жизни в *иное состояние*. Состояние по сути дела — *доцивилизационное, внеправовое* (пусть поначалу на поле боя) — такое, когда в общественной жизни доминирует бесконтрольное насилие, безнаказанное убийство и вследствие этого происходит *тотальное разрушение современного права*.

Ведь формула войны — не «привлекать к ответственности», не «налагать санкции» и пр., а *уничтожать*. Уничтожать живую силу, технику. Убивать. *Но если «можно» во время войны уничтожать и убивать, то, значит, «можно все», никаких преград для насилия нет. Именно тогда — при распространении идеологии войны на мирную жизнь общества — начинается разгул террора, мародерства, бандитизма. В жизнь общества врываются беспредел, безнаказанность, вседозволенность.*

Когда армия ведет войну на своей территории, отражая агрессию или воюя с агрессором в силу международных обязательств, то сам факт агрессии и фигура агрессора определяют естественные границы ситуации войны со всеми ее губительными последствиями. И потому военный беспредел в принципе не выходит за границы военных действий с агрессором, не проникает, за какими-то исключениями, во всю жизнь общества.

Положение круто меняется в случаях, когда *своя* регулярная армия на территории *своей* страны ведет войну *для разрешения внутригосударственного конфликта*, т.е. во имя дела, которое в гражданском обществе должно разрешаться правовыми методами. Тут уж упомянутых естественных границ нет, и это при отсутствии упомянутых строгих юридических правил открывает шлюзы для того, чтобы «внеправовые» фантомы — насилие, беспредел, вседозволенность — стали массированно врваться в жизнь людей. Причем не только в действиях регулярных войск, но и в не меньшей мере в деятельности внутренних войск, полицейских подразделений. Все это и ведет к тотальному, нарастающему *разрушению права*.

ВОЙНА В ЧЕЧНЕ — большая национальная беда для России. На мой взгляд, самая крупная и болезненная после Отечественной войны 1941–1945 годов.

Эта война не только горе и несчастье для маленького горского народа, для искалеченных телом и душой военнослужащих, их родных и близких. Война в Чечне — беда для всей России. Она возродила и даже легализовала практику вооруженного насилия, стала темной силой, разрушающей право и подрывающей надежду на демократическое будущее нашего Отечества.

Тяжкий путь России к праву сделал новую петлю, стал длинней и круче.

Но это опять-таки и урок.

Урок, смысл которого, помимо всего иного, в том, что *надо твердо знать: в праве современного гражданского общества есть твердые импе-*

ративы, не допускающие малейшего отступления. Это — основные права и свободы человека. Отступление от такого рода императивов жестоко мстит за себя — отбрасывает общество в обстановку бесправия, беспредела, допустимости вооруженного насилия.

Значит, нельзя ограничиваться какими-то отдельными демократическими достижениями по развитию действующего российского права. Здесь, в области формирования передового демократического права, вполне оправдан своего рода п р а в о в о й м а к с и м а л и з м, сориентированный на высокие гуманистические стандарты.

Нужно отдавать ясный отчет в том, что формирование «другого права» — права современного гражданского общества, основой которого являются основные права человека (а также — надо добавить — высокие демократические правовые принципы, частное право, независимое правосудие), — задача первостепенной важности, требующая решения «по максимуму», решения быстрого и по всем параметрам, казалось бы, частностям, деталям, в том числе (применительно к урокам чеченской войны) по выработке детализированных правил об использовании вооруженных сил внутри страны. Огрехи, недоработки в этом деле оборачиваются трагедией, национальной бедой.

Это первое.

И второе. Если и оправдано существование в демократическом обществе какой-либо идеологии, то это место уготовано для одной лишь правовой идеологии в современном ее понимании. То есть идеологии Человека, его высокого достоинства и неотъемлемых прав, надежно защищаемых законом и судом. И именно такая идеология должна стать (с опорой на ряд положений российской Конституции) стержнем всего действующего права, ее духом, философией, определяющей государственно-правовую жизнь российского общества.

Война в Чечне встретила меня в Москве, где в нашем Исследовательском центре частного права завершалась работа по второй части Гражданского кодекса.

Шел к концу 1994 год. Я только что вместе с дочерью вернулся из Германии (там, в Гамбурге, в университетской клинике мне сделали «сердечную» операцию).

Может быть, потому, что я еще был в послеоперационном состоянии, да и к тому же с ощущением того, что я — как и в дни Отечественной войны — побывал где-то рядышком с Небытием, начало военных действий, декабрьско-январские бои в Грозном обдали меня смертной явью, мрачной жутью, ударили, как собственная беда, личное горе. Вскоре оказалось, что послеоперационное состояние здесь ни при чем. Война в Чечне и была собственной бедой, личным горем. Рушилось то, что с таким трудом, с ошибками и горестями, крупица за крупицей создавалось, — Право.

Я сразу же выступил с несколькими развернутыми статьями, дал ряд интервью, стал контактировать в качестве консультанта с общественным комитетом по расследованию преступлений в Чечне.

Потом спустя год, в январе—феврале 1995 года, была террористическая акция боевиков в Кизляре, блокирование террористов в селе Первомайском. И на весь мир по телевидению было показано, как боевые вертолеты и установки «Град» ведут огневой штурм разрушенного села с целью уничтожить террористов *вместе с заложниками*.

На следующий день после штурма (боевики — вместе с оставшимися заложниками! — вырвались из окружения и ушли на свои базы) я вслед за О. Лацисом, Е. Гайдаром, С. Ковалевым вышел из Президентского Совета и Комиссии по правам человека при Президенте.

В марте вместе с женой Зоей сдал служебную квартиру и оставил Москву, прихватив с собой несколько сотен книг, рукописи и добрые слова друзей — единственное богатство, нажитое в столице.

Надо было работать. Попытаться поосновательней осмыслить уроки прошедшего, тяжкий путь России к праву, быть может, воплотить свои раздумья в серьезную, в меру своих сил, научную разработку, помогающую понять острые вопросы сегодняшнего дня, — такую, как философия права (книга об этом к началу 1997 года была написана). А главное — продолжить когда-то начатое, то, что наверняка является моим предназначением и главным смыслом жизненных дел, — препо-

давать, учить студентов, аспирантов, передать все, что знаю, что понял и выстрадал, своим сподвижникам, ученикам.

Будут, наверняка будут среди них те, кто продолжит в нашей нелегкой жизни дело Бориса Борисовича Черепихина, Александра Марковича Винавера — дело Права. Права, без которого в России нет будущего.

И — один добрый знак, случившийся в дни, когда эти записки выходили в свет.

В мае 1997 года российская федеральная власть и власть Ичкерии (Чечни) заключили пакт о мире, сутью и смыслом которого стало положение об *отказе* (отказе — *навсегда!*) *от применения силы или угрозы применения силы* при решении спорных вопросов.

Не это ли главный (притом — позитивный) урок войны в Чечне? Тот урок, который может знаменовать собой крупный шаг в становлении Права в России? Впрочем, если это и верно, то остается горестный вопрос: неужели только такие беды, которые несет война и поражение в войне, дают толчок к тому, чтобы мы упорно продолжали идти по тяжелому пути становления Права в России?

КРУГ ЗАМКНУЛСЯ

Повесть о праве

2006

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Это небольшое сочинение названо «Повесть о праве». О его трудной и уникальной судьбе. О том, как эта судьба, особо трудная и особо уникальная в нашем Отечестве, прошла через жизнь автора этих строк.

И потому — это не только научное сочинение, подводящее итог научным поискам автора, его замыслу, названному «линией права», но и повесть. Ибо есть в таком соприкосновении судьбы права, величайшего свершения человечества, с жизнью человека, посвятившего себя юриспруденции, нечто такое — неизбежное, выстраданное и даже в неполной мере понятое, что оправдывает жанр этой в общем-то научной работы. И что обозначено словами — *круг*, да к тому же такой, который *замкнулся*.

Почему — «круг»? И почему он «замкнулся»?

В этом, в ответах на такие вопросы, — все дело. И содержание, и сюжет, и смысл этой работы. И в каком-то пункте замысел всей этой книги. И возможно, основание для раздумий читателя.

И еще одно замечание. Первое издание этой повести в 2001 г. с посвящением, адресованным выпускникам и слушателям Школы частного права — первого в России учебного юридического заведения, предназначенного для сверхвузовской, если угодно, элитной (по традиционным российским стандартам) подготовки правоведов. То есть она изначально была адресована специалистам по юриспруденции, которые уже закончили высшие юридические учебные заведения и которые призваны постигать тонкости права, его глубины, его тайны, что неизбежно заражает человека пониманием и ощущением великого смысла и предназначения этого откровения и свершения цивилизации. И для которых, как и для всех, кто *заболел правом*, такое постижение (если оно прошло через драматические события жизни автора) может и впрямь оказаться повестью.

Поучительной, надеюсь, повестью.

Повесть состоит из трех частей.

I. Вхождение в мир права.

II. В столкновениях с жизнью.

III. Перспектива.

І. ВХОЖДЕНИЕ В МИР ПРАВА

Круг, о котором пойдет речь в этой повести и который раскрыл для меня центральное звено в линии права, начался с моего вхождения в мир юриспруденции...

О том, как я оказался на юридической стезе

Со школьных лет я грезил стать геологоразведчиком (втайне, уже старшеклассником, — литератором, писателем): книги об уральских рудознатцах, вылазки в лес, мечтания о сплаве по Чусовой, участие в полевых геологоразведочных экспедициях сделали свое дело. Такой настрой сохранился и в армии, на войне, с ним после демобилизации, в сентябре 1945 г. вернулся домой, в Свердловск. Сказался он и потом, в моих, уже во взрослости, увлечениях туризмом во всех его ипостасях, в горнолыжных страстях.

И вдруг — юриспруденция? Откуда? Почему?

Как всегда, какую-то роль сыграл просто случай. С Ильей Михайловым (другом по дому — мы только двое из почти двух десятков парней нашего двора живыми, хотя и с ранениями, контузиями, вернулись с фронта) вскоре после моей демобилизации были на небольшой семейной вечеринке.

И там сестра Ильи с восторгом рассказывала о юридическом институте, в котором училась уже второй год. «Так вот куда нужно идти, — жаром всего меня обдала мысль (когда так «обдаёт», как я понял потом, — это всегда серьезное, из «глубин»). — Ведь именно там, в юридических делах, — кладезь жизненных историй — сюжеты и драматические изюминки моих будущих литературных свершений (что приплюсует что-то житейское к виденному и прочувствованному на войне: там статья — особая)».

Впрочем, не тут, не в околотелитературных расчетах (как показало будущее), произошло на семейной вечеринке мое жизненное предзнаменование. И тем более не в промелькнувших, кажется, в то же время наивных мальчишеских расчетах — уж тут-то, в юриспруденции, наверняка нет никакой математики и геометрии. Не нужно бу-

дет высчитывать днями и ночами цифры, выстраивать алгебраические значки.

Так или почти так думалось в то время. Хотя потом все обернулось по-другому.

Не просто — очень просто

Учиться в юридическом вузе оказалось действительно до удивления просто. Знай законы, какие-то другие, как говорят юристы, «источники» — указы, инструкции. Запомни не очень-то длинную обойму терминов — «юрисдикция», «презумпция», «правопорядок», можно даже при случае как бы невзначай блеснуть словечком перед знакомыми девушками («знай наших!»). Умей разбираться в содержании законов и инструкций, тоже невелика премудрость — вот это «субъект», это — «объект», тут «диспозиция», там «санкция». Имей под рукой образцы документов — «протоколы», «определения», тоже не очень мудреная наука. Конечно, во многом все это — канцелярщина, буквоедство, но все просто. А впереди действительно интересное — криминалистика, судебная медицина.

Есть, что поделаешь, политика. Много политики. Но и это, в общем-то, элементарно. Где ее сейчас нет? Еще со школьных лет, с первых классов (да и в армии тоже) твердили и твердили со всех сторон, невольно запомнишь как нечто непреложное, единственно верное — «партия», «классики марксизма-ленинизма», «сталинский гений», «эксплуатация», «господствующие классы», «власть трудящихся», «диктатура пролетариата». А тут и законы, и суд, и юридическая работа — все, как оказывается по книгам и объяснениям преподавателей, — одна политика. «Право» — всего лишь «возведенная в закон воля господствующего класса», конституция — «соотношение классовых сил», государство — «машина классового господства». И так далее. Все просто и ясно, без всяких там выкрутасов.

Ужас такой простоты и такой ясности стал очевидным многими годами позже. Казалось бы, простые и ясные постулаты, все на свете легко объясняющие («экономический базис», «господствующие классы», «государственная воля»), уводят, при всей очевидности этих реалий, не только от сложных явлений окружающего нас мира, но и от нас самих, людей как существ разумных. И самое страшное — они напрямую «заводят» подсознание, его доминанты, настроенные на дележку, приоритет силы — допустимость уничтожения непокорного, слабого, расправы. Не потому ли люди, пришедшие с войны

(с гражданской, Отечественной, потом наших «малых войн»), с такой легкостью воспринимали постулаты о непримиримости классово-вой борьбы, о врагах (которых, если они не сдаются, нужно «уничтожать»), о диктатуре пролетариата, о революционном правосознании, а затем становились верными, безотказными служителями «партии и правительства»? Проверил все это на себе – первоначально, после трехлетнего безумия ненависти и кровавой бойни, все эти марксистские постулаты легко входили в сознание (скорее, даже в подсознание), диктовали один единственный образ действий – беспощадную борьбу с врагом. Вижу это и по оставшимся с того далекого времени однополчанам – так и остались они в образе «победителей» да негнбаемых «борцов с буржуазной нечистью».

Лекции А.М. Винавера

Меня приняли в Юридический институт в конце октября 1945 г., намного позже того, как официальный прием в него был закончен. В порядке исключения – фронтовик. Но сначала все же – на вечернее отделение.

На вечерке шли лекции. В первый день для меня – сначала политэкономия (тут все ясно: там – товарное производство и рыночная стихия, эксплуатация, у нас – план, интересы трудящихся), потом – теория государства и права.

Итак, теория. Значит, опять – «классы», «диктатура», «экономический базис» (этим, а еще более – «гениальными высказываниями товарища Сталина», и впрямь были заполнены лекции, учебники). Пришел преподаватель, старичок лет 50, сутулый, усики уголками вниз, профессорская бородка клинышком («меньшевик» или даже «кадет», последнее оказалось правдой). Посмотрел на новичков, нас было два-три – все демобилизованные, представился, обращаясь к нам, – Винавер Александр Маркович, цивилист.

А дальше было новое. Оказывается, право – это нормы, общие правила. Юридические же нормы следует отличать от законов. Они, законы, – только «источники права», документы. «Источники права можно сдать в переплет, а нормы – нет», – пояснил Александр Маркович. Так что основное в праве – нормы, общие правила, обязательные к исполнению. Эти нормы имеют трехчленную структуру – гипотеза (условия ее действия – юридические факты), диспозиция (само правило – права и обязанности) и санкция (неблагоприят-

ные последствия при несоблюдении правила – штрафы, наказания, взыскание убытков)...

Все помню, до единого слова помню эту лекцию. И не потому, что было просто и появились ожидаемые описания увлекательных событий и фактов (этого-то как раз не оказалось). А потому, что было на удивление не очень просто и в скучной материи, будто бы даже какой-то чуть ли не канцелярской усложненности, зазвучала *наука* – точные, строгие знания.

Заметил – напряглись, целиком вошли во внимание и мои солдатские однокашники – что-то незнакомое, надо бы понять...

Еще о лекциях А.М. Винавера

То, что я дальше расскажу, – из числа моих крупных жизненных удач, упавшая с небес звездочка, глубинный свет которой сверкнул (притом с надеждой, полагаю, на своего рода открытие для юриспруденции), только сейчас, спустя более чем через полвека. И что стало сутью и смыслом того Круга, который стал неким лейтмотивом этих заметок. *Первым лектором, которого я встретил месяц-другой спустя, после перехода на очное отделение института, был тот же А.М. Винавер.*

Александр Маркович читал первокурсникам на очном отделении дисциплины – «Римское частное право».

На первом курсе изучалось несколько «историй» (всеобщая история; история государства и права народов СССР; история политучений), где на первом месте были опять-таки «классы», «экономический базис» и все другое в том же духе, да и некоторые сведения об изданных в то или иное время законах, о суде, о знаменитых правоведах.

У Винавера было другое. Лектор, не торопясь, почти диктуя (учебников по римскому праву в те годы не было), рассказывал не о рабах и рабовладельцах, не об их классовый борьбе, не о Спартаке и гладиаторах, а о каких-то, казалось бы, тысячелетней давности, мелочных юридических деталях, подробностях.

Не скрою – подобные юридические детали и подробности древнего времени казались нам (мне поначалу – точно) не очень нужными. Да что там – совсем ненужными. Ну, спрашивается, зачем нам, советским студентам, да еще в годы «великой победы» и в «великую сталинскую эпоху строительства коммунизма», знать, что в Древнем Риме, наряду с собственностью, особо выделялось еще «владение», обеспечивалась его специальная защита и существовали некие «сервитуты» – право

проезда, пользования водой на соседнем участке, вдобавок к этому — «узуфрукты» и просто «узусы» и тому подобное — права на пользование чужим имуществом?

При этом зачем-то требовалось запоминать специальную терминологию на латинском языке. Допустим, знать, что купля-продажа — это — *emptio-venditio* (эмцио-вендицио; а Вас, читатель, прошу запомнить или восстановить — если знали — в памяти). А вот тоже всем хорошо известная аренда или имущественный найм вообще имеет какие-то разновидности, объединенные понятием *locatio-conductio* (локацио-кондукцио — наемные обязательства; прошу — запомните и это): *locatio-conductio rei (rerum)* — наем вещей; *locatio-conductio operis* — наем услуг; *locatio-conductio operarum* — наем работы. Тарабарщина какая-то, правда?

Но вот странность. Вся эта явная схоластика, никчемные выверты и древности стали нас, первокурсников, потихонечку захватывать. Что-то строгое, точное — вроде бы даже какая-то математика все это?

Лекции уже никто не пропускал. Вслушивались.

«Зацепило»

Пришел я в юридический институт для того, чтобы поднабраться фактов, жизненных драм. А тут «зацепило» что-то другое. Что?

Вечерами А.М. Винавер устраивал коллоквиумы по отдельным темам. На одном из них, пытаясь проникнуть в хитросплетения римской юриспруденции (и явно с солдатской непосредственностью демонстрируя свои успехи на этом поприще), я спросил Александра Марковича о том, какова разница между *mutuum* (заем) и *depositum irregulare* (хранение предметов, определяемых родовыми признаками, — зерна, денежных знаков и пр.). Профессор посмотрел на меня долгим взглядом и потом сказал: «Молодой человек, останьтесь после занятий».

Затем, после занятия, я оказался в каморке этого же здания, где жил Александр Маркович. Заметив, что я коснулся, по его словам, «важной проблемы», он снабдил меня кипой толстенных книг дореволюционного времени по римскому праву (среди них оказались и две книги русского ученого И.А. Покровского, одна к тому же — по тематике, близкой к проблемам философского порядка, «Основные проблемы гражданского права», изданная летом 1917 г. находка! Прочел за одну ночь! Запомнил навсегда!).

Как оказалось, я ненароком в своем вопросе на коллоквиуме вышел на действительно «важную» для юридической науки тему. Еле замет-

ные отличия между займом и особым видом хранения, где на хранение передаются также, как и при займе, деньги и другие не индивидуализированные вещи, как выяснилось по книгам, являлись предметом оживленных дискуссий и в древнеримской юриспруденции и среди специалистов по гражданскому праву (цивилистов) уже в наше время. Да вообще, как стало ясным из профессорских книг, такого рода вопросы – вопросы о, казалось бы, несущественных юридических деталях, тонкостях, видах тех или иных отношений, договоров и случаев, об их «юридической природе», как говорили правоведы, – основная тема научных рассуждений, споров в науке по праву.

Несколько позже, когда уже в конце первого курса я начал посещать студенческий кружок по гражданскому праву, которым руководил «главный цивилист», зав. кафедрой (и мой будущий научный руководитель) Борис Борисович Черепакин, преподаватель с дореволюционного далека, выяснилось, что вопросы «юридической природы» и тут заполняют чуть ли не все время работы кружка. Поразила меня, помнится, долгая и жесткая словесная дуэль между А.М. Винавером, который также участвовал в работе кружка, и Борисом Борисовичем по такой мелочи, как «вещные элементы» в договоре имущественного найма и договоре подряда, который, кстати заметить, вырос из одной из разновидностей наемных отношений – *locatio-conductio operarum* (наем работы).

Опять тарабарщина? Совсем уж схоластика? Какой-то не от мира сего догматизм? И в то же время что-то похожее на математику (с которой я, казалось, расстался навсегда, но почитал знаниями величайшего порядка неизменно). Тем более, что авторы книг и преподаватели, замечу – с некой гордостью, сами называли эти премудрости о юридической природе именно «догмой» – *догмой права*.

Все эти сомнения и каверзные вопросы приобретали, казалось бы, еще большую основательность с позиций марксизма-ленинизма и требований социалистической революции. Запомнилось, как один из преподавателей по теории государства (с остроумием поразительным – общий любимец!) на общеинститутском форуме сказал: «Вся эта юридическая догматика – цветы юриспруденции, но это искусственные бумажные цветы в венки на могилы, а нам нужны живые цветы революции и социалистической практики».

Но – нет. Даже наоборот – марксистские хитросплетения, беспощадные и очаровывающие, лукавые и примитивные в своей простоте, на самом деле еще больше высвечивали архитектонику юридических построений. Так что, при всех сомнениях и вопросах, в этой самой

догме права вновь, как и в рассуждениях о юридической норме и ее структуре, заявила о себе основательная наука, что-то твердое и поистине глубокое, серьезное (математика!).

Недаром же знание этой самой, казалось, схоластики римского права, с ее классификациями и тонкостями по «юридической природе», вскоре, уже на втором курсе, помогло разобраться с премудростями действующего гражданского права. Даже такая мелочь: с той поры в записях лекций и выписок из книг куплю-продажу я стал обозначать латинскими буквами — *E-V (emptio-venditio)*, а имущественный наем — *L-C (locatio-conductio)*.

А потом выяснилось, что нечто подобное есть и в других дисциплинах. Скажем, в уголовном праве главные премудрости — это разнообразные «составы преступлений» и вообще «составы». В процессуальном праве — преюдиции и презумпции. И так далее.

Что это?

Более того, как оказалось вскоре, именно это (виды договоров и составы преступлений — их нередко называли «институтами», юридическая природа данных фактов и отношений) — главное в реальной жизни, в юридической практике, при решении юридических дел.

Ибо основным вопросом, который нужно решать при рассмотрении юридических дел, является вопрос о *юридической квалификации* тех или иных случаев. Является ли данное правонарушение административным проступком или преступлением, а в последнем случае — какой здесь состав преступления — разбой, грабеж или просто кража? Или — какой договор перед нами — подряд или трудовой договор? Именно от такой «квалификации» зависит решение всего юридического дела. А такого рода «квалификация» и есть отнесение данной ситуации, требующей юридического решения, к тому или иному составу преступления, виду договоров, словом, — понимание и констатация *юридической природы* событий и фактов.

И наверное, самым существенным в юридической учебе стало то обстоятельство, что постепенно, по мере углубления в материал отдельных правовых дисциплин, стало выясняться (впрочем — пока на описательном уровне) — что это такое, «юридическая природа», «составы преступлений», «виды договоров» — то, что относится к центру внимания искушенных правоведов и что, как оказывается, является первостепенно важным в практической деятельности юристов.

Суть дела тут вот в чем. В наших обычных представлениях вся, так сказать, «юридическая материя» сводится к тому, что на основании законов и судебных решений что-то в обязательном порядке «предписывается», «запрещается» или «дозволяется», а при нарушениях «возлагается» — ответственность, наказания. Вот и древнеримские юристы говорили, что сила закона заключается в том, чтобы *приказывать, запрещать, разрешать, наказывать* (*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*).

В действительности же, при более тщательном подходе к юридическим вопросам (который как раз и нужен при решении юридических дел), оказывается, что действуют не какие-либо отдельные «предписание», «запрет» или «дозволение», а строго определенные *сочетания или структуры* прав, обязанностей, ответственности, фактов (правоотношения). Они-то, эти юридические построения, сочетания или структуры, как раз и образуют *юридическую природу* — различные «виды», «составы» — основное при рассмотрении юридических вопросов.

Решаются, например, проблемы перехода права собственности — что здесь? Изъятие? Властное распределение? Выкуп? Возмещение убытков? Договор? А если договор, то какой: купли-продажи, мены, дарения? Или, быть может, всего лишь аренда? Или — залоговые отношения? И так далее. И во всех случаях — перед нами сложные структуры, сочетания прав, обязанностей, гарантий, ответственности, фактов.

И именно это (для всех, кто всерьез стремился овладеть юридическими знаниями, для меня, к счастью, благодаря римскому праву, учителям из дореволюционного прошлого — Б.Б. Черепяхину и А.М. Винаверу, с самого начала учебы) стало своего рода «ключиком» в овладении юридическими знаниями. Я и мои соученики, да и наши преподаватели тоже, еще не знали все ответы на вопрос — «что это такое?». Тем более было неведомым и во многом остается неведомым до наших дней глубоко научное, истинно философское содержание «этого самого» — сложных структур, построений, каких-то схем, моделей.

Даже нужного термина для всего «этого» в ту пору не находилось (остановимся пока на термине «построение» или «юридические структуры»; или термине «правовая природа», «правоотношение»).

Но начиная с первого года учебы получилось так, что «классики марксизма-ленинизма», директивы ЦК партии, славословия и восторги насчет «социализма» и «гениальных высказываний товарища Сталина» — все это не шло дальше того, что было всего лишь неизбежной «обязаловкой» — данью системе, которую требовалось платить на эк-

заменах за будущий диплом. И что быстро-быстро после экзаменов испарялось из сознания.

А в памяти («навсегда») сохранялись, помогая в овладении следующими по ходу учебы дисциплинами, утвердившиеся представления о юридической природе тех или иных феноменов, о правоотношении тех или иных видов и типов, о соответствующих юридических построениях, структурах, производящие на первый взгляд впечатление схоластики и догматики, а в действительности — сложные, подчас тонкие, соотношения и структуры в юридической материи. Неведомые, но со всей очевидностью значительные, уникальные ценности! Ведь есть, наверняка есть, за всем этим, ажурным и утонченным, какие-то глубокие начала, которые с самой глубокой древности волнуют людей!

Достойное сопротивление

В неимоверно тяжелые, темные времена последних лет сталинской тирании конца 1940-х — начала 1950-х гг. именно богатство юридических структур оказалось, как мне думается, той силой, которая позволила устоять перед тотальным напором коммунистического мракобесия в области юриспруденции.

В те годы (когда мне, благополучно закончившему институт, повезло начать подготовку в аспирантуре по гражданскому праву под руководством Б.Б. Черепахины и уже понемножку преподавать) возродились попытки изобразить гражданское право как всего лишь служанку стихийного товарного производства и рынка, некое исчадие буржуазной идеологии, схоластики и догматизма, в какой-то мере терпимые только при решении юридических вопросов в делах с участием граждан. А в отношении социалистического хозяйства, утверждали сторонники таких революционных подходов и устремленности к светлому будущему людей труда — коммунизму, должно безраздельно действовать «хозяйственное право», основанное на приоритете государственного плана, государственной собственности, других устоев социализма. Безо всяких там «презумпций», «преюдиций», «эвфикций», «реституций» и иного заумного, лишнего и вредного для трудящихся наследия эксплуататорского прошлого.

Появились даже в официальных документах, в выступлениях неких партийных бонз раздраженные суждения о будто существующих у нас «схоластике» и «догматике», что для нас, начинающих правоведов, звучало вроде обязательной установки. На что мы, недав-

ние солдаты Отечественной, ловились с поразительной легкостью (и не случись в ближайшее время скорой и внезапной смерти товарища Сталина и смены его политики — наверняка быть многим из нас в передовых штурмовых отрядах в борьбе со «схоластиками» и «догматиками»).

Как это было принято в те годы, изгнание гражданского права началось в начале 1950-х гг. со «свободной дискуссии» о гражданском и хозяйственном праве, которая, судя по всему (как это уже произошло в генетике, языкознании), должна была завершиться указаниями партии, ее вождя, разгромом буржуазного направления и торжеством «подлинной науки».

Но как раз дискуссия показала, что разнообразные юридические структуры, данные о юридической природе, схемы и модели — это вовсе не какая-то идеология, а строгие технико-юридические построения («аренда», «владение», «виндикация — истребование собственности в натуре», «составы» и т.д.), имеющие непреходящий в юриспруденции характер. То, без чего, в частности, на практике невозможна квалификация юридических дел, их юридическое решение. Словом — то, без чего в практической жизни просто не обойтись.

Дискуссия стала затухать...

А в марте 1953 г. умер Сталин.

Юридические конструкции?

Для меня эти годы стали временем обретения своего места в науке. В 1952 г. — защита кандидатской диссертации (по гражданскому праву, по банковской тематике, но в цивилистическом ракурсе — акцептная форма расчетов). Началась работа по другой, также, казалось бы, «окольной» теме — о гражданской ответственности за невыполнение плана железнодорожных грузов (темы — «окольные», но сколько в них юридических тонкостей!). С этого же времени — преподаватель института по кафедре гражданского права, частично — по теории государства и права.

И вот в преподавании и первых научных разработках — твердый курс на то, чтобы следовать стилю моих учителей Б.Б. Черепихина, А.М. Винавера, их московских и питерских коллег, выходцев из дореволюционной юриспруденции, — неременная опора на предшественников, пытливый разбор юридических деталей, тонкостей, стремление докопаться до юридической природы тех или иных фактов. Что перед нами при банковских расчетах, перевозке грузов, поставках — одно-

сторонний акт, договор, каковы их юридические черты, место в общей системе юридических актов, договоров, сделок, и если сделок, то — каких, какой юридической природы?

Вместе с тем со студенческих лет меня с какой-то неотвратимостью тянуло к общим вопросам, абстракциям, теоретизированию (недаром же еще в школьные годы пытался постигнуть премудрости гегелевской «Логики» и кантовского «Чистого разума!»), с аспирантских лет — преподавание по теории государства и права (даже и в аспирантуру первоначально намеревался поступить по этой дисциплине, чуть было в Москву не поехал — денег на проезд не хватило).

Неужели право, которое является предметом и преподавания, и научных разработок, — это всего лишь «политика», «возведенная в закон воля господствующего класса»? Или просто «совокупность норм»?

А всякие юридические тонкости, структурные построения, модели, схемы? Каково же место в содержании права разнообразных юридических структур («видов», «институтов»), столь важных в юридической практике, в конкретных юридических дисциплинах? А что вообще нужно понимать под «юридической природой»?

Вполне объяснимо, что в 1950–1960-е гг. в обстановке хрущевской «оттепели» в нашей стране, наряду с работами по официальной проблематике — «марксистско-ленинской теории государства и права», появились и специальные исследования по праву, подготовленные знаатоками конкретных юридических дисциплин (одна из первых таких работ — книга О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородского). В них, этих правовых исследованиях, значительное место уделялось «правоотношениям», которые в какой-то мере уже позволяли — через соотношения прав и обязанностей, юридические факты — давать научную характеристику указанным ранее структурам, построениям, моделям в правовой материи.

В те же годы попытался и я дать обобщенное освещение юридических вопросов (тем более, что в это время с учетом уже отмеченных склонностей к теоретизированию и опыта преподавания мне после защиты докторской диссертации в 1960 г., которая была уже посвящена теории гражданского права, его предмету, была доверена кафедра теории государства и права).

С целью дать наиболее широкое, «юридическое» изложение по юридическим сложностям и тонкостям был собран широкий, насколько это оказалось возможным в тогдашних условиях, материал по общим правовым вопросам. Итак, — сначала, понятно, «сущность права» (тут, естественно, государственная воля, право и мо-

раль и т.д.), затем — «правоотношения» с разбором ряда юридических тонкостей по субъективным правам, юридическим фактам и др., наконец, вопросы формалистического порядка — «законы, другие источники права».

И здесь, при рассмотрении правоотношений, а затем законов, их подготовки (законотворчества) оказалось необходимым обратиться к юридической технике — особой правовой терминологии, способам изложения юридических норм и т.д. А в этой связи — и к еще одному элементу, традиционно относимому к юридической технике, — типовым схемам, моделям правовых норм, традиционно именуемым *юридическими конструкциями*.

Стоп! Вновь, как и при выборе вуза, как бы обдало жаркой мыслью, жестко мелькнуло предположение — *не являются ли всякого рода юридические структуры, построения, многообразие правоотношений («виды», «составы», «институты», «юридическая природа») как раз вот этими самыми юридическими конструкциями?* Тем более что и в юридической литературе этот термин порой упоминается, например, в отношении видов договоров. Употребляется он и в нашем повседневном языке при освещении правоотношений и правовых институтов

Впрочем, и в ту пору и до недавнего времени понятие «юридическая конструкция» в правоведении так и осталось в основном примером одной из разновидностей юридической техники, главным образом — в связи с вопросами законотворчества.

Хотя, должен заметить, в отношении этих самых «юридических конструкций» все здесь, к счастью, и очень быстро стало меняться...

Впрочем, тут уж особый разговор.

Под напором демократических ветров

Новое в нашей жизни нередко бывает опрометчивым и агрессивным. Утверждаясь в своей «новизне», оно решительно отвергает «все старое». Но это «старое» в ряде случаев (а не по большей ли части?) несет в себе крупницы, а порой — целые массивы опыта и достижений ума, не очень заметные, не престижные по революционным меркам, но крайне нужные как раз новой эпохе.

Именно это и случилось в юриспруденции. Когда с Великой французской революции в Европе и Северной Америке началась эпоха крупных революционных перемен, то у идеологов и практиков революции создалось впечатление, что вся схоластика и формалистика су-

шествующей юриспруденции — отжившее прошлое. А истинная, новая юриспруденция — обитель свободы, подлинной справедливости, равенства всех людей (при этом мало кто обратил внимание на то, что поистине глубокие демократические преобразования реализуются через гражданское законодательство, обитель схоластики и догматики, а великий мыслитель, философски осмысливший новую эпоху, И. Кант опирается в своих выводах именно на тонкое понимание юридической материи).

Вот и повелось с той поры считать, что передовая юриспруденция — это философия и социология права, а то, что относится к практической юриспруденции, есть всего лишь юридический позитивизм, дисциплина и сфера деятельности невысокого научного уровня, в чем-то полезная для юристов-профессионалов, для юридической практики, да для того еще, чтобы юридически «прописывать законы». А вообще-то, догматика и есть догматика! Низший сорт. Так себе — всего лишь юридическое ремесленничество. А отсюда утратили свой престиж и научные разработки в области правовой догматики, «всяких там» структур, моделей, вывертов насчет юридической природы, юридических конструкций.

Нечто похожее произошло и в нашей отечественной юриспруденции.

Когда во второй половине 1980-х — начале 1990-х гг. стали нарастать демократические настроения, то внимание сконцентрировалось на правовых категориях — «правовое государство», «суд присяжных», «независимый суд», «права человека», «закон по предпринимательству» и т.д.

А специальные юридические разработки, весь этот юридический позитивизм, юридико-конструктивные тонкости — разве это главное, до них ли сейчас дело? До всяких ли юридических тонкостей и изысков сейчас? Может быть, и впрямь все это «отживший хлам»?

II. В СТОЛКНОВЕНИЯХ С ЖИЗНЬЮ

Учеба – учебой. Наука – наукой. Со всеми их сложностями, рутинной, откровениями, разочарованиями, удачами, потерями, перспективами. Но рядышком, захватывая и нас, студентов, потом – аспирантов, начинающих преподавателей, шла человеческая жизнь, вся жизнь. Жизнь всего общества, зажатая тисками идеологии и системы. Жизнь людей – в бедах послевоенной разрухи, озлобленности, партийного фанатизма и лукавства, маленьких радостях и больших бедах, восторга солдат-победителей и затаенно сладостной жизни комсомольских активистов (здесь, впрочем, нашлось место и для вольного, отчасти скрытного, студенческого жития, обостренного крайностями и надрывами былых солдат-окопников). Шла своя жизнь и в практической юриспруденции.

С ней, с жизнью судов, прокуратуры, адвокатуры, арбитражей, юрисконсультов, довелось познакомиться еще в студенческие годы во время практики, стажировки. На преподавательском поприще несколько лет во время отпуска судьи (на месяц-другой, каждый год) на одном из судебных участков района выполнял судейские функции – миссию судьи по полной программе (отсюда сохранившееся до сей поры трепетное отношение к судам как делу родному, близкому).

Во многом реальное положение дел в практической юриспруденции, состояние и деятельность советских юридических учреждений («органов») оказались именно такими, какими они и должны были быть в обстановке диктатуры пролетариата и революционного правосознания партийного государства, объявленного в документах «общенародным», – без отсебятины, строго по партийным решениям, в интересах коммунизма, безо всяких гуманистических сантиментов и других буржуазных выкрутасов.

Но встретилось в практической жизни и другое.

Это «другое» потихонечку нарастало в ходе преподавательской работы и раздумий по научным вопросам, в дискуссиях с коллегами, в практической жизни.

А когда общество во второй половине 1980-х гг. взорвалось перспективной перемен и началось движение в сторону глубоких преобразований («перестройка») со всеми последующими потрясениями, что я отчасти

попытался отразить в очерке о Горбачеве и Ельцине, то в сложных перипетиях внутренней духовной борьбы и драматических процессов окружающей действительности стали раскрываться главные ценности действительно человеческого общества — ценности права.

Пришло наше время

Начавшиеся в нашей стране с середины 1980-х гг. перемены, знаменательные сами по себе (на смену маразматическим старцам пришел на высший партийный пост молодой и обаятельный Генсек, М.С. Горбачев — юрист по образованию), воодушевили многих людей. В особенности — правоведов. Теперь, представлялось правоведам, настало наконец-то наше, юристов, время.

И действительно. Престиж «юриста» (а к ним причисляли всех — от студентов юрфаков столичных университетов до выпускников многочисленных школ милиции и КГБ) необыкновенно вырос. Ожили, казалось бы, сугубо декларативные записи в Конституции (особенно — 1977 г.) — о гласности, о выборах. Стали появляться новые законы — о кооперативах, об индивидуальной трудовой деятельности, о предприятии.

Меня в те годы наконец-то «втянули» в Академию — получил престижное звание члена-корреспондента; потратил уйму времени и сил на организацию первого на Востоке академического института философии и права.

И вот по этой же академической линии мною был в 1988 г. получен дружеский совет — подготовить проект закона об организации производства — основной озабоченности «партии и правительства» того времени. «Что-нибудь вроде арендного подряда, его уже на практике используют», — сказал директор академического Института государства и права В.Н. Кудрявцев, предложивший мне это дело. Потом, после одобрения где-то на самом «верху» моего сочинительства, к которому я привлек своих коллег по институту, Славу Хохлова, Динуса Сафиуллина, в самом начале 1989 г., я был приглашен — через ЦК партии — в группу по подготовке законопроекта, работающую в элитных «Соснах» (это — там, где поблизости, за оградой санатория, Б. Ельцин в 1990 г. прыгал с моста реки и потом долго и неумело оправдывался в Верховном Совете).

Рассказ о некоторых сторонах работы по законопроекту об арендном подряде и пойдет дальше.

«Арендный подряд» и «аренда»

Потерпите, пожалуйста, читатель: рассказ дальше будет скучный, сплошная схоластика, но вещи будут крайне важные, ключевые для будущего страны.

При обсуждении в 1988–1989 гг. законопроекта об «арендном подряде» на столе сотворцов проекта – разработчиков (это – шесть-семь научных деятелей, написавших, понятно, каждый «свое», специалисты ведомств, два-три арендатора, во главе – помощник предсовмина – В. Соваков, организатор и человек превосходный) было несколько документов. И вот шла утомительная работа по согласованию позиций, выработке единого документа.

Причем, когда в 1988 г. только началась вся катавасия с «арендой» и «арендным подрядом», мне казалось в настроениях юридической романтики, охватившей многих правоведов, что вскоре работа увенчается несомненным успехом.

Не представлялась чем-то некорректной сама формула – «арендный подряд» (ведь тут – две конструкции), напротив, думалось, что это – хорошо, соединение достоинств и аренды, и подряда.

Но работа над проектируемым документом охладила начальный пыл. Выяснилось, что такого рода комбинация – произвольное смешение разных юридических конструкций, «подряда» и «аренды», – далеко не во всем оправданна. А в чем-то – и ущербна (весьма примечательный момент!). Наряду с аргументами прагматического свойства (о них сказали сами арендаторы, участвовавшие в обсуждении: «ни то, ни се; эффекта нет»), это подтвердил обстоятельный анализ разновидностей наемных отношений. Хотя шапка здесь одна (*locatio-conductio*), но юридические конструкции, охватываемые общим понятием «наемные отношения», все же очень разные: есть принципиальные различия между *locatio-conductio rei (rerum)* – наймом вещей (арендой) и *locatio-conductio operis* – наймом услуг и тем более – *locatio-conductio operarum* – наймом работы (подрядом).

Что тут наиболее существенное? А то, что при аренде, т.е. найме вещей, арендатор становится *владельцем* чужого имущества. Владельцем не в значении просто «держателя», «хранителя» (допустим, по договору хранения), а в значении *реального хозяина*, который обладает довольно надежным юридическим статусом и широкими правами, близкими по хозяйскому использованию к статусу и правам собственника. Арендатор самостоятельно использует имущество, извлекает из него выгоды, плоды, может при определенных условиях модернизировать

оборудование и т.д. Он имеет право так называемой владельческой защиты (даже против собственника).

Так в чем же дело? Казалось бы, все ясно — вот путь, который должен привести к появлению действительных хозяев, способных рационально использовать государственные имущества.

Но вся «закавыка» заключалась в том, что у нас, в советском обществе, арендные отношения должны реализоваться — внимание! — в монопольной государственной собственности с ее особым, исключительным и привилегированным режимом, отторгающим частника и не допускающим выхода ее объектов за пределы государственной монополии.

Как же быть? Каков при таком положении вещей смысл аренды, статуса и прав арендатора? Неужели, что ни делай, в условиях монопольной государственной собственности, ее исключительности и привилегированности, «аренда» неизбежно сведется к одному лишь «подряду», к одной лишь организации работ на государственном предприятии?

Прорыв

Не скрою, в течение месяца-другого работа над проектом закона об арендном подряде шла ни шатко ни валко, все — как это нередко бывает в подобных случаях — вязло в тягучих спорах «по мелочам» — о деталях формулировок, о судьбе амортизационных отчислений, о дополнительных стимулах для арендных подрядчиков, о судьбе приращений и компенсациях в случае модернизации арендованного имущества и пр. и пр.

Между тем, со слов главы разработчиков — В. Савакова, ссылавшегося на задание своего патрона — премьер-министра (им был в то время Н.И. Рыжков), от нас ждали придумок насчет «эдакого такого», что смогло бы без кардинальных ломок все же резко изменить существующее положение в социалистическом хозяйстве: пофантазируйте, придумайте что-нибудь...

Вот тогда-то и были предложены своего рода «фантазии». А по сути дела — не «фантазии», не вольные придумки, а предложения, во многом обусловленные юридическими соображениями. Предложения такой особой (с «изюминкой») *конструкции аренды, которая нацелено рассчитана на приватизацию* — на использование вещных прав, существующих в аренде (прав, позволяющих аренде, как показывает мировой опыт, при известных условиях успешно конкурировать с «самими» отношениями собственности).

Основные из таких предложений — следующие два.

Во-первых, арендатором должно становиться не какое-то подразделение предприятия, не трудовой коллектив как таковой (с существующей социалистической организацией, службами, профсоюзами и т.д.), что позже произошло при официальной приватизации, осуществленной путем сплошного акционирования. Арендатором по новой схеме должен быть — как это и «положено» при аренде — самостоятельный хозяин, на предприятии — *особый субъект, особая организация арендаторов*, которая объединяет, если угодно, энтузиастов, активных работников, готовых взять на себя риск и ответственность за дело, за самостоятельное и продуктивное использование арендованного имущества.

И во-вторых (тут как раз — «изюминка» — самое существенное!), *вся произведенная на арендованном государственном имуществе продукция становится собственностью арендатора.*

Словом, в данном случае была применена классическая конструкция аренды (*locatio-conductio rei*, хотя и с известной вариацией), в соответствии с которой результаты работ на арендованном имуществе попадают в обладание арендатора. Но эта «классика», распространенная на монопольную государственную собственность, оказалась в условиях монопольного господства последней такой вариацией, а точнее — коррективой в классической юридической конструкции, которая сразу же дала неожиданный и впечатляющий эффект.

Дело не только в том, что здесь заработали стимулирующие механизмы хозяина (мощное стимулирование труда, самостоятельная ответственность, риск, использование доходов на модернизацию производства — арендные производства по этой схеме стали быстро развиваться). Но и самое важное — арендные отношения данной конструкции (в особенности после предоставления арендатору права выкупа арендованного имущества) оказались *оптимальным способом разгосударствления и приватизации.* Продукция производится на государственном имуществе, но благодаря аренде (предусматривающей обретение арендатором произведенной продукции) *с т а н о в и т с я ч а с т н о й с о б с т в е н н о с т ь ю.*

Получилось, таким образом, что *частная собственность, основанная на хозяйском деле и хозяйской инициативе, риске и ответственности, вырастает на базе государственных имуществ путем активизации производства и повышения производительности труда.* Причем — так, что формируются свободные собственники, не обремененные зависимостью от власти («чистые частные собственники»), к тому же, что не менее существенно, образуя

своим бизнесом саму основу современного частнособственнического товарно-рыночного хозяйства (что до сей поры так и не усвоили наши отцы-реформаторы) — мелкое и среднее предпринимательство.

Происходит, стало быть, при такой модели арендных отношений — даже в обстановке тотального огосударствления! — формирование на базе государственных имуществ *частной собственности в производстве*, причем — и это в высшей степени важно — *в труде*, когда обретаемая собственность является *заработанной, притом — сразу же с мощным стимулом к труду, к резкому повышению производительности труда*. И это (как и возможность выкупа арендованного имущества) резко активизирует труд и его организацию, приводит не только к значительному повышению производительности труда, но и, что особенно существенно, — к тому, что доходы арендного предприятия, обретающие статус частной собственности, обращаются в основной своей части на модернизацию производства, приобретение нового оборудования, освоение передовой технологии, секретов маркетинга (надежное, безошибочное свидетельство того, что тут — настоящая, полнокровная частная собственность).

Примечательно, что успехи аренды в указанном варианте и ее возрастающая роль в коренном преобразовании плановой социалистической экономики немедленно вызвали беспокойство и резкое неприятие у действительных хозяев производства — противников перемен (и странно, хотя в чем-то и понятно, — также и у «радикальных реформаторов»: зачем, когда можно «всего добиться сразу»? да и какая долгая канитель все это!).

И главное здесь — многочисленные ведомства, почувствовав реальную и близкую угрозу своему всевластию и благополучию, основаным на монопольной государственной собственности, единым фронтом ополчились против вводимого в жизнь варианта аренды. Они стали путем ведомственных инструкций упорно, без устали, ограничивать использование аренды, особенно — ее принципиальные новшества, вновь сводить ее к одному лишь «подряду».

Прогнозы в «сослагательном наклонении»

Аренда данной конструкции (нормативные акты на этот счет были приняты уже в 1989 г. — сначала в виде указа, потом — закона нового Верховного Совета) довольно быстро, как только ее применили на деле, плодотворно сказалась на экономических показателях в ряде отраслей народного хозяйства.

Но это ли самое существенное? Думается — нет. Самое важное — это то, что вслед за кооперативами и индивидуальной трудовой деятельностью начались реальные процессы разгосударствления и реальной приватизации. И здесь — прямо на «неприкасаемой» ранее территории государственной собственности, да так, что эти процессы реализовались в ходе и в результате активизации труда, резкого повышения его производительности, происходит нарастающее развитие производства, формирование элементов частнособственнических товарно-рыночных отношений, малого и среднего бизнеса.

Во что это могло вылиться? Трудно ответить на это вопрос.

Но факты того времени свидетельствуют, что началось образование под различными вывесками (например, «арендных предприятий») «чистых», без участия государства, частнособственнических, предпринимательских структур. В ряде случаев со специфической, ранее неведомой организацией отношений типа «сособственности» (яркий и плодотворный пример тому — «Микрохирургия глаза» С.Н. Федорова). В этой связи там, где не срабатывали, например, арендные предприятия, как будто бы определилась перспектива (вполне нормальная, ведь реорганизовывались не зависимые от власти частнособственнические структуры!) формирования индивидуального предпринимательства с наемным трудом. В ряде случаев наметилось создание акционерных обществ. В том числе — открытых (для привлечения новых субъектов — инвесторов). Словом — лед тронулся, процесс пошел — причем не по заранее сочиненным схемам, не по проектам «сверху», не по заморским рекомендациям, а в самом производстве, когда решающую роль играют силы и импульсы, основанные на частной собственности и требованиях набирающего темпы частнособственнического хозяйства.

Разумеется, все это только «началось», только «наметилось», не более того. Но разве этого мало после многодесятилетнего коммунистического господства с утвердившимися иждивенческими нравами, с расчетом при решении всех жизненных проблем на одного лишь благодетеля и организатора — государство, с тотальной разрушенностью самих представлений о допустимости частной собственности и частного хозяина?

Впрочем, общий прогноз несостоявшихся событий (в этом традиционно нелюбимом всеми нами «сослагательном наклонении») всего лишь осторожно оптимистический. Не случайно на практике все эти процессы развертывались с трудом, со все более возрастающим сопротивлением ведомств, чиновничества.

К тому же определилась угроза и с другой, неожиданной стороны... В конце 1990 г. (я уже был в иной, заглавной должности Комитета конституционного надзора – первой в нашей стране заявке на конституционное правосудие) мы, в Комитете, собрали наиболее видных арендаторов, экономистов, общественных деятелей – с тем, чтобы как-то отреагировать на то, как исполняется Закон об аренде. Выяснилась ужасающая картина бойкота со стороны ведомств Закона. В конце же заседания взял слово молодой человек, представившийся экономистом, и сказал: «Вы тут, в Союзе, устроили канитель с арендой, и если даже удастся вам преодолеть бюрократические препоны, создание частной собственности растягивается на долгие годы. У нас же, в Верховном Совете РСФСР, – другие планы. Мы сразу, за месяц-другой сделаем всех россиян собственниками».

Однако – стоп! Настало время несколько отойти от характеристики одной лишь аренды, ее судьбы и обратиться сообразно логике этой повести о праве к двум эпизодам того времени, которые окажутся необходимыми в последующем рассказе.

Забывтое свершение

Так уж получилось, что мне довелось быть причастным как к истокам вполне самостоятельной законодательной работы нашего отечественного парламента (1989 г.), так и год спустя к первым шагам формирования конституционного правосудия – Комитету конституционного надзора. И то, и другое – факты в основном исторического порядка, при всем их своеобразии, драматизме, важности тех или иных особенностей и подробностей, не исключено – уникальности тогдашних событий и опыта. Ничего не поделаешь – уже история.

Но вот деятельность ККН отмечена и такими решениями и даже направлениями, которые не только знаменательны в историческом отношении или в отношении гражданственном (так, впервые в отечественной истории был лишен юридической силы один из актов первого лица государства – Президента), но и – как это ни удивительно – относятся к глубинным тенденциям и перспективам мирового правового развития.

...В самом конце 1990-х гг., когда я, оставив в Москве в связи с чеченской войной все посты и дела (впрочем, не очень-то великие), вновь углубился в научные искания и разработки, одной из главных идей таких разработок стало предположение о том, что именно в наше время в мировом правовом развитии происходит мощное, наибо-

лее масштабное по мировым меркам событие. Это — обретение неотъемлемыми правами человека, притом независимо от того, закреплены или нет они в действующем национальном законодательстве, прямого юридического действия. В обоснование этого я ссылался на данные судебной практики последних лет ряда европейских стран (Германии, Испании, Великобритании), в том числе — в связи с делом бывшего чилийского диктатора Пиночета, задержанного по требованию испанских судебных инстанций в 1999 г. в Великобритании за нарушения прав человека в годы военной диктатуры.

Такого рода утверждение (с неизменной ссылкой на судебную практику передовых европейских стран) я в ряде работ повторил несколько раз. И лишь спустя несколько лет, уже в первом году нового столетия, вдруг, как говорится, ушат холодной воды на голову. Как будто кто-то ударил по голове — осенило. Да ведь *в п е р в ы е непосредственное практическое использование положений о правах человека при решении конкретных юридических дел состоялось именно в нашем Отечестве — в деятельности Комитета конституционного надзора в самом начале 1990-х гг.!*

Вот тебе раз!

Суть дела в том, что при выработке нормативных положений о первом правосудно-конституционном учреждении страны его функции сообразно порядкам того времени были весьма ограничены (ККН был лишен права рассматривать законы республик, его решения имели в основном рекомендательный характер и были обращены к Съезду и др.). Но в Законе о ККН была запись, по замыслу отцов-разработчиков декларативного порядка, о том, что решения ККН, принятые в соответствии с основными правами человека, вступают в действие немедленно.

Эта-то будто бы чисто декларативная запись — Всевышний что ли нам подсказал? — и стала главной правовой основой деятельности нашего первого отечественного, во многом еще несовершенно правосудно-конституционного учреждения. И именно с опорой на эту «основу» Комитетом и были приняты наиболее важные решения — об отмене прописки, о юридической ничтожности «секретных» актов, о ликвидации исправительно-трудовых учреждений, ряд других. В итоге оказалось, что Комитет вопреки своему формальному назначению (и, думается, замыслу коммунистических ортодоксов) не столько добивается реализации конкретных положений действующей советской Конституции 1977 г., за что нас приверженцы советского строя упрекали со страшной силой, сколько стремится *провести в жизнь консти-*

туционные начала, основанные на правах человека. А это, судя по всему, стало важнейшим каналом фиксации тех рубежей, которые призваны были определить истинно демократическое содержание всей формирующейся отечественной юридической системы. Тем более что мы тут же вырабатывали соответствующие, довольно строгие юридические конструкции (например, при перемене места жительства – вместо разрешительной заявительская система и т.д.).

В середине 1990-х гг. в голландском университетском городке Лейдене, где мне довелось быть в связи с подготовкой нового Гражданского кодекса, проходила конференция о развитии права в Европе. И там видный канадский правовед, касаясь положения юридических дел в России, заметил, что главное, что произошло в «этой стране», – то, что в 1990–1993 гг. Комитет конституционного надзора официально закрепил ряд принципиальных позиций, вполне соответствующих передовым современным правовым стандартам, опирающимся на приоритет прав человека.

Не скрою – было радостно – где-то, в отличие от отечественных нравов (построенных на стремлении, увы, как можно быстрее забыть, а еще лучше – дискредитировать все добрые действия предшественников), наши очень скромные усилия были замечены.

Изгибы техники

Любопытные и поучительные уроки преподнесла выпавшая на мою долю работа над текстом проекта российской Конституции. О необходимости подготовки принципиально новой, истинно демократической Конституции мне довелось, похвалюсь, говорить в начальные дни первого Съезда народных депутатов (май 1989 г.). Была образована Конституционная комиссия, потом все заглохло, мне в большей мере пришлось касаться самой практики конституционных дел. Потом грянул 1991 год. Проект новой Конституции готовился в особой Комиссии Верховного Совета РСФСР под эгидой Б.Н. Ельцина. Проекту был присвоен статус официального. Шли какие-то споры, столкновения интересов, мнений. Меня вся эта конституционная канитель не затрагивала совершенно.

И вдруг в начале 1993 г. по инициативе влиятельного общественно-го движения того времени (Г. Попов, А. Собчак), посчитавшего, что официальный проект имеет во многом просоветский характер, меня попросили «как можно быстрее» подготовить альтернативный проект (он потом так и назывался – «альтернативный»).

Я восстановил весь накопленный на сей счет материал, привлек к этому делу нескольких своих коллег и прежде всего своего верного друга, цивилиста, юриста высшего класса — Славу Хохлова. Работали в Питере, в резиденции А. Собчака, в неприметном «внутреннем» здании (там, где во время блокады пребывали и, судя по всему, неплохо жили партийно-военные начальники). Сразу же был выработан перечень основных конституционных идей; главным образом с учетом новейшей европейской конституционной практики, притом с немалой ориентировкой на опыт послегитлеровской Германии (а не Франции, как принято считать).

Но вот что (исходя из фактов советской действительности) нас со Славой больше всего беспокоило. Это — своего рода «юридическое коварство», когда закон можно в одних случаях игнорировать, а в других — реально применять на практике сообразно вольному усмотрению, капризу и прихотям государственной власти. Как предупредить подобную опасность?

И вот тут нам, можно, пожалуй, еще раз похвалиться, помогло знание цивилистических тонкостей и прежде всего — самого феномена юридических конструкций, которые сами по себе отличаются высшей нормативностью, жесткой «сцепкой» всех своих элементов — прав, обязанностей, фактов и т.д., а отсюда — предельной определенностью в правовом поведении, хотя бы частичным автоматизмом в действии, исключающим вольное применение нормативных положений властью. Что до сей поры власть делает с большой охотой и поразительной изворотливостью: будто бы «в с ё» делается «по Конституции», а на самом деле — по произволу высшего правителя — царя, генсека, президента.

Мы в первом варианте конституционного проекта и попытались в максимальной мере воплотить выработанные идеи не только в неких общих положениях, а главным образом в строгих юридических конструкциях. И прежде всего — дать общее гуманистическое конструктивное построение, соответствующее новейшей европейской конституционной культуре (утвердившейся во многом благодаря горькому опыту стран, испытавших «на себе» проклятие фашистских режимов, — Германии, Италии, Испании), — подчинить через конституционные положения все государственно-правовое устройство страны фундаментальным правам человека.

«Изыюминка» такого конструктивного построения — поставить (как это сделано в германской Конституции) на первое место в конституционном тексте норму о том, что права человека являются «непосредственно действующим правом» и что они являются основой всей

государственно-правовой жизни. Так и было сделано в тексте проекта (в ст. 2, сразу же после «определения» Российского государства). В проект были включены и другие жесткие юридические конструкции (о строго разрешительном порядке действий государственных органов и должностных лиц, о недопустимости без прямого указания закона и надлежащих правосудных процедур использования регулярной армии внутри страны и др.).

В окончательном конституционном тексте многих из таких юридических конструкций не оказалось. Почему? Конечно, прежде всего — потому, что любая власть, как бы она себя высоко демократически ни декларировала, не терпит ничего такого, чтобы ее связывало. В разнообразных «рабочих группах», где доминировали чиновники из высших инстанций, в жесткие юридические конструкции проекта вносились «оговорки», «уточнения». Этому способствовали многоголосные совещания, где кое-что во имя «согласия» снималось, вырабатывались «консенсусы», устраивающие всех (а строгий закон не терпит компромиссов). Плюс — участие в этом деле советских конституционалистов, воспитанных на практике советских конституций — на том, что здесь не нужны строгие «цивилистические штучки», а требуются гибкие положения, позволяющие власти без затруднений и хлопот решать свои многообразные великие задачи.

Увы, в чем-то роковую роль сыграли правила юридической техники. Юридические конструкции — это, в общем, тоже «техника». Но есть и другие требования техники в праве — в основном вспомогательные или такие, при помощи которых решаются иные, в том числе интеллектуальные задачи. Например, — требование создания в законе «общей части».

И вот среди специалистов, участвовавших в окончательной «технической доводке» конституционного текста (среди них уже не оказалось цивилистов; изначальных разработчиков, в том числе моей персоны, было доложено, что мы намерены сделать из президента чуть ли не «английскую королеву»), возобладало мнение о том, что заглавный раздел Конституции должны образовывать просто общие положения (выведенные «за скобки» всего последующего материала), а не какая-то одна статья, пусть и о правах человека, которая к тому же и опять-таки по технико-юридическим свойствам тяготеет к конкретизированным положениям, и ее по такой причине лучше всего соединить с другими нормами о правах человека.

Так и сделали при окончательной редакции. Упомянутое заглавное концептуальное положение, которое по исходному замыслу было

призвано определить принципиальный «настрой на человека» на все содержание основного закона, оказалось во второй главе (его место заняла всего лишь общая декларация о правах человека как «высшей ценности»), а заглавными статьями текста стали теперь – как и в советское время – положения о государстве, о его суверенитете, территориальной целостности и т.д.

Словом, как и везде, есть «техника» и «техника». Атомная электростанция – техника. И атомная бомба – тоже техника. И в Конституции путем одной «техники» (соответствующих юридических конструкций) можно создать Конституцию человека, а путем иных технических требований, вторичного значения, уничтожить такого рода великую возможность и, напротив, создать какие-то предпосылки для возвеличивания власти, трактовки ее прерогатив как «безграничных» и использования жесткой силы в целях, не вытекающих из буквы и духа Конституции (например, использования регулярной армии с ее тяжелым вооружением для «наведения конституционного порядка» внутри страны).

Страдания по Гражданскому кодексу

В 1991–1996 гг. в России развернулась работа по подготовке проекта Гражданского кодекса. Эта работа, начало ее, ее ход, придание ей государственного значения – все это тоже стало поприщем жесткой борьбы. Во многом – политической, идейной, по российским нравам в немалой мере – аппаратной, подковерной. Вплоть до того, что в 1994 г. вполне подготовленная к принятию первая часть Кодекса, имеющая общее концептуальное значение для всего гражданского законодательства, была в сущности заблокирована президентскими юридическими службами.

И, увы, потребовались и со стороны приверженцев Кодекса какие-то ухищрения, затрагивающие аппаратные механизмы, и амбиции первого лица в государстве, для того, чтобы проект первой, а затем второй части Гражданского кодекса был передан в Государственную Думу. Впрочем, всякого рода мудреные игры вокруг Кодекса продолжались и в Думе (например, выраженные в том, чтобы заморозить главу 17 о земле, дабы аграрники, блокирующиеся с коммунистами, проголосовали «за»). Хотя в конце концов ко второй половине 1990-х гг. первые две части Кодекса, охватывающие основное содержание нового гражданского законодательства и главное – весь ее концептуальный строй, были приняты.

Не хотелось бы (да это и не очень-то интересно, в чем-то унизи-тельно для общества) в данном месте сколько-нибудь подробно останавливаться на явных и не очень явных, скрытых основаниях борьбы с Гражданским кодексом.

Да и основная причина тут очевидна. Гражданский кодекс во всем мире (начиная с Гражданского кодекса Франции 1804 г.) был основой и знаком реального становления современного гражданского общества, новой свободной экономики. И даже не ведающие (и тем более — ведающие) об этом противники действительных преобразований — бы-лая и новая номенклатура, партийно-советское чиновничество, про-государственная хозяйственная элита, их прислужники — благодаря своему классовому чутью видели в Кодексе своего смертельного врага. Добавим сюда утвердившееся с коммунистических времен направле-ние в науке, проповедующее в противовес «буржуазной юриспруден-ции» и стихии товарного производства и рынка теорию «социалисти-ческого хозяйственного права». И отсюда благодаря доминирующим позициям в научных и иных ведомствах ряду деятелей удалось уже в но-вое время преуспеть в том, чтобы убедить властвующих лиц в предпоч-тительности принятия вместо гражданского законодательства Хозяй-ственного кодекса или хотя бы просто Торгового кодекса или Кодекса предпринимательства.

Но есть пункт по данному кругу вопросов, который все же досто-ин особого внимания. Это — *непрятие Гражданского кодекса* или, во всяком случае, *сдержанное, с оттенком пренебрежения, к нему от-ношение со стороны самых, казалось бы, последовательных демокра-тов, реформаторов-рыночников* (во всяком случае, людей, «так» себя рекламирующих), *в то время оказавшихся «во власти»*. Причем та-кого рода отношение характерно не только для времени начала ре-форм (1990–1992 гг.), но и для последующих лет, до нынешней поры. И все это (коль скоро речь идет о нынешнем времени) в условиях, ко-гда основные части Гражданского кодекса уже действуют и сказано бесчисленное число громких слов о его «сути» и «роли» в становлении гражданского общества и товарно-рыночной экономики, включая звучавшие в середине 1990-х гг. чуть ли не официальные заявления о том, что это — «наша экономическая конституция».

Чем можно объяснить такого рода отношение к отечественному Гражданскому кодексу в радикальных демократических кругах?

Есть тут причины внешнего или личностного, образовательного по-рядка. Слабая юридическая подготовка. Локализация представлений по юридическим вопросам под впечатлениями об образцовом амери-

канском капитализме, где вообще нет Гражданского кодекса, а юридические проблемы — удел в основном судей и адвокатов.

Но главное все же — другое. Это — доминирующая в сфере экономических знаний, жестко подкрепленная марксизмом, общая убежденность во второстепенности юридических категорий и механизмов (строго по Марксу — «неважно выражено ли соглашение при обмене в юридическом виде или нет»). Такого рода убежденность нашла опору в советской экономической и правовой действительности, где принятый в обстановке нэпа и обновленный в 1960-х гг. Гражданский кодекс имел сугубо оформительское значение, а в области обобществленного (социалистического) хозяйства вообще уступал ведомственным инструкциям, властным решениям Правительства, других директивных учреждений.

Здесь нужны некоторые пояснения по существу.

Главный пункт непонимания

К Гражданскому кодексу до сей поры у ряда людей, особенно из руководящего слоя (в немалом числе — бывших комсомольских вожakov и молодых партийцев), сохранилось такое же отношение, как в свое время к постановлениям ЦК и советского Правительства. То есть — как к обязательной директиве. Исполняй все, что записано! Напрашивается иной порядок, будь любезен — дождись изменения директивы. Будет новый порядок — исполняй тогда его.

Именно такое отношение к Гражданскому кодексу культивировалось в советское время. Закреплена социалистическая собственность. Ни шагу в сторону. Введен ее приоритет — всем исполнять! На первом плане — исполнение обязательства «в натуре» — обязательный принцип для всех. И так далее.

К сожалению, подобные нравы сохранились и после того, как у руля экономической политики нашей страны встали «молодые реформаторы», монополизировавшие (порой без должной подготовки, особенно — юридической) сложное дело преобразования плановой экономики. По их настоянию в проект Кодекса были включены политические положения о приоритете законоположений о приватизации, об обязательности и исключительности акционерной формы, некоторые другие, такого же рода, с политическим подтекстом.

В настоящее время с той же стороны раздаются голоса о необходимости исключения из Гражданского кодекса ограниченных вещных

прав — «оперативного управления», «хозяйственного ведения», будто бы «горбачевских выдумок» социалистического порядка.

Нет нужды подробно останавливаться на самом существовании проблемы: она уже затрагивалась и в этой и в других работах настоящего издания. Замечу, пожалуй, лишь одно — по своей сути наиболее близкими к социализму, как это обосновывал Ленин, являются как раз в наших условиях акционерные общества, низводящие мелких собственников до положения наемных работников или рантье и открывающие путь господства на силовой основе — захвата собственности и ее передела — крупному капиталу, олигархам. Что же касается «оперативного управления» и «хозяйственного ведения», то им просто, как свидетельствует хозяйственная практика, не дали при политике «сплошного акционирования» сработать по существу, перейти в действие на отработанной законодательной основе, да и вообще, перспектива их плодотворного использования не входила в планы реформаторов, сориентировавшихся на зарубежный (кстати, трактуемый очень узко) опыт¹.

Но основное все же в данном месте не это.

Главное — это понимание принципиальных особенностей гражданского законодательства, Гражданского кодекса.

Ни Гражданский кодекс, ни гражданское законодательство в целом в принципе, по определению, не предназначены для каких-либо директив (хотя в нем и есть императивные нормы). Их суть и предназначение в другом. В том, чтобы *сосредоточить, отработать и ввести в стройную систему максимально широкий комплекс типовых схем, юридических конструкций (моделей, чертежей), способных в разных условиях с наибольшим эффектом решать определенный круг экономических и иных*

¹ Пожалуй, только неосведомленностью об ограниченных вещных правах, о их становлении и развитии (да политической пристрастностью) можно объяснить суждения некоторых экономистов и литераторов о том, что будто бы категории «оперативного управления» и «хозяйственного ведения» — явления социалистического, «прогорбачевского» толка. По своей юридической специфике, как и иные ограниченные вещные права, это — феномены мирового порядка.

Мало кому известно, что даже в условиях советского общества, где «оперативное управление» действительно было вмонтировано в плановую экономику, оно как юридическая категория было заимствовано и плодотворно использовалось рядом крупных капиталистических концернов для организации деятельности их имущественно обособленных подразделений. Тем более такие характеристики относятся к категории «хозяйственного ведения», которая была выработана для того, чтобы при сохранении известного государственного руководства в полной мере обеспечить полномасштабное участие предприятий в частнособственнических товарно-рыночных отношениях (для чего требовалось лишь наполнить эту категорию должным законодательным регулированием, на что политическая элита начала 1990-х гг. не пошла).

задач. Прежде всего задач, относящихся к реальному утверждению в обществе экономической свободы.

Иными словами, предназначение Кодекса – вооружить субъектов гражданского оборота *широким, надежным, эффективным инструментарием по реализации в жизни частнособственнического хозяйства.* И значит – в первую очередь инструментарием по собственническим отношениям. Нужно, чтобы в Кодексе был **п о л н ы й н а б о р** конструкций, обеспечивающих в различных вариациях и сочетаниях права по владению, пользованию и распоряжению имуществом, который может понадобиться на практике, в деле. И собственность в различных видах, и институты, приближенные к собственности, и формы различного пользования имуществом, и формы доступа к чужому имуществу и т.д. Словом, весь диапазон возможных имущественных прав, которые могут пригодиться на практике.

Но все эти формы и институты не действуют сами по себе. Они лишь могут быть при наличии соответствующей потребности и **с п о л ь з о в а н ы с а м и м и с у б ь е к т а м и** хозяйственной деятельности. По их собственной воле и их собственному интересу.

И когда какой-либо персоной ставится цель какой-то институт или форму «исключить» из Кодекса, то это, наряду с демонстрацией уровня юридической подготовленности данной персоны, является свидетельством ее стремления ограничить те возможности в законе, которыми могут воспользоваться те или иные участники хозяйственных отношений. Политическая подоплека и цель подобных стремлений – господство властно-диктаторских начал в экономике вполне очевидны.

Провидение все же поступило верно!

Да, как уже не раз говорилось в этой книге, действительное понимание и проведение в жизнь Гражданского кодекса в постсоветской России идет трудно.

Что ни говори, природа – природа утвердившегося в России постсоветского (но все еще в немалой мере прокоммунистического) строя – так или иначе дает о себе знать. Вот почему самое решающее для частного права, «душа» Гражданского кодекса (без нее нет частнособственнического товарно-рыночного хозяйства, ни вообще настоящей частной собственности), до сих пор так и не заработало. Не вступило в действие по своей глубинной сути.

Но Провидение, осмелюсь сказать, все же поступило верно.

Так же как оно верно поступило, когда еще в 1804 г. на свет появился Гражданский кодекс Франции (хотя «потом» были и тирания якобинцев, и Реставрация, и господство реакции, и многое другое, не согласующееся с самой сутью Кодекса Наполеона).

Нужно — пусть частично, пусть с трудом и с деформациями, пусть далеко не сразу, а через многие лета! — чтобы положения Гражданского кодекса и в особенности его «дух» постепенно входили в практическую жизнь, утверждались в повседневности, становились обыденными и непреложными. Как ныне во Франции, где по свидетельству отдельных публицистов, в доме каждого крестьянина на полке рядом с Библией стоит Гражданский кодекс Франции...

Иначе гражданское общество не состоится никогда. Ибо вместе со всякой «цивилистической формалистикой и схоластикой», казалось бы, абстрактными моделями и конструкциями в жизнь реально входят (точнее — только так могут входить, иного пути нет), утверждаются, становятся само собой разумеющимися великие начала свободы и автономии отдельной личности. Сами суть начала и принципы современного гражданского общества.

Иного современной цивилизацией не дано! И иного пути тут нет!

III. ПЕРСПЕКТИВА

За последние годы мне удалось написать и издать несколько разных книг (включая сугубо литературные опыты).

Но лишь сейчас, в совсем недавние дни, когда появилась на свет наиболее крупная итоговая работа — «Восхождение к праву», а затем ее второе издание и сокращенный усовершенствованный вариант, помещенный в шестом разделе этой книги под названием «Теория права: поиск новых подходов», наступило что-то вроде некоторого научного просветления.

Мне сквозь натруженные, порой вымученные идеи, невообразимую мешанину обступающих со всех сторон стародавних представлений, поисковых суждений и нынешних стереотипов, стало видеться что-то похожее на «свет истинного знания» — действительная перспектива понимания права, его воодушевляющей, неординарной перспективы — и в его издавна известных значениях, и в новых очертаниях, суть и смысл которых только-только приоткрывается.

Исходный пункт такого понимания — парадоксальная ситуация, возникшая на данной стадии становления обновляемого российского права — частного права, выраженного в ГК РФ, — и утверждения в нашей жизни сердцевины и главной надежды демократического развития — неотъемлемых прав человека.

Что же происходит — парадокс?

Для того чтобы еще более обнажить ситуацию с правом, которая существует у нас, в России (да в чем-то и во всем современном мире), сопоставим *два ряда фактов*. Оба — ключевых, решающих для общества, его состояния и развития, для становления современного гражданского общества, утверждения его устоев, будущего всей нашей цивилизации.

Вот здесь-то мы сталкиваемся с таким парадоксом.

Первый ряд фактов указывает на пессимистическую перспективу, а в действительности, по ожидаемому итогу, — перспектива благоприятная, обнадеживающая.

Этот первый ряд касается экономического положения, становления в стране продуктивной частнособственнической товарно-рыночной

экономики. В России сохраняется непростое экономическое и социальное положение (поправляемое фантастическими во внешне-экономической области удачами — нефть и природный газ), выход из которого в области промышленного товарного производства во многом завязан на частном праве, его признании и практическом претворении в жизнь.

И хотя здесь существуют серьезные и тревожные проблемы (реформы, начатые не с преобразования собственности, а прямо с «рынка», гражданское законодательство, построенное на частном праве, до сих пор не получившее должного признания как основа экономико-социальных преобразований), по моему убеждению, имеются весомые основания для оптимизма. Более того, именно здесь, в области гражданского законодательства, будут утверждаться — можно уверенно предположить — такие процессы, которые и приведут по ряду определяющих позиций к коренной перенастройке действующего российского права, к обретению им качеств права гражданского общества. А это, судя по всему, и станет решающим шагом и свидетельством реального становления современного гражданского общества в России с продуктивной частнособственнической товарно-рыночной экономикой.

Во втором ряду фактов все «ровно наоборот». Исходное звено фактов вызывает восторг и ликование, а перспектива — печальная, с нарастающей тревогой.

Это — факты единодушного, общемирового признания высокого значения неотъемлемых прав человека, их принципиальной роли в становлении современного гуманистического правопорядка, твердого и развернутого закрепления прав человека в важнейших международных и национальных юридических документах. В этой же плоскости должен быть отмечен рост благосостояния и благополучия стран, где провозглашено безусловное верховенство прав человека. Не восторг ли это? Не основание ли для ликования? Да — восторг! Да — основание для ликования! И у нас — лозунг: свободное общество свободных людей.

И одновременно — чуть ли не повсеместное поправление прав человека. Даже — как это ни парадоксально — в процессах жесткой борьбы с их нарушениями, с фактами геноцида, террора, когда страны, достигшие весьма высокой ступени демократического развития, провозглашают линию на «возмездие», сами идут на акции, вызывающие нарушение элементарных гуманистических начал. Или чуть ли не демонстративно в упор не видят вопиющие нарушения прав человека там, где они происходят постоянно.

Плюс к тому в ряде сфер — явления иного порядка — с явной или молчаливой опорой на «неотъемлемые права» нарастают настроения паразитизма, сепаратизма и национализма, разрушающие элементарный правопорядок. В обстановке, как представляется многим, «разгула либеральных начал» крепнет социальный пессимизм. По мнению некоторых мыслителей, есть признаки *грядущей анархии*.

И вот спрашивается, по этой парадоксальной ситуации (и здесь — уже с пессимистическими акцентами), — каковы причины? Чем объяснить то совершенно нелогичное обстоятельство, что основная идейная сила, казалось бы, прочно утвердившаяся в современном мире, — сила, необходимая для придания современному правопорядку значения права гражданского общества, оборачивается бедой? Почему все это — благородное, величественное, всеми восхваляемое (права человека!) — сопряжено с неблагоприятными прогнозами? Чуть ли не с печальной обреченностью сложной судьбы человечества?

А дело тут вот в чем...

Дело тут во многом в секретах юридической материи (хотя, понятное, не в одних этих секретах только, дело и в самом социальном строе, во власти — впрочем, эта тема — особая).

Частное право — это не просто лозунги и идеалы; они в современном российском обществе в нынешнюю пору вообще звучат редко. Частное право, к счастью, нашло выражение в Гражданском кодексе, в обширной системе гражданского законодательства. И не только в его принципах (в России прямо сформулированных). *Главное — это то, что частноправовые начала реализованы в самой правовой материи, в институтах гражданского права, его формах, его конструкциях*. Причем — таких формах и конструкциях, которые затрагивают нашу повседневную, текущую жизнь: отношениях собственности, договорах, разного рода обязательствах во всех секторах жизни общества. Притом в жизнь, наряду с остатками правовой гвардии, входят молодые правоведы, которые воспитываются в духе современного гражданского права, его принципов, идеалов. Возрождается цивилистическая наука. Лед тронулся.

И значит, — хотя и здесь нам не удалось перескочить через время — реальная, повседневная жизнь теперь, хочешь — не хочешь, идет и будет проходить, пусть и не сразу, не в полной мере, с перекосами,

но неизменно и упорно — через действующую материю гражданского права, его принципы, формы и конструкции. И значит, они, эти принципы, формы и конструкции, неотделимые от нашего повседневного поведения, постепенно — как это и произошло во многих ныне процветающих странах (таких как Франция) — будут становиться привычным, обыденным делом. Вскоре — тем, что воспринимается сообразно представлению — «а иного и быть не может!».

А вместе с этими, вместе с входящими в привычку, теперь уже обыденными юридическими принципами, формами и конструкциями неизбежно, как бы само собой входят в жизнь и утверждаются в качестве незыблемых принципы современного гражданского общества («частного права») — юридическое равенство, неприкосновенность собственности, свобода договора, судебная защита прав.

Вот ведь в чем сокровенная суть обнадеживающей, оптимистической перспективы! Современное отработанное гражданское законодательство, несмотря на все нынешние трудности и даже нарастающие сложности, все равно победит! Все равно, благодаря своей обыденности и повседневности, оно в конце концов приводит к победе «своих начал» (как это произошло в Германии и Чили¹), которые и есть начала гражданского общества! В том числе — и цивилизованной частнособственнической товарно-рыночной экономики.

¹ В Германии, несмотря на чудовищные извращения всей правовой жизни в условиях гитлеровского нацизма, все же нормы гражданского законодательства (Германского гражданского уложения 1896–1900 гг.), прочно внедрившись в народный быт и хозяйственную жизнь, продолжали в основном действовать и в ту страшную пору. И именно это обстоятельство, наряду с нравственным очищением и хорошо продуманной стратегией реформ после свержения нацизма, предопределило быстрое возрождение и расцвет, казалось, до тла разрушенной, поверженной войной страны.

Не менее впечатляющий пример — Чили. Это только при незнании фактического положения дел и преклонении перед властью можно изображать — как это делали некоторые наши реформаторы — тираническую диктатуру Пиночета в качестве источника успехов частнособственнической экономики Чили в 1970-х и последующих годах.

Между тем в Чили уже с середины XIX в. действует, наряду с утвердившимися началами демократического строя, один из лучших в мире гражданских кодексов. И в Чили, так же как и в Германии, несмотря на все извращения пиночетовского тиранического режима, люди уже привыкли в быту и в хозяйственных отношениях жить по законам юридического равенства, неприкосновенности собственности, судебной защиты прав и т.д. То есть как раз в такой утвердившейся на основе гражданского законодательства экономико-правовой обстановке, при которой только и возможен (тем более в условиях небывалого научно-технического прогресса) экономический расцвет общества. Что и произошло, как только в упомянутых странах были устранены тиранический режим (Германия) или отступление от сложившихся демократических, гражданско-правовых порядков (Чили).

В области же прав человека картина принципиально иная

Почему иная?

Основополагающая гуманитарная категория, призванная ознаменовать вступление человечества в эпоху последовательно демократических, либеральных цивилизаций, утвердилась в лозунгах и идеях, но *не нашла достойного и отработанного продолжения в юридической материи*. Продолжения не в общих фразах и принципах (их предостаточно, пожалуй, даже с избытком), не в одних «уполномоченных», декларациях, семинарах и совещаниях, не в лозунгах о свободном обществе свободных людей, а *в отработанных юридических конструкциях, которые смогли бы через повседневное человеческое житие, живую жизненную практику людей, при необходимости – через судебную систему сделать права человека непреложной, обыденной реальностью*.

Отсутствие же отработанных юридических конструкций по правам человека оборачивается крупной бедой. Тем, что в сложных жизненных ситуациях происходит возврат к праву силы (порой даже к «праву войны»). И это происходит не только в такой драматической обстановке, которая травмирует общество кровавыми бойнями чеченских войн, но и в обыденной жизни людей, когда, к примеру, будто бы законное «отключение электроэнергии» за неплатежи организаций приводит к массовому нарушению жизненных прав людей, вовсе не виновных в такого рода неплатежах.

Казалось бы, поразительный факт – в последнее время правители авторитарного или даже тоталитарного толка охотно и часто говорят о «правах человека», назначают разного рода «уполномоченных» по правам человека, «комиссии» и т.д. Как так? Что за парадоксы? А ничего поразительного и никаких парадоксов тут нет. О правах человека можно говорить сколько угодно, и это ничуть не повлияет на реальное положение дел, *если такого рода слова (призывы и заклинания, назначения и совещания) не находят четкого юридического воплощения, т.е. в отработанных юридических конструкциях*. Таких прежде всего конструкций, в силу которых строго определенный результат *наступает автоматически* или этот результат таков, что от его принятия и воплощения в жизнь никакой чиновник *«не может отказаться»*.

Теперь оказывается возможным перейти и к финалу этой повести о праве.

Круг замкнулся

Во второй половине 1990-х гг., следуя своей извечной страсти к каким-то предельно абстрактным разработкам и лишь изредка отвлекаясь на учебные дела да газетные публикации с оценкой наших отечественных проблем и бед (дабы все же сказать правду и не было стыдно — ни мне, ни моим детям и внукам), я сосредоточился на том, о чем уже сейчас не раз упоминал, — на «правовой материи».

Абстрактней и заумней темы в правоведении нет.

Что это за *материя* (слово, которое обычно прилагается к вещественным предметам) в юридической области — «мысли», «воля», «документы», «решения законодателя и судов» или что-то еще, незримое, пока еще неведомое?

И вообще по какой причине я «завелся» на этой теме? Склонность к предельным абстракциям и теоретизированию? Мои многолетние размышления на этот счет? Логика материала предшествующих разработок? Проблема, выводящая юриспруденцию на уровень естественных наук? Да — все это. Но главным было (или — оказалось?) другое, о чем я скажу несколько дальше.

И вот началось мысленное кружение вокруг заумных философских абстракций — «внешняя форма», «внутренняя форма», «форма и содержание», «структура», «система и механизмы». И так далее. Оказалось, что разнообразные «частицы» в области права концентрируются вокруг некой троицы, отмеченной еще юристами Древнего Рима, — юридических предписаний, запретов, дозволений. А они выражаются в юридических нормах. Плюс к тому — здесь образуются целые цепочки правовых средств. И в конце концов *выясняется, что наиболее развитым, совершенным блоком юридической материи, ее «изюминкой» и активным центром оказалось то, что с давних пор в юриспруденции относят всего лишь к некой «технике» при оформлении юридических документов, — ю р и д и ч е с к и е к о н с т р у к ц и и.*

Именно в них, юридических конструкциях, как оказалось, кроется своего рода кульминация, смысл и назначение юридической материи — сплавляется в строгие построения все, что образует «разум права», — и требования жизни, и накопленный юридический опыт, и свершения человеческого ума.

Боже мой! Боже мой!

Но ведь эти ю р и д и ч е с к и е к о н с т р у к ц и и *есть как раз то, что и требуется сейчас и что является самым главным в напря-*

женной жизни права! То, что предопределяет оптимистическую перспективу в развитии гражданского общества (через юридические конструкции Гражданского кодекса, которые благодаря их повседневной повторяемости для каждого человека *неизбежно входят в жизнь*; или через юридические конструкции уголовно-процессуального законодательства, которые призваны *включить в жизнь* конституционные начала). И то, что ввиду отсутствия достаточных и отработанных юридических конструкций по проблемам прав человека, причем не только по процессуальному законодательству, предопределяет пессимистическую перспективу. Становится ясным, что пока права человека не будут воплощены в строгих и точных юридических построениях и формах, ничего путного здесь не получится — ценности и идеалы прав человека *в реальную жизнь не войдут никогда*.

Вот мы и подошли к основным выводам.

Да, в праве важны свойства права. Еще более важны идеи. Идеи права, как справедливо, хотя и несколько высокопарно, говорят специалисты. Те идеи, которые раскрывают истинные, далеко еще не понятые смысл и назначение права — этого великого свершения цивилизации, его миссии в жизни людей, по-видимому, в судьбе человечества.

Идея частного права.

Идея права человека, включая идеи достоинства и неприкосновенности личности (до сих пор попираемых действующим законодательством времен РСФСР), наконец, идея верховенства права, к которой склоняется все правовое развитие стран, избирающих путь демократии, либеральных ценностей и идеалов.

Но вся соль вопроса — в том, что ни одна из этих идей не может получить необходимого жизненного воплощения, не может стать действительной реальностью в обществе, если она не найдет выражения в системе отработанных, совершенных юридических конструкций.

И, стало быть, как ни превозноси действительно великие гуманитарные ценности, выраженные в только что названных идеях права, решающее, поистине ключевое значение имеет *к о н с т р у к т и в н о е с о в е р ш е н с т в о п р а в а* — правовой материи (совершенство, которое, если угодно, тоже может быть названо важнейшей «правовой идеей», не уступающей всем другим).

Именно юридические конструкции позволяют переплавить требования жизни, богатства опыта и достоинства разума в строгие, математически четкие и настроенные на дальнейшее совершенствование *построения* прав, обязанностей, гарантий и ответственности конкрет-

ных лиц, а через эти построения превратить важнейшие идеи и ценности в жизненную реальность.

КРУГ ЗАМКНУЛСЯ. Поиски в области отвлеченной, абстрактной теории, которые вывели на ключевое звено в правовой материи (юридические конструкции), – все это сомкнулось с самыми острыми, что ни на есть жизненными проблемами права и жизни – с тем, что только и может перевести замечательные идеи и принципы в реальную действительность!

А теперь – еще раз об А.М. Винавере

Во многом по делам и вопросам, описанным в этой части рассказа, круг замкнулся и для меня персонально. Лично для меня. Мистика – не мистика, но это – так.

Где-то в январе–феврале 2001 г. один из талантливых выпускников нашего Уральского отделения Школы частного права (наша звездочка-надежда по цивилистике) Дима Мурзин показал мне подготовленную им статью об А.М. Винавере.

Молодец Дима! В лекциях я много рассказывал и о своем учителе Борисе Борисовиче Черепяхине и об Александре Марковиче Винавере, о его своеобразном преподавании римского частного права. И вот наш выпускник, теперь уже молодой научный сотрудник Школы, молодой кандидат наук, досконально изучил литературу, порылся в местных архивах и подготовил обстоятельную статью об А.М. Винавере, о его творчестве, о его нелегкой судьбе.

Статья получилась прекрасная, с подробностями, ранее неизвестными фактами из жизни этого незаурядного ученого и педагога, творческие возможности которого, увы, в полной мере так и не развернулись, не раскрылись.

Светлой и тревожной искоркой сверкнул его талант, отозвался в наших душах и сердцах, тогдашних студентов. И ушел он из жизни в мрачные сталинские годы послевоенного безумия, истерии, имперского величия и тотальной деградации, которым, казалось, не будет конца никогда.

Прошел час-другой, как я прочел статью об одном из моих учителей.

И внезапно меня обдало жаром мысли-догадки – именно тем острым жаром, который и ранее был верным знаком чего-то значительного в жизни.

Да-да! Это ведь Александр Маркович полстолетия назад в своих лекциях по римскому частному праву рассказывал в конце 1940-х по-

слевоенных лет, еще отдающих кровью войны, голодом, ненавистью, сталинизмом, — о деталях и подробностях юридического бытия Древнего Рима. Рассказывал не о чем ином, а именно об *изящных и стройных юридических конструкциях!* Возможно, о самом великом открытии римской правовой культуры, которое уже в то далекое время поразило нас, юридических первоклашек, непонятной глубиной и только сейчас, кажется, раскрывается в своем грандиозном значении для права.

Хотелось даже связаться с Димой, автором статьи об А.М. Винавере, попросить его упомянуть в статье о том, что в то дремучее время Александр Маркович, по сути дела, рассказывал о том, что ныне, спустя более чем полвека, сверкнуло яркой надеждой в науке. И что, судя по всему, в нынешнюю пору замкнуло некий круг в научных поисках и находках. Небывало важно для меня лично.

Но разве можно передать все это в одной-двух фразах?

Мне показалось, что здесь нужен более обстоятельный, с подробностями рассказ, неизбежно связанный с восприятием и жизнью человека. С моим восприятием и моей жизнью. С разными деталями, их сцепкой, повторами в жизни. С внезапным (быть может, даже таинственным) возвращением в наше бытие. А это — уже повесть, где главное для автора — быть понятным.

ТАЙНА И СИЛА ПРАВА

2009

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Все знают: *право, закон* (понятия близкие, часто отождествляемые) — явления, хотя нередко и усложненные, но в общем-то простые, прозаические. Они относятся к повседневной, обыденной и деловой жизни, конфликтным ситуациям, порой — к теневым сторонам нашего бытия, его закоулкам. Определяют, что можно, а что нельзя и каковы последствия неблагоприятных поступков. Это и регулирование купли-продажи и иных рыночных отношений, и правила налогообложения, и ответственность за преступления и правонарушения, и процедуры решения споров о земельных участках и о возмещении вреда, и порядок наследования имущества, и т.д.

Здесь, по мнению многих людей, немало всякого рода бумаготворчества, буквоедства, всяких интерпретаций, канцелярщины, усложненных процедур и сроков, формализма. Словом, не высшая математика, не физика. И наука здесь вообще, наверное, *довольно элементарная*.

Какая же здесь может быть тайна?

А тайна есть. И есть наука «правоведение» — основательная, имеющая глубокие исторические корни и не уступающая другим отраслям знаний.

И понимание всего этого очень важно для всех нас, для всего общества. Мало кто обращает внимание, что в человеческом обществе по мере его развития возникает неизбежность, неодолимость права. Что право неизменно приходит на помощь людям в наиболее сложных, критических ситуациях. Что оно наиболее значительно и активно дает о себе знать в условиях, когда необходимо противостоять произволу и насилию.

Только для понимания всего этого и многого другого, не менее важного, нам пока неведомого (и, стало быть, для раскрытия как раз тайны права), нужен строгий научный подход. Такой же, как в любой другой науке, стремящейся постигнуть суть и истинное значение явлений и предметов, имеющей дело не с какими-то выдумками, предположениями, верованиями и фантазиями, а с окружающим нас действительным миром — объективной реальностью. С этого мы и начнем.

ГЛАВА ПЕРВАЯ ПРАВО — ОБЪЕКТИВНАЯ РЕАЛЬНОСТЬ

Право как факт

Известно, что право относится к *субъективной* стороне нашей жизни, к тому, что представляет собой плод мыслей и воли людей, особенно тех, кто обладает государственной властью — творит законы, принимает обязательные решения по тем или иным вопросам. «Вот перед нами налог на недвижимость, — говорим мы, — это действующее позитивное право, так как налог установлен законодателем; это воля законодателя, его решение».

Но исходный, принципиально важный пункт истинно научного понимания права заключается как раз в том, что право (притом действующее право как людское творение, именуемое *позитивным!*) — это не просто и не только мысль. Не просто и не только известные идеи и воля, суждения о должном и возможном поведении, не только порой произвольные решения властей о том, кто и что вправе делать, как поступать.

Позитивное право — это *факт*. То есть *внешняя реальность, строгая объективная данность*. Такая реальность, объективная данность, которая в каждый данный момент существует и действует как явление нашего бытия, нечто обособленное и внешнее для каждого человека и для всех социальных институтов, если угодно, в известном смысле — для общества в целом (на языке философии — явление *отчужденное*).

Впрочем, возьмем на заметку и то обстоятельство, что мы, люди, в нашей повседневной жизни воспринимаем право все же в основном с субъективной стороны. Но не упрощенно, а со стороны, скажем так, психологии. Выдающийся русский правовед-мыслитель И.А. Покровский, отметив, что существование права «ощущается всеми», пишет: «...право есть некоторая социально-психологическая сила, регулирующая поведение людей; оно есть некоторое состояние общественного сознания и общественной воли, заключающее в себе психическое принуждение индивида к известному поведению. Как явление социальной психологии право является, таким

образом, несомненной реальностью, фактом эмпирической действительности, частью из «мира сущего»¹.

Главное — «тело», материя права

Трактовка права как реального факта важна для науки. Это ее начальный пункт. Но такой констатацией ограничиться нельзя (ведь по сути дела мысли и воля людей, любые явления психического порядка — это тоже реальные факты действительности).

Перед нами, как подметил крупный отечественный правовед, действительно, «сила, регулирующая поведение людей» (она действует, работает, обставлена в своем действии сроками, процедурами, поддерживается в своем действии государственными органами, именуемыми правоохранительными»).

Право — это *особая* социальная реальность. Такой поразительный феномен, который относится к субъективной стороне жизни общества, в своем возникновении и действии зависит от людей, от их мнений и воли и в то же время представляет собой *особое явление* среди фактов действительности, объективной реальности.

Что значит «особое явление»? А то, что право *имеет свое «тело»* — *corpus iuris* (корпус юрис), как говорили юристы Древнего Рима. «Тело» как своеобразную, позволительно сказать, *материю со своими свойствами, своей жизнью, логикой существования и развития*². Материю не в грубо материалистическом понимании, то есть не в значении вещественных, зримых предметов (хотя в праве есть и такая сторона — законы, другие правовые источники, документы), а в значении социальной, во многом «незримой» реальности.

Что же представляет собой «тело», материя (*corpus iuris*) права — разговор особый, он впереди. Сейчас лишь приведу мнение еще одного видного русского правоведа — Б.А. Кистяковского. Причем пока только выдержку из его сочинения, свидетельствующую, поми-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 147.

² В связи с этим вновь сошлюсь на мнение И.А. Покровского. Отметив особенности права с позиций психологии, он пишет вместе с тем: «Думается, что юридическая реальность есть вообще некоторая особая реальность». И поясняет этот тезис на примере признания той или иной организации «юридическим лицом» и даже реальности физических лиц: «Самый физический человек, превращаясь в юридического субъекта прав, утрачивает в значительной мере свою реальность естественную; для понятия субъекта прав безразличен рост, цвет волос и т.д.» (Покровский И.А. Указ. соч. С. 147).

мо самого существа проблемы, о том (и это обстоятельство в высшей степени знаменательное), какое внимание в дореволюционное время русская правовая наука придавала положению о праве как объективной реальности.

Итак, по мнению Б.А. Кистяковского, «правовую реальность следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведением литературы и музыки – с другой. Но все-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго...»¹.

Неожиданные сравнения и аналогии! Не правда ли? Запомним это высказывание правоведа дореволюционной поры: оно поможет нам разобраться в том, что представляет собой материя, «тело» права.

Исходное начало науки

Только при признании того, что предметом юридических знаний являются не сами по себе акты власти, не требования той или иной идеологии, не какие-то иные фантомы, а *твердая объективная реальность* (конечно, особая! Во многом «незримая» – такая, которая относится к социальной материи, к субъективной стороне жизни общества и, вспомним, близка к произведениям «скульптуры и живописи»), – только при признании этого *возможна действительная, истинная наука*, имеющая дело с реальными явлениями окружающей нас действительности. То есть *такая же в принципе наука, как все иные отрасли знаний*. Да к тому же наука, призванная практически и теоретически осваивать такие реальные явления действительности, которые в тех или иных мере и виде выражают известные идеальные, гуманитарные начала и ценности.

Такой («естественно-технический» и одновременно гуманитарный) характер правоведения придает ему высокочисленный науковедческий статус.

И этот же подход к юридическим знаниям является, помимо всего иного, также и предупреждением против легкого (порой авантюрного) отношения к праву, к бытующим представлениям, согласно которым возможно произвольно, как душе угодно, кроить и перекраивать

¹ Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 336.

юридические нормы, в одночасье, чуть ли не одним росчерком пера преобразовать юридическую систему, а вместе с ней и всю жизнь общества. Вспоминается в связи с этим один из президентских указов во время российских экономических реформ начала 1990-х гг., в котором было постановлено «включить в гражданское право институт доверительной собственности» (институт англо-американского прецедентного права, в корне несовместимый со всей системой права собственности в России), — акция, которая, к счастью, хотя и с немалыми усилиями, была в конце концов отвергнута.

Стало быть, *юридическая материя, как и всякая материя в сфере деятельности людей, казалось бы, доступное вещество в руках человека, в действительности оказывается предметом далеко не всегда податливым к вольному манипулированию*. Через право, законы, всю систему юридических институтов возможно решать различные задачи, реализовывать многие жизненные интересы. Возможно и необходимо развивать и совершенствовать действующее право. Но материя права такова, что она не позволяет использовать право по принципу «что хочу, то и ворочу» или по придворным нравам — «чего изволите?».

Так что истинный правовец, владеющий необходимой суммой профессиональных знаний, должной юридической культурой и гражданской ответственностью, *обязан независимо от своего социального и служебного положения уметь говорить «нет»*. «Нет. Право не позволяет сделать это». Или: «Позволяет сделать лишь то-то и то-то, и ничего иного». Или: «Что ж, извольте, используйте для задуманного вами правовые установления, но знайте — будут крупные издержки, потери, не исключено — непоправимые».

Такой подход к юридическим знаниям, строгий и основательный, является, по сути дела, важнейшим элементом, открывающим путь к государственной политике, построенной на последовательных научных началах. На началах всего комплекса наук, относящихся к человеку и обществу, среди которых достойное место призвана занять и наука права.

Напротив, недоучет, непонимание и тем более прямое отрицание указанной черты правовых знаний (в частности, сведение права к феномену сугубо психологического, духовного, идеального порядка, к одной только «воле») приводит в практическом отношении к тому, что манипулирование правовой материей, как и в других случаях вольного манипулирования с объективными реальностями, оборачивается в практической жизни недостатками, потерями, порой крупными,

невосполнимыми. То есть приводит к крупным просчетам, к непониманию действительной роли, предназначения и смысла права в жизни людей, в судьбе общества, а в науковедческом отношении – к трактовке юриспруденции как дисциплины низшего сорта, одного лишь узко понимаемого юридического позитивизма. Да к тому же, скажу еще раз, действительные «законы законов», особенности и закономерности права, его тайны так и останутся недоступными для юридической науки, а отсюда и для всего общества, что в общем-то будет и дальше оправдывать существующее о ней у немалого числа людей невысокое мнение¹.

¹ Так, приходится высказать сожаление, что в фундаментальном труде О. Шпенглера «Закат Европы», подлинном научном свершении, торжестве человеческого духа и разума (пусть и с ошибочной, на мой взгляд, общей мировоззренческой ориентацией), замечательная картина развития права в мировой истории, осмысленная на богатейшем фактическом материале (автор связывает право с категориями «высших культур», подробно освещает в контексте основных пластов культуры развитие античного, арабского, западноевропейского права), оказалась все же ограниченной. И ограниченной, и в чем-то даже ущербной именно потому, что из поля зрения мыслителя ускользнули как раз особенности права как объективной реальности. Именно потому, что О. Шпенглер не увидел «реального бытия права», прежде всего античного, он вопреки своим же собственным трактовкам и оценкам в итоге свел право к опыту, практике, обычаям, к неким интуитивным императивам (См.: *Шпенглер О. Закат Европы: Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. М., 1998. С. 84*). И тут же в книге приводится ссылка на Зома, который пишет: «Современное немецкое правоведение в очень значительной мере представляет собой наследие средневековой схоластики. Теоретико-правовое продумывание базовых ценностей нашей реальной жизни еще не началось. Мы эти ценности совершенно еще не знаем». О. Шпенглер говорит далее: «Вот задача, которую предстоит решить будущему немецкому мышлению. Речь идет о том, чтобы на основании практики современной жизни разработать глубочайшие принципы последней и возвысить их до фундаментальных понятий права. За спиной у нас – великие искусства, перед нами – непочатое правоведение» (Там же). Отсюда и его суждения, и оценки юридических знаний, выраженные в такого рода положении: «То, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права». О. Шпенглер формулирует такой вывод, согласующийся с самой сутью его исследования, а в чем-то и с действительной природой и значением правоведения: «Никто из ученых уже больше не обращает внимания на идеологов римского права... Чтобы освободить нас также и от схемы этих понятий, необходимо правоведение иного рода. На смену филологическому должен прийти общественный и экономический опыт» (Там же. С. 84).

ГЛАВА ВТОРАЯ ДОГМА ПРАВА

Догма права — знак и образ правовой материи

Исторические данные свидетельствуют, что понимание права как особого, весьма своеобразного явления действительности возникло уже в глубокой древности и притом в связи с потребностями жизни, практики, в связи с тем, что на первых ступенях развития человеческого общества появилась необходимость решать жизненные ситуации, конфликты на твердом, строго нормативном государственном основании. На том основании, которым и является право.

Таким образом, понимание права как объективной реальности изначально явилось требованием самой жизни, практики. При этом знаменательно, что право как основание для решения юридических вопросов стало пониматься знатоками юриспруденции, юристами-профессионалами в качестве *догмы права*. Да, именно так — догмы права! Почему?

Самое существенное здесь заключается в том, что этот термин «догма права» обозначает твердость и непререкаемость самой основы, в соответствии с которой решаются юридические вопросы. Ибо право, выраженное в законе, судебных прецедентах, других источниках, предстает и перед людьми, и перед государством в каждый данный момент в точном значении слова «догма», то есть в качестве твердого, неизменного на данный момент, непререкаемого основания для поведения людей и действий государства, выносимых им решений (если угодно, столь же святого и непререкаемого, как и любая по общепринятым представлениям догма, например религиозная).

Стало быть, выражение «догма права» в области юридической деятельности и знаний означает то, что позитивное право, существующее в обществе, в каждый данный момент — это «то, что есть», *строго определенная данность и неизменность*. Причем в отличие от политики и идеологии в юридической области это выражение, «догма права», лишено привычных для многих людей негативных оттенков (таких, которые слышатся в словах «догматик», «догматизм»). Это вполне нормальный, добпорядочный и даже профессионально престижный, знаковый в юри-

дической области термин, характеризующий образ права как строгой и точной объективной реальности.

Особенности догмы права

Говоря о значении выражения «догма права», нужно иметь в виду, что в твердости и непререкаемости догмы права есть две плоскости.

Во-первых, действующее право, независимо от нашего отношения к нему и мер (назревших или даже уже предпринимаемых) по его изменению, нужно понимать и применять таким, какое оно есть на данный момент в существующих законах, других источниках права. Да, это могут быть несправедливые и жесткие решения власти, устаревшие регламенты и инструкции. Но это всегда лучше, чем ничем не ограниченный произвол и беззаконие, произвольные решения, порой своеволие и самодурство тех или иных лиц, пусть и облеченных властью. Нужно только не жалеть сил на то, чтобы изменить или отменить несправедливые, несправедливые юридические нормы и порядки.

Во-вторых, в праве, каким бы ни было конкретное содержание законов, юридической практики и правосознания, есть своего рода *жесткая объективная фактура* — нечто *твердое и постоянное*, не подвластное вольному усмотрению и произволу, никакому правителю, должностному и научному авторитету (пока в установленном порядке не изменены действующие юридические нормы, у нас — прежде всего закон). Это и есть «тело» права, правовая материя в точном значении этого понятия.

И характеризуя это твердое и изначальное, нужно отметить, что догма права — это не только особый участок явлений социальной действительности, но и ее *особый мир*. Важнейшая черта этого особого мира заключается в том, что право представляет собой *логическую систему*, неотделимую от *формальной логики*, или, по-другому, математической (символической) логики.

Изначально заложенная в позитивном праве направленность на решение жизненных ситуаций, а значит, на обеспечение максимальной, предельной определенности в регулировании общественных отношений, на обеспечение ее максимально возможной точности, строгости, надежной обеспеченности достигается прежде всего при помощи того, чтобы все элементы правовой материи подчинялись требованиям и правилам формальной логики.

И в силу этого вытекающие из права выводы должны выражаться не в диалектических суждениях типа «и да, и нет», а в строгих заключениях — «только да», «только нет». С этой позиции догма права *яв-*

ляется своего рода математикой в области права, в практической деятельности юристов. И кстати, вовсе не случайно методы, используемые в аналитической юриспруденции, близки к тем, которые относятся к математической логике и математическому мышлению¹.

И еще один момент, характеризующий догму права. *Центральным звеном в догме права являются юридические нормы*. В юридических нормах и через юридические нормы (по большей части в наших, российских условиях — через *нормы законов*, в ряде других стран — через нормы судебных прецедентов) определяются и ситуации, требующие правового решения, и порядок, процедуры таких решений, а главное — правовые средства разрешения юридических дел.

Таким образом, на уровне догмы право выступает в качестве *нормативного образования*. Причем наше внимание тут сосредоточивается на юридических нормах, выраженных в законах, в кодексах, а отсюда — и на самих законах. И не только и даже не столько потому, что законы для нас, людей, живущих в российском обществе и во многих других странах (особенно странах Европы), — основной источник юридических норм и вследствие этого именно с законами в основном связаны вопросы понимания права и юридической практики. Главное здесь то, что законы — это наиболее развитая форма закрепления юридических норм. Законы получают распространение и в других юридических системах, и вовсе не случайно во всем мире именно с законами (даже терминологически) связаны представления о законности — строгом правовом порядке, который должен существовать в обществе.

Итак, для понятия догмы права, наряду с логической четкостью охватываемых им представлений, характерны по крайней мере две особенности:

во-первых, в центре правовых представлений, относящихся к догме права, находятся *юридические нормы, выраженные в законе (иных источниках, в том числе в судебных прецедентах)*;

и во-вторых, догматические (с точки зрения юриспруденции) представления о праве сформировались и наличествуют главным образом

¹ О. Шпенглер пишет: «Правовое мышление ближайшим образом родственно математическому. И то, и другое желает отделить от того, что представляется зрению, все чувственно-случайное, чтобы найти здесь мыслительно-принципиальное: чистую форму предмета, чистый тип ситуации, чистую связь причины и действия. Поскольку античная жизнь в том ее образе, который она обнаруживает античному критическому бодрствованию, обладает всецело Эвклидовыми чертами, возникает картина тел, отношений между ними по положению и взаимных воздействий посредством толчка и отталкивания, как у атомов Демокрита. Это и есть юридическая статика» (Шпенглер О. Указ. соч. С. 69).

в связи с *потребностями юридической практики* и, что не менее важно, в соответствии с *требованиями законности*.

Зримая и незримая материя

Понятие «догма права» позволяет начать более детальный разбор того, что представляет собой «тело», материя права, его *corpus juris*. И прежде всего — выделить в правовой материи, условно говоря, *зримые* и *незримые* составляющие.

Зримая составляющая — это то, что на языке философии относится к *внешней форме* права. Это законы, судебные прецеденты, иные источники юридических норм, выраженные, как правило, в письменных документах.

Здесь, в данной плоскости, позитивное право выступает как зримая реальность в самом прямом значении: его можно увидеть глазами (на столе лежит книжечка, озаглавленная «Уголовный кодекс», в каждой статье которого норма или какая-то ее часть), можно даже подержать его в руках (взять книжечку в руки, полистать ее, найти нужную статью). Словом, перед нами — доступный для наших ощущений, наглядный предмет.

Вспомним приведенные ранее соображения Б.А. Кистяковского о том, что право как реальность ближе к тому виду культурных благ, к которому относятся «произведения скульптуры и живописи».

В чем тут дело? А в том как раз, что в отличие от другого вида культурных благ (произведений литературы и музыки) здесь результат творчества *органически слит с данным внешним предметом* — с данным, строго индивидуализированным экземпляром творчества в его вещественном виде: монументом, изваянием, картиной, — в данном случае — с юридическим документом, с «источником права». Причем в данном виде культурных благ (и в праве, обратим внимание, тоже!) слитность с предметом следует понимать не в смысле отождествления указанных явлений с материалом (мрамором и холстом в отношении скульптуры и живописи; письменными документами в отношении права). Главное — это то, что данные предметы, в том числе — коль скоро речь идет о праве — его *источники*, в основном письменные документы, как бы *опредмечивают мысль, творчество, намерения людей* и придают соответствующим культурным благам *строгую определенность, устойчивость, постоянство (вечность)*.

И вот с точки зрения зримой составляющей позитивное право как наличная объективная реальность представляет собой такой продукт мысли и воли людей, который *опредмечен*, воплощен во внешней форме и вследствие этого возведен на такую степень твердой реальности, которая превращает его в *особое социальное бытие* — устойчивое, строго определенное, постоянно действующее (вечное). Вот почему право действует в практической жизни и воспринимается людьми в качестве *догмы, твердых реалий* — строгих, точных, постоянных и в принципе неизменных в нашей действительности, чего-то такого, что и *позволяет делать строго определенные выводы, давать четкую оценку событиям, принимать однозначные решения, совершать точно определенные действия, поддерживаемые властью*¹.

И все же, каким это ни покажется неожиданным, самое существенное в праве — это его незримая составляющая (то, что относится по философским определениям уже не к внешней, а к *внутренней* форме).

Вот перед нами центральное звено догмы права — юридические нормы. Что же представляют собой юридические нормы при достаточно полной их характеристике?

На первый взгляд, и здесь как будто бы все «зримо» и «видимо». О существовании юридических норм свидетельствуют тексты Уголовного кодекса, Семейного кодекса, Гражданского кодекса, других нормативных документов, выделение отдельных статей, норматив-

¹ Именно с этой стороны позитивное право жестко отграничивается от других явлений духовной жизни, которые существуют в сфере «субъективного»: идей, представлений, волевых устремлений, разнообразных культурных благ, продуктов духовного творчества, относящихся к литературе, гуманитарным наукам и т.д. В том числе отграничивается от тех социальных явлений, которые также выполняют функции регуляции поведения людей, — морали, обычаев. А в области юридических явлений — от субъективных сторон правовой действительности, правосознания. Да и вообще с рассматриваемых позиций позитивное право — это *единственный* социальный феномен из числа всех других, также обозначаемых словом «право» (естественное право, моральное право, право-обычай и др.), который является такого рода опредмеченной твердой реальностью, объективизированной данностью.

С этой точки зрения позитивное право существует и действует в виде *системы институтов*, то есть *институционального образования*.

Институты — это и есть «образованные» и «опредмеченные» социальные явления, которые в результате отчуждения обрели собственное бытие и воплощены во внешне очерченных, структурно определенных, твердых и устойчивых формах существования и функционирования. И потому они способны выступить в качестве твердой и постоянной основы или критерия поведения людей, имеющих непрерывный по действию и определенный по содержанию характер. К числу таких институтов относятся государство, религиозные (церковные) учреждения, самодельные организации, организации самоуправления. К их числу принадлежит и позитивное право.

ных положений со словами «вправе», «не может ограничивать», «обязан возместить». Сюда же относится и табличка в автобусе «места для пассажиров с детьми и инвалидов».

Но стоит только повнимательней приглядеться к любым жизненным случаям, требующим решения на основании юридических норм, так сразу же возникают вопросы. А почему, собственно говоря, упомянутые и другие записи и формулировки свидетельствуют о наличии юридических норм? Именно норм, да притом именно юридических? Ведь юридическая норма должна обладать, как установили специалисты по праву, целым набором элементов — указывать и на условия ее действия (эти условия назвали в юриспруденции *гипотезой*), и на взаимные права и обязанности субъектов (*диспозиция*), а главное — на возможные юридические последствия (*санкции*). А в текстах законов, в отдельных положениях, содержащихся в тех или иных статьях закона, посвященных только отдельным юридическим операциям, деталям и частностям, наличествуют только какие-то укороченные фразы, чуть ли не их обрывки.

И вот тогда-то и нужно принять во внимание *структуру (структурированность) права, юридическую организацию соответствующих положений*. С тем чтобы представить юридическую норму в целом, оказывается, необходимо вписать текст закона в модель *логической нормы* — нормы со всем набором необходимых для нее элементов как юридического явления (гипотезой, диспозицией, санкцией).

Выходит, юридическая норма, казалось бы, простое, элементарное, наиболее наглядное, предельно зримое звено позитивного права, его догмы, одновременно предполагает существование *незримых, невидимых* компонентов — разнообразных связей и соотношений, включающих в нечто логически целое иные компоненты, также входящие в правовую материю и лишь в своей совокупности, в единстве образующие юридическую норму.

Стало быть, юридическая норма, в какой-то мере обнаруживая свои особенности наличной реальности в формулировках отдельных статей закона, в полной мере раскрывается как юридическое явление в разнообразных связях и соотношениях. И плюс к тому еще (как мы увидим в последующем) — в своей заряженности на практическое осуществление, а отсюда — в соответствующих практических действиях людей, причем действиях определенного рода (отвечающих самому названию всего феномена — «право»). Так что юридическая норма, казалось бы, очевидная и наглядная элементарная частица, в действительности, в своих видимых и не очень видимых особенностях выступает

в качестве содержательно богатого, а главное, структурно сложного явления – звена особой правовой материи.

Следовательно, даже на примере одного, притом самого элементарного звена догмы права – юридических норм – выясняется, что *собственная плоть* права во многом кроется в *организации* правового материала, в *юридических структурах*. В последующем этот пример будет подкреплён и другими данными. Но уже сейчас следует сказать, что такого рода характеристика особенностей права имеет ключевое, принципиальное значение для решения многих вопросов правовой теории, в том числе и для ответа на вопрос о тайне права.

Основной секрет силы права

Принято считать, что в любом предмете (явлении) главное, самое существенное, что характеризует значение и силу данного предмета, – это содержание. В мире вещей, во многих жизненных процессах так оно и есть (например, даже в сфере власти: могут существовать различные «формы» республик, монархий, но главное все же содержание власти, то есть политический режим, демократический или авторитарный, тиранический).

В праве все сложнее. Здесь мы встречаемся с явлениями поистине поразительными, уникальными.

При всей исключительной важности в жизни человеческого общества экономического, политического, нравственного, иного фактического содержания законов, юридических норм в области юриспруденции первостепенное значение принадлежит *именно форме* (которая в основном и образует своеобразную юридическую материю).

Конечно, фактическое содержание в текстах законов, в других источниках как бы перемешано с юридическими категориями, *юридически прописано*. Тем не менее во всех случаях оказывается возможным и одновременно крайне необходимым в юридическом отношении различать, с одной стороны, конкретный фактический материал, а с другой – исконно юридические категории (правовую материю). Например, в области земельного и трудового законодательства, с одной стороны – природные особенности угодий, труд и его интенсивность, перерыв в труде (отдых), государственные решения по всем этим вопросам, а с другой – законы, иные документы и, что не менее важно, «приоритет прав того или иного лица», «субсидиарное применение», «правовое требование», «юридическое равенство» и т.д.,

что и *представляет право вовне*, а главное — *организует содержание права*, воплощает его в *юридических структурах*.

А теперь (внимание!) главный пункт, раскрывающий смысл слитности права с его формой. Суть его в том, что иначе, без своего «проявления вовне» и, главное, без обретения необходимых структурных характеристик, права как особого, юридического явления *просто нет*, какие бы громкие слова в данном случае не звучали. И нет, стало быть, никакой силы у каких-то нормативов и решений, которые хотелось бы видеть в качестве права.

Для обоснования этого призыву на помощь одного из наиболее видных философов нашего времени М. Мамардашвили.

Вот что по тематике рассматриваемого вопроса, раскрывая идеи одного из наиболее великих философов — Канта, пишет М. Мамардашвили: «Форма как возможность структуры, как нечто, что лежит в области полноты, есть для Канта такое образование, от свойств которого зависит все остальное в мире. В том числе социальные проблемы, социальное благо человека, его нравственное благо как конкретного, то есть несвятого существа»¹.

И характеризуя в связи с этим миссию права в обществе в качестве формы, которая способна не давать основания для зла и несправедливости², М. Мамардашвили (достойный повышенного внимания момент!) привлекает в качестве примера институты суда и судопроизводства (словом, право), когда у участников судопроизводства существует даже инстинкт правды³. «Инстинкт правды, — пишет философ, — хотя и будет в головах, но действовать будет форма. Лишь она... может нейтрализовать неизбежные человеческие потуги. *Поэтому нам нужны не честные судьи, а независимые судьи* (курсив мой. — С.А.). Только это может скорректировать неизбежную случайность того, честен человек или бесчестен, глуп или умен»⁴.

¹ Мамардашвили М. Кантианские вариации. М., 1997. С. 90.

² Там же. С. 90.

³ Там же. С. 90—91. Автор пишет: «Скажем, существует определенная форма судопроизводства. А если мы полагаемся просто на то, что будем воспитывать порядочных и честных судей, которые не берут взятки, — то никогда праведного и справедливого суда мы иметь не будем. Потому что пока мы будем к этому стремиться, будет действовать форма, формальный элемент. И беда, если он неразвит, если это суд, в котором нет разделения властей, который не отделен от государства в виде независимого института судей, суд, который не имеет независимой прокуратуры, где прокурор, жертва, адвокат слиты все в одном лице (а это лицо всегда наше побуждение, порыв и, как выражались русские мыслители прошлого и начала этого века, инстинкт правды)...»

⁴ Там же. С. 91. При этом М. Мамардашвили замечает: «Это ощущение формы — не только продукт философствования, но продукт определенного рода культуры».

В связи с этим М. Мамардашвили высказывает ряд соображений о праве и правосудии, суть которых сводится к тому в высшей степени важному для нашей сегодняшней жизни выводу, что высокоразвитое чувство формы означает в данной сфере жизни общества существование независимого и полномочного суда, способного противостоять беззаконию власти.

«Очевидно, — пишет М. Мамардашвили, — такое чувство формы (а закон есть один из классических случаев формы) является очень деликатным и тонким продуктом, неким гумусом. Люди прекрасно понимают, — чтобы на земле что-то выросло, нужен культурный слой почвы, нужно создавать его сантиметр за сантиметром, довольно долго». И, обращаясь к примеру Пруссии, где в годы Фридриха Великого было как-то сказано: «В Пруссии есть еще судьи», автор говорит: «И чтобы в Пруссии времен Фридриха Великого такое могло быть естественным образом сказано, до этого, очевидно, должно было пройти еще лет двести. Мы же и сейчас подобного естественным образом сказать не можем, нам это просто в голову не придет. Так сколько же лет нам предстоит, если мы сегодня начнем?»¹.

Отсюда, помимо всего иного, как раз следует, что само право (именно как «форма»! Вот такой здесь парадокс и секрет) имеет *свою* материю — *материю права*, выраженную главным образом в *его структурных характеристиках*. И отсюда же следует, что сила права как формы (по выражению М. Мамардашвили, «возможность структуры», «нечто относящееся к полноте») — это сила собственной материи права, когда право *слито* с ее внутренней организацией, структурой.

¹ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 93.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ ДРАМА НАУКИ. ПОИСК

Догма права – первичная основа юридических знаний

Итак, юридическая наука возникла и утвердилась среди других отраслей человеческих знаний как специальная прикладная дисциплина, предметом которой является догма права.

И это сразу же придало правоведению качество основательной сферы знаний, осваивающей в связи с потребностями практики, как и иные прикладные науки, фактические данные, относящиеся к одному из секторов объективной реальности (законы, судебные прецеденты, правовые обычаи, их применение, толкование и т.д.). Эта дисциплина получила признание в качестве *юридической догматики* (юридического позитивизма), или, что то же самое (по современной терминологии), *аналитической юриспруденции*.

Начиная с древних исторических эпох аналитическая юриспруденция вполне оправдывает свое назначение прикладной, технико-юридической науки. Она дает *атомистическую* проработку фрагментов действующего позитивного права. Такая проработка выражается в фиксации юридических реалий при помощи юридических понятий (текстов законов, судебных решений, обычаев в юридической области, прецедентов и др.), выявлении содержащихся в них юридических норм, в их толковании, определении присущих им общих, видовых и родовых особенностей, заложенных в праве юридических конструкций, других структур, принципов, выработке и закреплении юридической терминологии.

В результате аналитической проработки догмы права, если она проведена на должном научном и методических уровнях в соответствии с требованиями формальной логики, раскрывается детализированная юридическая картина того или иного участка, фрагмента законодательства, судебной практики (категории юридических дел), обнажается их юридическое содержание, отрабатываются наиболее целесообразные приемы и формы юридических действий, отбираются и приводятся в систему необходимые данные для правового обучения.

В то же время своеобразие юридических явлений как догмы права, их привязанность к юридической практике (да к тому же недобрые оттенки самого слова «догма» в политической и социальной жизни) стали предпосылкой к сдержанным, а порой и прямо пренебрежительным оценкам юридических знаний у представителей иных сфер знаний — математиков, физиков, биологов и др. Даже правоведы, основательно знающие юридическую проблематику, отмечают, что «позитивистская юриспруденция — это не более чем описательная наука, дисциплина низшего теоретического порядка»¹.

К тому же подобные оценки представляются верными, если имеются в виду действия юристов-чиновников, толкующих и применяющих законы в угоду одной лишь власти, когда такого рода «юридическая деятельность», противоречащая основополагающим особенностям и требованиям правоправедения, приобретает порой резко одиозный оттенок (такой, например, как у нас, в России, в начале 2000-х гг. приобрело выражение «басманное правосудие»).

Между тем юридический позитивизм (аналитическая юриспруденция) представляет собой систему знаний, призванную занимать достойное место в общей системе наук (в принципе такое же, как и другие отрасли познавательно-прикладной культуры, в частности медицина, прикладные дисциплины материальной техники), да плюс к тому в области юриспруденции, имеющей характер гуманитарной науки.

По своему социальному значению правоправедение на уровне аналитической юриспруденции оказалось одной из первых в истории специальных общественных (гуманитарных) наук, способных глубоко и тонко влиять на реальную действительность — законодательство, на его совершенствование, на практическую деятельность в области права в соответствии с требованиями законности и гуманитарными ценностями, а также на развитие других отраслей науки и культуры. В том числе она служит примером не только строгой точности и логической отработанности научных положений, но и их привязки к нуждам практики, когда наука на определенном уровне своего развития превращается в высокое юридическое искусство (один из первых русских правоведов З. Горюшкин так и называл ее — «законоискусство»).

Нужно добавить к сказанному и то, что на основе данных аналитической юриспруденции, полученных в конкретных юридических дисциплинах (науках гражданского права, уголовного права, процессуальных юридических дисциплинах и т.д.), сформировалась *общая теория права*.

¹ Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971. С. 168.

И здесь, на уровне общей теории права, оказалось возможным не только свести воедино «выведенный за скобки» разнородный по своим отраслевым источникам юридический материал и интегрировать данные отраслевых наук — конституционного права, уголовного права, гражданского права и др., очертить важнейшие, необходимые звенья искомого предмета юридической науки, но и увидеть его общеюридическую значимость как *особого мира* действительности, отличающегося многими, порой уникальными особенностями. Прежде всего тем, что он относится к сферам социальной регуляции и долженствования.

Наиболее наглядно эти особенности (пусть и на первичном, порой элементарном уровне) проявились в разнообразных классификациях юридических норм, правоотношений, юридических фактов, характеристиках их юридической природы, их соотношений. То есть в положениях, которые со времен разработок древнеримских юристов, становления древнеримской *пандектистики* — обобщенных разработок римского частного права¹ (и, пожалуй, в не меньшей мере в разработках юристов-аналитиков XIX—XX вв.) — поражают своей стройностью, логическим совершенством, законченностью.

Обобщения правового материала наиболее высокого уровня выразились в теории аналитической юриспруденции, в выработке таких юридических категорий, как *объективное право* (и соответственно *субъективные права*), понятий *публичного и частного права*, а также таких основных *дефиниций права* — определений основных понятий, категорий, как «сделка», «деликты», «реституция» и др., которые не только ориентированы на то, чтобы выполнять прагматическую, операциональную и вместе с тем юридически значимую функцию (быть критерием правомерного и неправомерного поведения, а также ответственности за свои неправомерные действия и бездействие), но и обрисовывают специфику права как системы общеобязательных норм.

Издержки. Разрыв в науке

Отмечая необходимый, прагматически оправданный характер и достоинства науки позитивного права (юридической догматики, аналитической юриспруденции), надо вместе с тем иметь в виду, что тут есть и теневые стороны, возможны определенные издержки. Они выража-

¹ Пандектистика — сфера обобщенных юридических знаний, источником которой являются «Пандекты» — один из важнейших источников мудростей древнеримской юриспруденции, вошедший в Кодекс Юстиниана (VI в.).

ются в том, что фактическая основа юридических знаний, догма права, хотя и придает правоведению достойный науковедческий статус науки о реальных фактах действительности, оказывается все же ограниченной и к тому же во многом сконцентрированной в нормах закона — нормативно-формалистических особенностях правовой материи и что в соответствии со спецификой предмета юридических знаний для правоведения оказалась характерной формально-юридическая методология, основанная на правилах и требованиях формальной логики.

Отсюда — возможность крайнего формализма, кажущегося или действительного, не всегда оправданная юридическая усложненность правовых построений, а в связи с этим — казуистическая усложненность специального юридического обучения. И отсюда же — другие крайности, характерные для догматических разработок, когда эти разработки превращаются в схоластические упражнения, игру в понятия («юриспруденция понятий»), что порой довольно искусно используется в политических целях.

При этом надо учитывать и то, что аналитическая юриспруденция как технико-юридическая наука может существовать и развиваться при различных политических режимах, в том числе при режимах тиранического типа, фашистских, в условиях коммунистической диктатуры, где техника юриспруденции оказывается нужной по сугубо прагматическим потребностям и отчасти в политических целях. Это дает повод некоторым исследователям полагать, что юридический позитивизм характеризуется даже «духовной нищетой», когда, по утверждению ряда авторов, «у юристов этого поколения (имеются в виду юристы юрико-догматической школы. — С.А.) не развивалось чувство личной ответственности, критический подход к праву» и когда «в целом позитивистская школа породила высококлассных специалистов по юридической технике, неспособных к самостоятельному мышлению»¹.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М., 1998. С. 38–39. По мнению авторов, «духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с националистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не смогли противопоставить национал-социализму».

Отмечая сам факт использования в той или иной мере материалов юридического позитивизма, как и данных иных технико-прикладных наук, при реакционных режимах, надо видеть и то, что они никогда не использовались в настоящей науке так, чтобы реализовалась правовая суть юридических конструкций, других развитых юридических структур; тем более что социальные и духовно-гуманистические особенности правовой материи, выраженные в этих структурах, не очевидны, не всегда — порой, к счастью — обнаруживают себя для людей, не искушенных в тонкостях юриспруденции. Так что, обращаясь к приведенным выше суждениям о «духовной нищете» специалистов по юридической догматике, следует заметить, что правоведы Германии (так же как правове-

Но главное, что в итоге привело к довольно сдержанным (нередко с негативным привкусом) оценкам юридической догматики, — в другом. В том, что аналитическая юриспруденция, как это представилось в науке и общественном мнении XIX—XX вв., не дала и, казалось бы, не в состоянии была дать ответа на те вопросы времени, которые потребовала Новая эпоха — время коренного перелома во всей истории человечества, перехода к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, открытого Великой французской революцией.

При этом остался незамеченным (увы, во многом до нынешнего времени) тот фактический эффект юридической догматики, значение которого проявляется только сейчас, в наши дни. Эффект, который заключается в том, что в ходе и результате аналитической проработки правового материала вычленяются, пусть пока на формально-логическом уровне, юридические средства, в особенности правовые конструкции — ключевой элемент материи права, от которого решающим образом зависят реальность и практическое воплощение в жизнь самых великих и замечательных общечеловеческих, демократических лозунгов и принципов.

Но все это оказалось лишь научной перспективой юридических знаний, суть, научно-революционное значение которой раскрываются только в настоящее время.

Драматизм ситуации (а в связи с этим и драма науки) в годы буржуазно-демократических перемен конца XVIII—XIX в. выразился в том, что сам характер революционных преобразований обществ, вставших на путь демократического развития, *в противовес режимам произвола и насилия прежних эпох потребовал верховенства права* как высшей и незаменимой демократической и гуманитарной ценности. В тех или иных словесных формулах это требование сразу же зазвучало во всех революционных декларациях начиная с конца XVIII в.

Но почему сама логика революционных перемен сконцентрировала свое внимание на праве, на требовании его верховенства? Что это вообще такое, право, его верховенство под углом зрения столь значительных перемен в мире?

ды России) — те, кто принадлежит к «высококласным специалистам по юридической технике» (а не к чиновникам-юристам, служащим власти), — реально, на деле, противопоставили существовавшим режимам главное, что по самой своей сути противостоит тирании, — *право, отличное в отработанные, искусные технико-юридические формы*. И эта правовая суть, выраженная, казалось бы, в сугубо формалистичных построениях, «дремавшая» в обстановке нацистского режима, в полной мере сработала на немецкой земле, как только в результате Второй мировой войны и победы в ней демократических сил был сброшен фашистский режим и в Германии начались демократические реформы.

Оказалось, что правоведение как наука, сконцентрированная на изучении права с прагматических позиций, то есть юридическая догматика, не дает ответа на эти и им подобные актуальные вопросы Нового времени (хотя реально уже долгие века по существу оно подспудно готовило главное — важнейшие, ключевые средства и механизмы претворения в жизнь указанных ценностей, самой возможности их реализации в практическом отношении). Более того, в аналитической юриспруденции будто бы и в новых условиях нет импульсов к такой углубленной проработке права — она как бы замкнулась на одних лишь текущих проблемах законодательства, юридической практики.

Парадокс, но факт, что, несмотря на громкие декларации о праве в годы буржуазных революций и на появление на свет новых выдающихся документов и позитивных процессов в юриспруденции (конституций, кодексов, возвышения правосудия), в ней, в юридической догматике, в XIX—XX вв. вообще не проявилось устремленности к более полному постижению глубоких философских и социальных особенностей юридической материи, заложенных в ней высоких социальных, гуманистических начал.

Отдельные попытки в этой области (наиболее значимые из них — нормативистские концепции, прежде всего теория Кельзена) не дали сколько-нибудь существенных научных результатов, кроме, пожалуй, еще большей концентрации внимания на категории «норма» да обосновании особенностей права как мира долженствования. Даже то обстоятельство, что замечательные философские умы (такие, как Кант) неизменно опирались на достижения юридического позитивизма, не воодушевило специалистов по юридической догматике, не подвигло их на то, чтобы рассмотреть данные аналитической юриспруденции с основательных теоретических и философских позиций.

Так что, в условиях буржуазных революций и в последующее время, утвердилось убеждение, что догмы права (как реальной правовой материи) для реализации фундаментальных запросов Новой эпохи явно недостаточно. В жизни людей, притом в связи с юридическими проблемами, все большее значение стали приобретать духовные, гуманистические ценности и идеалы в том виде, который раскрывался в философских доктринах, передовой политической и социологической мысли.

Вот и пришлось, возрождая и активизируя философские тенденции Античности и Средневековья, развивать в правоведении *идеи естественного права*. А затем, уже в XX в., усилиями философов и пра-

ведов придавать такую ориентацию философско-правовым разработкам, в соответствии с которой философское осмысление права должно происходить минуя юридическую догматику, путем прямого применения в юриспруденции высоких свершений философской мысли, неизменно связывающих право с такими категориями, как «свобода», «справедливость», «моральные критерии добра и зла». А вслед за тем – прямого применения интеллектуальных достижений и более тонченных философских воззрений, таких, в частности, как категории диалектики, феноменологии, аксиологии, экзистенциализма, ныне – постмодернистских взглядов.

Отсюда и возникла в современном правоведении «ситуация разрыва», когда нет цельной науки права. Под одной рубрикой правоведения существуют два разноплоскостных подразделения науки. В сущности – два полюса юридических знаний.

На одном полюсе – юридический позитивизм – дисциплина, по распространенному мнению, невысокого науковедческого уровня (пусть и крайне нужная на практике, в правовом обучении и с какими-то попытками основательных теоретических разработок). А на другом полюсе – философия права, реализующая применительно к правовому материалу философские и социологические ценности и данные, прежде всего ценности высшего порядка – свободу, справедливость, моральные критерии добра и зла, а также данные психологии, герменевтики, другие достижения философских наук эпохи модернизма и постмодернизма.

В итоге – невысокий градус общественного признания современного правоведения, которое, действительно, во многом оказалось в стороне от общего стремительного потока развития наук XX–XXI вв., особенно наук естественного и технического профиля (по упомянутому ранее мнению О. Шпенглера, «то, что мы до настоящего времени называем правоведением, есть либо филология юридического языка, либо схоластика понятий права»¹).

И как будто бы судьба юридических знаний, судя по теперешнему их состоянию, – так и оставаться на обочине науки. Догматической юриспруденции по-прежнему суждено в этом случае быть технико-прикладной дисциплиной, замкнутой в основном на вопросах техники законодательства и практики юриспруденции, а разработкам, претендующим на статус современной науки, – философским, социологическим, оставаться (уже, увы, за пределами правоведения) в качестве сво-

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 84.

его рода ответвления философии и социологии, распространяющего достижения философской и социологической мысли на сферу права.

Направление поиска

Ну а может быть, в правоведении нужен просто поиск? Поиск таких подходов в понимании права и разработки его теории, которые бы позволили правоведению как таковому — особой и самодостаточной области знаний — ответить на вопросы, выдвинутые Новой эпохой, и на этом пути использовать ее богатейший потенциал?

Да, все данные говорят о том, что поиск новых подходов в теории права — насущное требование современности.

Каковы же направления такого поиска?

Для того чтобы вывести правоведение на уровень современной науки — науки XXI в., необходимо, по предположению автора этих строк, не только взять на вооружение правоведения достижения человеческого духа — высшие ценности философского постижения мира, духовной культуры, морали, высокие гуманитарные идеи, другие достижения философии, социологии, всего комплекса гуманитарных наук.

Прежде всего необходимо просто-напросто в соответствии с исконной природой правоведения и в области теории юридических знаний *встать на путь действительной науки*. На путь в принципе такой же, как и путь всех других наук, изначально настроенных на решение технико-прикладных задач — естественных, технических — и именно здесь на собственном материале достигших ныне фантастического уровня развития. И на таком пути, если он возобладает в правоведении, опираясь на его многовековые достижения и расширяя вместе с тем в соответствии с логикой науки предмет и методы научного освоения действительности, *попытаться развить теорию, не покидая почву права, то есть через постижение самой материи права*.

Таким образом, суть идеи, которая лежит в основе поиска новых подходов к праву, не сводится к тому, чтобы просто распространить на предмет юридических знаний высшие ценности философской, духовной, гуманистической, моральной культуры (они, могут заверить, при последовательно научном подходе никуда не денутся — придут сами). Суть идеи развития современного правоведения — в том, чтобы с учетом новых материалов *попытаться выйти через анализ самой правовой материи на новый уровень нау-*

к и, что, кстати сказать, в какой-то мере уже и сделал замечательный философ нашего времени М. Мамардашвили, когда он — пусть и без использования всего необходимого в данном случае арсенала юридических категорий — на примере судопроизводства эпохи Фридриха Великого и философских трактовок «формы» показал, как мы видели, ничем не заменимую силу права.

И тогда, могу еще раз заверить (это входит в число наиболее сокровенных задумок и решающих результатов данной работы), окажется, что секреты права на таком уровне, его тайна — это и есть высшие человеческие ценности, которые как раз и отвечают глубоким потребностям в праве, его верховенстве в сообществе людей в нынешнюю эпоху существования и развития человеческого рода.

Во многом справедливы суждения О. Шпенглера, который полагает, что «за спиной у нас великое искусство, перед нами — непочатое правоведение» и что необходима в соответствии с требованиями будущего «перестройка всего правового мышления по аналогии с высшей физикой и математикой» (курсив мой. — С.А.). «Жизнь в целом: социальная, экономическая, техническая, — продолжает автор, — ждет того, чтобы ее наконец-то поняли в этом смысле; для достижения этой цели нам потребуется не менее столетия напряженнейшей и глубочайшей работы мысли»¹.

Да, не менее столетия, а быть может, и более того.

Только потребности в праве в нынешнюю пору настолько остры, а потенциал юридических знаний технико-прикладного характера уже настолько значителен (момент, увы, не очень-то ученный О. Шпенглером), что работа по созиданию правоведения «по аналогии с высшей физикой и математикой» должна быть начата сейчас, в наши дни. И по всем данным, основное направление такой работы, ее исходные, ключевые звенья — основательное понимание материи права, ее содержания и логики. Так же как и в других отраслях знаний, в том числе в естественных и технических науках, математике и физике.

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 86.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ «ВСЯ» МАТЕРИЯ ПРАВА

Кредо современного научного подхода

Несмотря на то что фактическая основа юридических знаний, догма права придает правоведению достойный науковедческий статус науки о реальных фактах действительности, представления о праве, не идущие дальше юридической догмы, отличаются известной *узостью*: здесь, в данной (догматической) плоскости все правовые явления рассматриваются преимущественно (а порой и исключительно) под углом зрения юридических норм, выраженных в законе, иных источниках. Вполне оправданно поэтому такая характеристика права нередко называется *узконормативной*.

Между тем правовая материя многообразна, в ее состав включается множество иных составляющих. Такие, например, «частицы», как *юридические санкции* или *индивидуальные акты* (скажем, договоры), которые не только представляют собой элемент юридических норм или разновидность связанных с нормами юридических фактов (как это трактует юридическая догматика), но и выступают в виде особых и весьма наглядных, порой «резко ощутимых» на практике реальностей, отличающихся особыми свойствами и функциями.

Не менее существенно и то, что при более внимательном анализе материи права оказывается, что в ней существуют не только указанные «частицы», но и *какие-то глубокие пласты*, которые «дают о себе знать» в догме права.

Юристы с давних пор стали подмечать, что при попытках обобщения и классификации данных, относящихся к догме права, то тут, то там возникает некая неизменная «троица» — три скрытых за формальными категориями элемента, которые неизменно проявляются в различных секторах конкретного правового материала, — обязывания, запреты, дозволения.

Так, при характеристике разновидностей законов стало обнаруживаться, что существуют законы обязывающие (например, законы, устанавливающие обязанность уплачивать налоги), законы запрещающие (например, законы, запрещающие свободную продажу наркотических средств), законы дозволительного характера (например, законодатель-

ство о свободе печати). В сущности, такой же результат получился при подробной классификации юридических норм. После того как в науке были обособлены правоохранительные и регулятивные юридические нормы, возник вопрос: каково деление самих регулятивных норм? Подробный анализ показал, что наиболее существенная с юридической стороны классификация — это деление регулятивных норм на три разновидности: обязывающие, запрещающие, управомочивающие.

Вновь упомянутая «троица» обнаруживает себя при разграничении отраслей права. Ряд исследователей обратили внимание на то, что не только законы, но и в целом отрасли права группируются по указанным трем рубрикам. И оказалось, что юридическая специфика отраслей, характерных для них режимов и методов регулирования решающим образом обусловлена тем, имеют ли они обязывающую, запретительную или дозволенную направленность.

Еще один факт. Реализация права, претворение его в жизнь — как это зафиксировала юридическая практика — разветвляется на три *формы*: исполнение, соблюдение, использование. Но это же не что иное, как эти же самые обязывания, запреты, дозволения! «Исполнение» — реализация юридических обязанностей; «соблюдение» — запретов; «использование» — дозволений.

Чем все это объяснить? Откуда взялась эта вездесущая «троица»? И что это вообще такое (как юридические категории) — обязывания, запреты, дозволения? Ведь они не могут быть подведены ни под одну из категорий, которыми оперирует, казалось бы, исчерпывающий фиксатор юридических реалий — правовая догматика, строящаяся в основном на материале юридических норм, выраженных в законах, иных источниках. Они — не нормы, не субъективные права, не юридические факты, не категории юридической техники, а нечто такое, что, как стержень, пронизывает всю правовую материю.

Не свидетельство ли все это того, что перед нами особый, находящийся «за» догмой права, в самих недрах юридического регулирования более глубокий пласт правовой материи?

Словом, наряду с многообразием правовых явлений, не сводимых к одним юридическим нормам, оказалось, что за такой скучной, формализованной, близкой к канцелярщине догмой права, то там, то здесь приоткрывается картина сложных и тонких связей, процессов, в том числе таких, которые сопряжены с неведомыми нам, глубинными «частностями», исходными механизмами в материи права.

Отсюда напрашивается предположение: быть может, именно *вся* правовая материя, не сводимая к одним только юридическим нормам, а пред-

ставленная во всем объеме, во всей многогранности и многомерности своих частиц, проявлений, слоев, и позволяет осуществлять строго научную, углубленную теоретическую разработку права, отвечающую потребностям современной эпохи? И не это ли образует своего рода *научное кредо* (решающую предпосылку к сути — изюминку, соль) современного научного подхода к праву? Тем более что как раз при таком подходе оказывается возможным рассматривать правовую материю *как таковую*, так сказать *непосредственно*, когда, надо полагать, *своеобразие права как объективной реальности раскрывается во всем объеме и напрямую, в своих наиболее существенных сторонах, вне их преломления через юридические нормы.*

Здесь, стало быть, происходит не только пространственное расширение взгляда на право, включение в поле научного анализа наряду с нормами других, кроме норм, «частиц» и слоев правовой материи, но и *качественное изменение самого видения права*, такое изменение, когда правовые представления освобождаются от императивной заданности на одни только нормы.

Следовательно, в связи с этим происходит как бы высвобождение подходов к праву — *самого метода его рассмотрения*, при котором позитивное право обнажается целиком, открываются его закоулки и тайники, во многом прикрытые юридическими нормами. И отсюда (а это главное!) — открывается возможность выяснения более обширного комплекса характерных для права связей и закономерностей.

И тут же возникает вопрос о понятиях, терминах. Каким, спрашивается, понятием можно охватить все элементы юридической материи, все его частицы, весь юридический инструментарий?

Наиболее приемлемым (хотя и не во всем безупречным, на первый взгляд, сугубо описательным) понятием оказывается категория *«правовые средства» — категория общего и универсального порядка, охватывающая весь юридический инструментарий — как юридические нормы, так и все иные инструменты, а главное, «структуры» (конструкции, организацию) юридической регуляции.*

Научоведческий аспект

Рассмотрение права под углом зрения *правовых средств* (притом с перспективой его конструктивного, математического понимания) в полной мере соответствует общим закономерностям развития науки.

Здесь, надо думать, уместны некоторые общие замечания о развитии науки в современную эпоху.

Потребности в области науки эпохи, наступившей после Просвещения, буржуазных демократических революций, — потребности капитализма, «деловой практики». В сфере отраслей знаний, имеющих технико-прикладной характер, эти потребности концентрируются на том, чтобы выйти за рамки, продиктованные предшествующими условиями Античности и Средневековья, схоластики и догм религии — увидеть реальные явления во всей их полноте и обнаженности. А это, как показало последующее развитие естественных и технических наук, и выводит науку (подчас через своего рода повороты и зигзаги) на более высокий уровень знаний, отвечающий запросам Нового времени.

Исходный пункт в таком развитии науки — это в соответствии с запросами эпохи *углубление в саму материю предмета данной сферы знаний*.

Между тем, как мы видели, юридическая догматика как таковая даже в бурные годы революционных перемен XVIII—XIX вв., возвестивших о верховенстве права, не идет дальше узконормативных трактовок. И более того, в эпоху Средневековья и даже в более позднее время правоведение стало уходить в некие закоулки сугубо абстрактных разработок, в сферу чуть ли не юридических спекуляций — в «юриспруденцию понятий».

В то же время результаты общетеоретических философских разработок догмы права (в особенности по вопросам своеобразия права как нормативной системы, структуры права, механизма правового регулирования), как это ни парадоксально, *стали, как и характеристики юридических конструкций, возвышаться до уровня разработок и категорий, не сводящихся к одной только догме права*. И в связи с этим начала давать о себе знать перспектива существенного углубления теории права под углом зрения идеи «правовых средств».

И вот тут следует принять во внимание, что в чем-то похожее парадоксальное сцепление обстоятельств и импульсов, предшествовавшее нарастающему углублению научных знаний, как раз и случается в истории науки вообще. Многие отрасли технических и естественных наук перед своим возвышением испытали на себе влияние подобных обстоятельств — начиная от интеллектуальных увлечений на попроще «науки ради науки», лженаучных сбоев (алхимия, астрология) до жестко эгоистических заказов промышленного капитализма и истребительных потребностей войны.

Значит, в указанном выше сцеплении событий в правоведении нет ничего странного и неожиданного. И значит, с этой точки зрения, своего рода знаком, а быть может, и судьбой юридических знаний является развитие других, также изначально прикладных, технико-практических наук (включая медицину, астрономию, технику градостроительства,

водоснабжения, ирригации и др.) – развитие, которое, пройдя порой через тупиковые, лженаучные, спекулятивные изгибы и повороты, а главное (даже в этих изломах) через взлеты ума и научного подвижничества, вышло в итоге на высшие достижения естественных и технических знаний – теоретическую механику, кибернетику, генетику, молекулярную химию. И притом в силу неведомых законов человеческого бытия оказалось, что именно такого рода высшие достижения ума и научные прорывы как раз и нужны в практическом отношении, так как отвечают потребностям новой эпохи развития человечества.

И вот рассмотрение права на новом уровне знаний, когда оно рассматривается не только под углом зрения догмы права (юридических норм, при всей их важности), но и в более широком ракурсе, то есть в качестве правовых средств, и знаменует именно *такого рода поворот* в науке – науке права.

Причем само обозначение элементов правовой материи в качестве правовых средств приобретает существенное значение. Казалось бы, здесь (в плоскости концепции правовых средств) перед нами те же самые явления, которыми оперирует аналитическая юриспруденция, – нормы и субъективные права, акты реализации права, юридические презумпции и т.д. Но «выведенные» из сферы юридической догматики и рассматриваемые в качестве категории «правовые средства», все они как бы обретают качественно новый облик. Сама трактовка элементов правовой материи в качестве правовых средств призвана, помимо иных моментов, обозначить их практическое значение, их предназначенность быть эффективными, нередко уникальными инструментами в решении сложных проблем нашей жизни (отсюда и иные выражения того же порядка: «юридический инструментарий», «правовые механизмы»).

Наиболее ярко, выразительно такое научное и одновременно практически значимое возвышение, казалось бы, сугубо технической категории происходит в отношении особого участка правовой материи – юридических конструкций. В отличие от аналитической юриспруденции, где они трактуются всего лишь как некое подсобное явление юридической техники при оформлении нормативных актов, юридические конструкции под углом зрения концепции правовых средств предстают как высший, универсальный правовой инструмент, выражающий резервы и потенциал юридической материи, ее уникальные возможности в решении сложных проблем нашей жизни.

Этот слой правовой материи требует особого, специального внимания. О нем и пойдет речь дальше.

ГЛАВА ПЯТАЯ ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ

Юридические конструкции (к постановке вопроса)

Сначала – некоторые фактические данные.

Вот перед нами товарно-рыночные отношения. Какие здесь используются юридические конструкции? Принято считать – договор купли-продажи. Да, это особая юридическая конструкция (в отличие от мены, дарения). Но кроме того, для всей сферы товарно-рыночных отношений и тем более для всего частнособственнического конкурентного хозяйства характерны и иные юридические построения (отношения собственности, залога, владения, подряда, аренды, услуг и т.д. – и это все особые юридические конструкции).

Нередко при решении вопросов, связанных с тем или иным случаем жизни, перед лицом сразу оказывается несколько разнопорядковых юридических конструкций, готовых к тому, чтобы начать «работать».

Гражданин на оживленном перекрестке сбит автомашиной, получил тяжелую травму. Здесь сразу же вступает в действие уголовное право – виновник происшествия, водитель автомашины, может быть привлечен к уголовной ответственности (или не привлечен, если его действия подпадают под особую юридическую конструкцию – «основания освобождения от ответственности»). Одновременно с этим вступают в действие несколько порядков возмещения имущественных потерь потерпевшего, которые он несет в связи с лечением, потерей заработка (пособие по временной нетрудоспособности, пенсия), порядок договора добровольного страхования (если таковой заключен), порядок обязательного страхования гражданской ответственности, а вместе с ним и система самой «гражданской имущественной ответственности», предусматривающей весьма своеобразную, жесткую, привилегированную для потерпевшего ответственность (ее несет не причинитель, а владелец источника повышенной опасности, притом независимо от вины непосредственного причинителя в данном происшествии).

Какие же выводы можно сделать из приведенных данных?

Прежде всего очевидно, что в юриспруденции слово «конструкция» понимается в том же самом смысле, что и в технике, в материальном производстве, в инженерном деле, то есть как типовая схема и принципы действия, в данном случае как своеобразное построение прав, обязанностей, гарантий, ответственности, юридических фактов и процедур. Эта схема носит, как в любой «конструкции», характер постоянной, утвердившейся типовой схемы, модели, которая призвана удовлетворить интересы лиц, дать оптимальный результат, нередко с использованием того или иного варианта по выбору заинтересованного лица.

Далее. Очевидно, что существенные стороны действующих в обществе порядков, выраженных в юридических конструкциях, даже по такой, казалось бы, простейшей, элементарной жизненной ситуации, как причинение вреда гражданину в автотранспортном происшествии, прямо зависят от особенностей всего социального строя страны, уровня его развития, совершенства. И значит, от принятых в обществе идеалов, ценностей, их реального претворения в государственной организации, действующих законов, от того, в частности, насколько развито в обществе система страхования (обязательного и добровольного страхования гражданской ответственности), каков уровень развития и практика гражданского законодательства.

Наконец, самое существенное, что характерно вообще для понятия «конструкция» в любой сфере человеческой деятельности, это *интеллектуальное разрешение данной проблемы*, выраженное в оптимальной модели построения прав, обязанностей, ответственности, гарантий, соответствующих юридических фактов, юридических процедур. Модели, во многих случаях, как и в любой «конструкции», являющейся результатом творческих решений, подчас оригинальных, неожиданных, но всегда имеющих те или иные основания (например, такой модели по приведенному выше примеру, как безвиновная ответственность владельца источника повышенной опасности за противоправный вред). Причем модели, которая уже сама по себе — именно потому, что она модель, типовая схема, — обладает нормативностью, весьма особой, охватывающей само содержание юридического регулирования¹.

¹ Именно характеристика юридических конструкций как явлений высокого структурного и одновременно науковедческого порядка позволила Н.Н. Тарасову вычленил тот аспект нормативности, который ранее вообще не был зафиксирован в науке. Автор пишет: «Юридические нормы есть не что иное, как нормативно-текстуальное выражение юридических конструкций, юридическая, а не содержательно-социальная нормативность которых обуславливается характером применения конструкции (как модели решения юридической задачи)» (Тарасов Н.Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Российский юридический жур-

Сплав реальностей, опыта и ума

Конечно, существование в праве, его «теле», конструкций, причем именно таких, которые по своему содержанию характерны для техники, инженерного дела (и чем в нашем мире оно с полным основанием может гордиться), — факт сам по себе поразительный!

Но этот факт еще в большей степени может быть признан существенным, если учесть, что такого рода построения элементов юридической материи отражают не только реальности — особенности регулируемых отношений, их требования (что во многом предопределяет разновидности договоров того или иного типа, особенности составов преступлений и т.д.), но и то, что может быть охарактеризовано как своеобразное соединение реальностей в области практических отношений, опыта и ума — интеллектуальной деятельности людей высокого уровня. Причем так, что этот сплав реальностей, опыта и ума воплощается в моделях (типовых схемах) — конструкциях, которые характеризуют наиболее развитое, совершенное «тело» права и одновременно его разумность (запомним этот момент, он окажется весьма существенным при последующих характеристиках особенностей права).

Важно при этом обратить внимание на то, что образование юридических конструкций в той или иной национальной юридической системе происходит во многом спонтанно, в ходе сложных практических отношений¹ и представляет собой по большей части довольно длительный процесс, который (и это не случайно) носит, как свидетельствуют исторические данные, формализованный, причем часто усложненно формализованный характер, что как раз в известной мере раскрывает технологию формирования юридических конструкций.

нал. 2000. № 3. С. 26–27). В другом месте он обращает внимание на то, что юридические конструкции (в отличие от норм процессуального права) «могут рассматриваться одним из средств... нормирования: не формального, через сформулированные правила юридической деятельности, а содержательного — как императивная логика права» (Там же. С. 36).

¹ А.Ф. Черданцев справедливо пишет: «Конструктивное выражение норм только что возникшего права не было сознательным, а складывалось стихийно. Первый законодатель если и мыслил образами юридических конструкций, то не осознавал того, что мыслит конструкциями». И далее: «Лишь с возникновением профессии юристов в правовой науке постепенно осмысливается характер системного изложения норм права, осознается их конструктивная связь, и наука вырабатывает юридические конструкции, которые становятся важным ориентиром, методом познания права» (Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 151).

Так, в Древнем Риме (юриспруденция которого как раз открыла эпоху разработки утонченных и совершенных юридических конструкций частного права) правовая защита предоставлялась лишь в тех случаях, когда истец получал от чиновника, находящегося на службе правосудия, но не являющегося судьей, — претора — специальный «исковой формуляр». И вот нечто удивительное: спустя много веков такое же развитие событий в мире юридических явлений, чуть ли не точка в точку, произошло в средневековой Англии. И там основу судебного процесса стали составлять «предписания» (*writs*) — приказы короля, в которых он кратко излагал суть тяжбы, поручал судебному чиновнику, судье или руководителю суда вчинить иск по данному конкретному делу и заслушать его в присутствии сторон. Причем, поскольку истцы в обоснование своих исковых требований приводили, как правило, одни и те же причины, очень скоро (точь-в-точь как в Риме) был разработан стандартный текст предписания, получивший на практике название «исковой формуляр» (*form of action*), в который требовалось внести только имена и адреса сторон.

И вот мы видим одно из наиболее существенных технологических явлений в истории и логике права. Здесь при выработке исковых формуляров в юридической практике Древнего Рима и средневековой Англии спонтанно, в ходе юридической практики, как бы сами собой происходят своего рода отбор, конструирование и фиксация определенных юридических построений, связей и соотношений отдельных молекул материи права — прав на то или иное поведение, обязанностей известного рода, правообразующих юридических фактов, ответственности и т.д. Отражая повторяющиеся, типовые правовые ситуации, исковые формуляры одновременно конституируют строго определенную *модельную схему*, или *типовое построение*, правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, носящих математически строгий характер. Это и есть *юридические конструкции* в самом точном значении этого понятия. А эти последние — что не менее значимо — есть *структура* также в самом точном значении, когда все ее элементы образуют устойчивое строение, скелет, инфраструктуру *типа жесткого организма*.

Так, к примеру, уже во время становления юридического регулирования нередко возникала ситуация, когда требовалось решить вопрос о судьбе вещи, выбывшей из обладания собственника, в том числе в случаях, когда имущество оказывалось в обладании так называемых *третьих лиц*, то есть не находящихся в прямой связи с собственником. Скажем, в обладании у лица, которое приобрело вещь у вора, похитив-

шего ее у собственника или даже у одного из покупателей, который уже ранее приобрел у собственника эту вещь. Как тут быть? И собственник не по своей воле утратил вещь, и третье лицо приобрело ее добросовестно на законных основаниях... И вот в римском праве была разработана такая юридическая конструкция, в соответствии с которой собственник может истребовать свое имущество в принципе у любого «владеющего несобственника», с довольно строгой схемой возникающих здесь прав и обязанностей, зависимой от того или иного набора юридических фактов, в том числе от того, выбыла ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли. Эта юридическая конструкция утвердилась через исковой формуляр, который в силу некоторых исторических причин, связанных с древними ритуалами притязаний лица на свою вещь, получил название *виндикационного иска*. Указанный термин сохранился и поныне. Требование невладеющего собственника к владеющему несобственнику и сейчас юристами называется виндикационным иском.

Какое место занимают такого рода модели, типовые схемы в материи права? При углубленной научной проработке правовой материи становится очевидным, что юридические конструкции – не просто некий элемент юридической техники при оформлении юридических актов, а *органический, всеобщий, непосредственно нормативный и, главное, наиболее важный по значению элемент собственного содержания права*. Причем элемент, рождаемый во многом спонтанно, вместе с тем являющийся результатом интеллектуальной деятельности – процесса типизации – и в этом качестве готовый к тому, чтобы на основе нового опыта, данных науки, силы разума получить дальнейшее развитие, более высокий уровень совершенства.

Именно юридические конструкции образуют центральное звено (основу, стержень) материи права, достигшей необходимого (для реализации своих функций) уровня развития, совершенства. По справедливому мнению Н.Н. Тарасова, «юридические конструкции, впечатанные в ткань позитивного права... можно рассматривать как его первооснову, а их систему – как несущую конструкцию позитивного права»¹. Более того, как полагает автор, «с точки зрения собственного

¹ Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 35. Весьма примечательно, что Н.Н. Тарасов пришел к принципиально важным выводам о высокой значимости юридических конструкций с иных науковедческих позиций, чем это обосновывается в настоящей работе, – с позиций методологии юридических знаний. А это, думается, надежное подтверждение того, что перед нами назревшая проблема, подготовленная к решению логикой всей суммы юридических знаний. И по всем данным, тут, как говорится, «процесс пошел».

содержания права именно юридические конструкции могут рассматриваться как наиболее стабильные («надсоциальные» и в этом смысле культурные) единицы права»¹.

И потому юридические конструкции, их отработанность есть показатель совершенства законодательства (или прецедентной юридической системы). Так же как в технике, в инженерном деле совершенство законодательства в значительной мере выражается в том, насколько отработано само построение правового материала, то есть насколько в нем воплощены типовые схемы и модели, соответствующие данным науки и практики, требованиям эффективности, логики.

Возьмем для иллюстрации уже упомянутую юридическую конструкцию – гражданскую имущественную ответственность за вред, причиненный автомашиной в результате автотранспортного происшествия. В чем специфика этой конструкции? Согласно гражданскому законодательству юридические лица и граждане, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих (транспортные организации, промышленные предприятия, стройки, владельцы автотранспортных средств и т.п.), обязаны возместить вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего.

Стало быть, построение юридических отношений при причинении вреда источником повышенной опасности такое: обязанность возместить вред возлагается прямо на владельца источника повышенной опасности (например, на автотранспортное предприятие, а не на водителя автомашины; на него лишь потом, в так называемом регрессном порядке (новая юридическая конструкция), то есть в порядке «обратного» взыскания с непосредственного виновника, предприятие может при наличии к тому оснований возложить ответственность). Притом возникновение этой обязанности, возлагаемой на владельца источника повышенной опасности, в виде исключения непосредственно не связано с виной причинителя; он может быть освобожден от ответственности только в том случае, если докажет (именно он, причинитель, докажет!), что вред возник вследствие умысла самого потерпевшего или же вследствие непреодолимой силы.

Так, в еще не опубликованной работе молодого ученого говорится: «Правовая конструкция представляет собой базисное юридическое построение в праве вообще... Правовая конструкция, как любая иная идея, разумна и вневременна, идеальна и витальна» (Степанов Д.И. Вопросы методологии цивилистической доктрины. Рукопись. С. 18).

¹ Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 30.

При внимательном анализе оказывается, что в гражданском законодательстве выражена весьма эффективная модельная схема. Она, во-первых, направлена на то, чтобы обеспечить с максимальным удобством интересы потерпевшего, который имеет дело только с владельцем источника повышенной опасности и которому не нужно доказывать вину причинителя, и, во-вторых, нацеливает организации и граждан, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих, на обостренную осмотрительность, на неустанный поиск средств дополнительной безопасности¹.

Именно юридические конструкции (наряду с характерным для права особым *нормативно-юридическим построением* социального регулирования) — основа уникальности права и его незаменимости в условиях цивилизации.

С этой точки зрения юридические конструкции — главный показатель совершенства права, уровня его развитости со стороны его *corpus iuris*. И его исключительного, уникального значения — значения нормативной системы, способной задавать *разумный алгоритм* в жизни людей, в обществе.

Вот и получается, что от совершенства юридических конструкций, их отработанности, разумности в огромной мере зависит эффективность права, его значение в жизни общества. В частности, так же как в технике, в инженерном деле успех задач, решаемых с помощью права, существенным образом зависит от того, насколько при его выработке использованы оптимальные типовые схемы и модели, а значит, данные науки и практики, требования эффективности, логики, насколько успешно, следовательно, сработали здесь опыт и талант правоведов.

И под этим же углом зрения через призму юридических конструкций раскрывается, скажем так, совершенный облик позитивного права

¹ Для подтверждения «разумности» рассматриваемой юридической конструкции представим себе, что законодатель использовал бы для указанных ситуаций иную юридическую конструкцию. Например, возложил бы обязанность возмещения вреда, наступившего в результате дорожно-транспортного происшествия, на непосредственного виновника, который в конечном счете все равно будет нести ответственность. При таком варианте, на первый взгляд, произошло бы даже упрощение правоотношений, не потребовалось бы многоступенчатости, при которой потерпевший взыскивает с владельца автомашины, а тот уже с водителя. Но такое «упрощение» означало бы, что законодательные положения по данному вопросу стали бы менее совершенными; они, помимо всего иного, не обеспечивали бы в должной мере защиту интересов потерпевших, ведь взыскание вреда с непосредственного виновника представляет значительно большие сложности, чем с владельца источника повышенной опасности, да к тому же при таком варианте при отсутствии вины возмещения вреда вообще бы не произошло.

со специальной юридической стороны, особенности права в его математическом понимании. Такие его особенности, когда, помимо всего иного, нормативность права в целом, как это показано в литературе, определяется в содержательном отношении «впечатанными» в него отработанными юридическими конструкциями¹. Так что вполне закономерен вывод (подтверждаемый историческими данными), что *собственное развитие права, самобытная история выработки его уникальных материи и силы* — это во многом и есть история становления, развития и совершенствования юридических конструкций.

Юридические конструкции — совершенство и уровни

Юридические конструкции разнообразны. Они с различных сторон характеризуют особенности и достоинства юридической материи, ее уникальность, возможности, степень развитости.

В определенной мере своеобразие юридических конструкций зависит от области права, ее предмета.

Так, в области п у б л и ч н о г о п р а в а в соответствии с особенностями самой его государственно-властной природы сложилась своего рода генеральная модельная схема. Ее составляющие: 1) императивное веление компетентного властного органа, 2) обязанность субъекта подчинения исполнить веление, 3) контроль и надзор за исполнением, 4) формы и порядок обжалования. В ходе правового развития той или иной страны, причем решающим образом в зависимости от уровня демократии, эта схема обогащается иными элементами (например, такими, которые позволяют оспорить властный акт, притом в судебном порядке), что влечет за собой формирование многообразных юридических конструкций, воплощающих оптимальные формы административной деятельности, административного процесса и административного правосудия.

Широкий комплекс юридических конструкций, выражающих виды правонарушений, оснований освобождения от ответственности и другие особенности юридической регламентации, утвердился в у г о л о в н о м п р а в е (основные из них — конструкции самого состава преступления, необходимой обороны, крайней необходимости и т.д.).

Весьма разветвленный набор утонченных и отработанных юридических конструкций сложился со времен Античности в ч а с т н о м п р а в е, в особенности в самой обители частнопроводного

¹ См.: Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 25–36.

регулируемого — гражданском праве (а также трудовом и семейном праве).

Здесь своеобразие юридических конструкций также в немалой степени зависит от особенностей данной правовой сферы, ее предмета (конструкции в области вещных отношений, договоров, наследования, семейных отношений и т.д.). Причем эти особенности — такие, в частности, как начала диспозитивности, независимости и самостоятельности субъектов — потребовали тщательной отработки модельных схем, обеспечивающих определенность, надежность, прочность, обеспеченность юридического регулирования, а также широкий диапазон юридических возможностей для субъектов. Отсюда, наряду со всем другим, максимально широкий, насколько это возможно, характер набора конструкций, такое их многообразие, которое открывает широкие возможности для их выбора сообразно интересам субъектов (и плюс к тому общая дозволенность конструировать в рамках действующего правопорядка «свои» модели, в том числе в соответствии с принципом свободы договора). В итоге — выработка классических, пожалуй, даже законченных классификаций моделей, вбирающих в себя основные и исходные правовые ценности на данном участке жизни общества.

Так, например, еще в римском праве отношения, связанные с использованием имущества и труда «других лиц» (договоры найма), получили выражение не в одной лишь «аренде» (как это по большей части, к сожалению, понимается ныне), а в трех главных разновидностях юридических конструкций, объединенных правовым понятием *locatio-conductio* (наемные обязательства): *locatio-conductio rei (rerum)* — наем вещей; *locatio-conductio operis* — наем услуг; *locatio-conductio operarum* — наем работы. Эти конструктивные разновидности послужили источником весьма своеобразных правоотношений самостоятельных типов (таких как обязательство подряда, в современных условиях — трудовые правоотношения, лизинг и т.д.). Но принципиально важно то, что они и ныне, причем именно в своем изначальном виде, отличаются большими юридическими резервами. Пример тому — те возможности, которые открыли арендные отношения в современных условиях, о чем пойдет речь в последующем изложении.

Обширный диапазон юридических конструкций наряду с правом собственности сложился в области вещных отношений. Это не только «сервитут», «узуфрукт» римского права, но и, например, особые права владения и пользования, утвердившиеся в ряде Скандинавских стран (оказавшиеся вполне совместимыми с современными товар-

но-рыночными отношениями), а также явно недооцененные виды вещных конструкций, сформировавшиеся в обстановке советского общества («оперативное управление», «полное хозяйственное ведение», «пожизненное наследуемое владение» — конструкции, правовая и социальная значимость которых, как известной альтернативы собственности, в прошлом оказалась недостаточно понятой и явно недооцененной, но юридическая жизнь которых, возможно, в не малой мере еще впереди). Вдобавок к этому современная экономическая и социальная жизнь демонстрирует значение вещных прав в составе обязательств, таких как арендные обязательства (что нередко реально учитывается на практике, но полностью игнорируется иными идеологами), можно отметить и своеобразие «вещного следа» в ценных бумагах.

Вместе с тем юридическое и социальное совершенство юридических конструкций — это не только их многообразие, возможности и резервы, обусловленные сферой общественных отношений, их предметом. Не менее (а в чем-то и более) существенное значение имеет здесь *уровень* конструкций, выражающий степень их общности, абстрактности. Здесь два наиболее существенных момента.

Первый из них — в том, что по мере правового прогресса складываются юридические конструкции *общего значения*, такие, в частности, как конструкции абсолютных прав, автоматического действия, требование в порядке регресса, реституция, или даже, казалось бы, такие простые юридико-технические приемы построения в области права, как «исчерпывающий перечень», «общее с исключениями».

Другой момент не менее важный. Это формирование на основе и в связи с юридическими конструкциями *специфических принципов права*, которые напрямую входят в материю права, обогащают ее, характеризуют ее содержание с весьма существенных сторон интеллекта и духовной жизни и в связи с этим степень ее развитости, совершенства.

Речь при этом идет не об общих положениях, вырабатываемых на базе одних лишь теоретических концепций «за письменным столом» и затем включаемых законодателем в тексты нормативных актов (хотя и они могут влиять на правовую материю), а о правовых идеях, которые выражают *разумную суть* юридических конструкций и которые в ходе самого правового развития так или иначе объективируются, приобретают самостоятельное юридическое значение непосредственного основания решения жизненных ситуаций. Таковы, например, принцип общей оговорки, презумпция виновности по гражданско-правовым деликтам (замечу, что подобные принципы во многом и раскрыва-

ют реальное юридическое содержание прецедентного права – то, что выражено в *ratio decidendi* судебных решений, имеющих прецедентное значение).

Прошлое науки и практики? Их настоящее? Будущее?

Разработка юридических конструкций – это во многом заслуга юридической догматики, аналитической юриспруденции, причем в основном отраслевых юридических дисциплин (цивилистики – гражданско-правовых знаний, науки уголовного права, процессуальных дисциплин). Анализ той или иной группы юридических норм, принципов и правоотношений, относящихся к определенной категории юридических дел, по существу, как правило, и представляет собой вычленение и проработку своеобразной юридической конструкции. И хотя такая проработка ограничивается в аналитической юриспруденции по большей части формально-логическим анализом и соответствующими выводами, сама фиксация определенного правоотношения, состава преступления, особой процессуальной процедуры, юридической природы того или иного явления – это по существу не что иное, как констатация, обособление и известная формально-логическая характеристика своеобразной юридической конструкции – типовой связи прав, обязанностей, ответственности, юридических фактов.

С горечью приходится констатировать, что именно эта сторона юридических знаний нередко оценивается как «формалистика» и «схоластика», всего лишь «техника юриспруденции», будто бы в чем-то необходимая для текущей юридической практики и правового обучения, но все же не более чем сугубо описательный материал невысокого науковедческого уровня. Словом, на фоне стремительного развития современной науки – ее своего рода законсервированное, весьма ограниченное, убогое прошлое.

Да, аналитическая юриспруденция и выработанные ею юридические конструкции – это в немалой мере «прошлое». Но это такое «прошлое», которое оправдано требованиями цивилизации, имеет *оптимистическое будущее* – весьма многообещающую перспективу и которым наука может *гордиться*. Аналитическая юриспруденция содержит не только отработанные фактические материалы, искусно отработанные на формально-логическом уровне, и накопленные на этой основе ценности познавательной и регулятивной культуры (в том числе утвердившиеся еще в Античности и оправдавшиеся в многовековой истории), но и исходные, стартовые данные, которые *открывают оптимистическую восходящую перспективу*

*развития правоведения как истинной высокозначимой науки. Ибо юридическая догматика уже нашла и во многом обрисовала центральное звено плодотворных научных разработок и в настоящем, и в будущем — юридические конструкции и специфические правовые принципы. То есть как раз то звено, которое *только и может* определить в области юридических знаний плодотворное восходящее развитие¹.*

Нужно только в качестве следующего шага в самой постановке данной проблемы перевести характеристику правовых явлений на уровень их трактовки в качестве правовых средств, увидеть здесь наряду с формальной логикой также и логику права, а главное, концептуально *настроиться* на то, что именно таким путем, в основном через юридические конструкции, только и возможно вывести юридические знания на уровень, соответствующий требованиям современной эпохи, и, значит, на уровень максимально высокого их служения практике, решения сложных жизненных проблем.

Своеобразной же вершиной в перспективе данной проблематики станет (на мой взгляд, неизбежно станет!) выделение в сфере юриспруденции не только учреждений юридической практики (судов, прокуратуры и др.) и учреждений науки, юридического образования, но и — на их основе — *конструкторских институтов и бюро по праву*, призванных вырабатывать оптимальные юридические конструкции, которые способны решать самые сложные жизненные проблемы.

Упущенные шансы

Принципиально важно знать, что уже сейчас накопленные в юриспруденции данные о юридическом инструментарии позволяют решать многие из современных жизненных проблем, иногда весьма сложных, острых, порой ключевых в нашей практической, деловой жизни.

¹ По данному вопросу нет необходимости уточнять авторскую позицию. Мне и ранее не раз доводилось писать о необходимости использования данных аналитической юриспруденции в правовых исследованиях самого высокого ранга — философских и по социологии права. И что в связи с этим следует рассматривать «юридический позитивизм», с одной стороны, а с другой — философию и социологию права в качестве единой системы правовых знаний. Теперь же, после более основательного изучения вопросов материи права и особой юридической логики, вопрос ставится иначе. Данные аналитической юриспруденции (в особенности относящиеся к проблематике юридических конструкций) — это *есть единственно возможное начало истинно научных и вместе с тем высоко значимых практических исследований в области права. Причем такое начало, в котором уже наличествует главное — фундамент и определившаяся перспектива дальнейших углубленных проработок.*

Вот одна из них — проблема приватизации, по всем данным, действительно, ключевая, решающая, крайне острая и трудная в российской действительности.

В самом деле, когда в начале 1990-х гг. начались «кардинальные реформы» в экономике, предстояло решить, как, каким путем, при помощи каких экономических институтов и юридических средств перейти от экономической системы, построенной на тотальном огосударствлении, когда все народное хозяйство выступает в качестве «одной фабрики», к продуктивному, конкурентному, товарно-рыночному хозяйствованию, построенному на частной собственности, ее стимулирующей роли.

Увы, судя по всему, «кардинальные реформы», начатые в 1992 г. в России, происходили в отсутствие такой последовательно научной и основательной проработки механизма приватизации. Разом решалась кардинальная, во многом политизированная задача — наряду с повсеместной отменой государственного управления в народном хозяйстве и созданием известных элементов рыночной инфраструктуры (коммерческих банков, бирж) как можно быстрее преобразовать государственные социалистические предприятия в акционерные общества и таким путем в короткие сроки выйти на уровень передовой капиталистической экономики.

Надо признать, что возможность с помощью одних лишь правовых средств преобразовать социалистическое государственное предприятие как таковое (всего лишь частичку «одной фабрики» в масштабах всей страны) в нечто качественно иное, противоположное — частнособственническую коммерческую организацию — проблематична в принципе. А если это возможно, то адекватно ли поставленной задаче использование сразу конструкции «акционерное общество»? Ибо по своей экономической и юридической природе институт «акционерное общество», сложившийся в развитых капиталистических странах для концентрации капиталов, обеспечения рационального управления и свободного движения имущественных прав в отношении уже существующей акционированной («складочной») собственности, ни с какой стороны (кроме одного пункта, о чем дальше) не приспособлен для преобразования собственности. Тем более такого коренного, как переход от всеохватной государственной собственности к собственности частной, когда бы раскрылась ее мощная стимулирующая роль в производстве.

Отсюда и то, что кампания по «сплошному акционированию» в России, проведенная в 1992–1996 гг., обернулась в основном сменой выведе-

сок, всевластием руководителей предприятий (объявленных коммерческими обществами) да тем еще, что бывшие государственные предприятия стали объектом свободных, нередко спекулятивных операций, связанных с продажей и покупкой акций, подчас силовых захватов, переделов собственности, а также ликвидации или консервирования по жестким законам конкуренции.

Вот и получилось, что проведенная «приватизация», хотя и дала некоторые позитивные результаты в области рынка, не только не устранила действительного государственного владычества в хозяйстве и не дала частнособственнических стимулов в производстве, но именно через «вольный простор» при продаже и покупке акций открыла благоприятные возможности для овладения и передела собственности сильными мира сего — в основном выходцами из комсомольско-партийной номенклатуры, чиновничества, криминальных кругов, спекулятивных элементов — и отечественных, и зарубежных.

В итоге — непрекращающееся кризисное состояние экономики и социальной жизни, смягчаемое фантастически благоприятной внешнеэкономической конъюнктурой при реализации углеводородного сырья — нефти и газа, а отсюда — утрата перспективы успешного собственного постиндустриального, инновационного экономического и социального развития страны, формирование строя номенклатурного (корпоративно-олигархического), полукриминального и одновременно полугосударственного капитализма.

Но, быть может, вообще нет надежных и плодотворных способов и в особенности каких-то юридических конструкций, которые бы смогли обеспечить успех приватизации в обстановке, характерной для советского общества, тотально огосударственной экономики?

Нет, положение дел здесь принципиально иное.

Как раз опыт первых лет отечественных преобразований (1989—1990 гг.), ныне в большинстве случаев трактуемый как некие «полумеры», показал, что есть способ, выработанный в то время, который дал воодушевляющие результаты.

Это способ приватизации, основанный на аренде (да, да, именно аренде!), относящийся к «классике» построения и преобразования правовых связей в области имущественных отношений, хотя и со своеобразной вариацией.

Казалось бы, ну что тут особенного — аренда и есть аренда, временное пользование чужим имуществом, известное с глубокой древности (вспомним, одна из разновидностей найма по древнеримскому частному праву, *locatio-conductio rei* — наем вещей). Возникает сомне-

ние, какая может быть приватизация: при аренде в условиях тотального огосударствления сохраняется система подчинения арендаторов ведомствам, чиновничеству.

Но суть дела в том, что аренда включает т р и принципиально новых момента. Во-первых, это вещные элементы (что является, наряду с собственностью, условием самого статуса «хозяина», хозяйской самостоятельности и особой защиты прав владельца имущества). Во-вторых, и это главное, в аренде 1989–1990 гг. наличествовала своего рода изюминка, упомянутая «вариация». В соответствии с логикой аренды, ее вещными элементами и с тем порядком арендных отношений, который был разработан в то время, *вся продукция, произведенная на арендованном имуществе государственного предприятия* (еще раз, внимание!) *ст а н о в и л а с ь с о б с т в е н н о с т ь ю* арендаторов – граждан или их групп как частных лиц. В том числе (и тут третий принципиально важный новый момент) и работников предприятия, заключивших арендный договор, которые в этом случае образуют самостоятельное, независимое ни от кого юридическое лицо – организацию арендаторов.

При такой модели арендных отношений (даже в обстановке тотального огосударствления!) происходит формирование на базе государственных имуществ *частной собственности непосредственно в производстве*, причем – и это в высшей степени важно – *в труде*, когда обретаемая собственность является *заработанной*. Это (как и возможность выкупа арендованного имущества) резко активизирует труд и его организацию, приводит к значительному повышению производительности труда и, что особо существенно, к тому, что доходы арендного предприятия, обретающие статус частной собственности, обращаются в основной своей части на модернизацию производства, инновацию, приобретение нового оборудования, освоение передовой технологии, секретов маркетинга (надежное, безошибочное свидетельство того, что тут настоящая, полнокровная частная собственность).

И вот результат. После введения такого рода арендных отношений сразу же, в 1989–1990 гг., *начался заметный и все возрастающий рост производства в тех секторах народного хозяйства, где получили развитие арендные предприятия. И отсюда – что особо существенно – формирование малого и среднего бизнеса, основы продуктивной частнособственнической, конкурентной («рыночной») экономики и среднего класса в социальной структуре общества.*

Истории еще предстоит ответить на вопрос, что стало главной причиной того, что нарастающий процесс формирования арендных

предприятий, а отсюда – свободной частной собственности в производстве был вскоре, уже в 1991–1992 гг., прерван. То ли тут решающее значение приобрели акции чиновничества, нутром почувствовавшего, что именно с этой стороны грядет крушение основы их благополучия – монопольной государственной собственности в экономике. То ли роковую роль сыграли «кардинальные реформаторы», вознамерившиеся с опорой на власть путем сплошного акционирования разом оказаться в развитом капитализме передового образца (по инициативе с этой стороны в 1992 г. все арендные предприятия президентским распоряжением были преобразованы в акционерные общества).

Но что было, то было. Шанс резко активизировать производства на основе частной собственности (активизировать не одним лишь путем неких иностранных инвестиций, а прежде всего через собственный потенциал разума и труда) и создать основы свободной частнособственнической конкурентной экономики оказался упущенным. Причем в обстановке, когда (и это уже реально происходило) возможен был переход от арендных предприятий к иным видам коммерческих организаций, в том числе и к акционерным обществам.

Только в начале 2000-х гг. в России начали приниматься меры по структуризации созданных ранее акционерных обществ, по внедрению в эту сферу корпоративных принципов, созданию эффективных товаропроизводителей, чтобы реально осуществить именно ту задачу, которую как будто бы и призвана была решить ранее проведенная «приватизация».

Урок? Да, урок горький, поучительный.

Но, увы, как у нас повелось, урок оказался (и до сих пор оказывается) «не впрок».

В середине 1990-х гг., когда уже стали очевидными неблагоприятные результаты «приватизации» в промышленности, история повторилась. При попытке перевести на частнособственническую основу советское «колхозно-совхозное» сельское хозяйство (действительно, корневая проблема экономических преобразований в нашей стране) вновь негативную роль сыграла неотработанность юридических механизмов. Результатом «приватизации» здесь стало не абсолютное вещное право – основа статуса «хозяина» (право собственности и его производные, такие как право пожизненного наследуемого владения), а «доля в праве» (земельная доля) граждан в объединениях, фактически владеющих землей. Но эта конструкция, «доля в праве», относится по своей сути к построениям обязательственного порядка, непо-

средственно не выраженным в вещных отношениях, которые только и могут стать основой статуса «хозяина».

Вот и получилось, что такого рода преобразования привели не к утверждению продуктивных частнособственнических начал в сельском хозяйстве, а к процессам, аналогичным тем, которые происходят в по-большевистски акционированной экономике, — к продажам и скупкам «долей в праве», в итоге — к переделу земельной собственности, сосредоточению ее у бюрократического чиновничества, «новых латифундистов», выходящих из номенклатуры, криминальных кругов.

А отсюда такой вывод. Наряду с некоторыми другими просчетами в реформировании экономики очевидна цена нашего невежества в юридической области, большевистского неуважения к праву, пренебрежения юридическими знаниями, инструментальным богатством юриспруденции и, следовательно, пренебрежения теми возможностями, которые открывает отработанный юридический инструментарий для решения наших жизненных проблем.

Не дают ли приведенные данные возможность сделать выводы и более основательного порядка? Выводы о том, что решение актуальных проблем нынешнего времени не должно ограничиваться одними принципиальными вопросами теории экономики, политики, государственного и правового устройства. В современных условиях, быть может, главное — это по-настоящему конструкторская работа, выработка оптимального инструментария решения актуальных проблем. А в связи с этим есть предпосылки и для выводов о содержании наук, затрагивающих экономическую сферу. О том, в частности, что пункты средоточия отработанного конструктивного инструментария при решении экономических и социальных проблем — это не одни только экономические дисциплины (как принято повсеместно считать), а в единении с ними в первую очередь науки юридические — правоведение.

И если эти выводы сделаны обоснованно, то, спрашивается, не являются ли именно юридические конструкции (а стало быть, и все право в его конструктивно-математическом понимании) фокусом и, не исключено, одним из главных направлений научной и практической созидательной деятельности на пути формирования передовой инновационной экономики и всего современного гражданского общества? Общества, которое является «гражданским» во многом именно потому, что оно призвано быть п р а в о в ы м.

ГЛАВА ШЕСТАЯ ЛОГИКА ПРАВА

Мир права. Формальная логика и логика права

По самой своей природе и практическому назначению позитивное право как нормативное образование призвано вносить в общественную жизнь предельную определенность и в силу этого выступать в виде логически стройной и законченной, непротиворечивой и последовательной системы норм, принципов, институтов и отраслей. Стало быть, позитивное право — это *логическая система*, которая должна соответствовать требованиям *формальной логики* или, шире, математической (символической) логики¹. Потому-то выводы, вытекающие из норм права, должны выражаться не в вольных и неопределенных суждениях, а, как уже говорилось ранее, в строгих, безальтернативных заключениях: только «да» или только «нет».

С этой точки зрения право, его догма, является *царством формальной логики — своего рода математикой в области права, в практической деятельности юристов*. И, соответственно, методы, используемые в аналитической юриспруденции, предметом которой и является догма права, близки к тем, которые относятся к математической логике и математическому мышлению. А отсюда и фокусом работы по совершенствованию законодательства и практики его применения во многом является повышение уровня «формальной логичности» данной юридической системы, ее подразделений, устранение существующих здесь противоречий, нестыковок, несогласованностей, словом, достижение предельно возможного совершенства действующего права с точки зрения формальной логики.

Вместе с тем характеристика права как логической системы не исчерпывается тем, что оно, как никакое иное социальное явление, воплощает в самой своей органике требования и правила формальной логики и подчиняется математическим методам, но также подразумевает, что ему *присуща своя, особая логика — логика права*.

¹ См.: Лобовиков В.О. Математическое правоведение. Ч. 1: Естественное право. Екатеринбург, 1998. С. 17.

Что это такое, логика права? Общим образом — это математического типа специфические закономерности права как своеобразной (в чем-то парадоксальной) объективной реальности. Стало быть, закономерности не в виде тенденций или направлений развития. И не в виде регулятивных особенностей, выходящих на область практической юриспруденции. Хотя, надо заметить, и там, и здесь она, особая юридическая логика, проявляется, дает о себе знать.

Логика права — это *строгая логика жизни права*, то, что выражает закономерности его бытия и функционирования, раскрывающихся непосредственно в правовой материалистической реальности. Причем так, что определенные факты, процессы в материи права неизбежно, неотвратно ведут к другим фактам и процессам или даже к явлениям высокой юридической и социальной значимости — предопределяют их историю.

Существование логики права в указанном выше значении сопряжено главным образом с тем, что право — это особый мир, удивительно своеобразный и уникальный в окружающей нас действительности, — мир права. Одна из наиболее существенных особенностей этого особого «мира», наряду с другими важными характеристиками (о некоторых из них — дальше), заключается в том, что в отличие от других сфер действительности, представляющих собой *сущее*, для мира права (которое тоже является фактом наличной реальности) характерно *долженствование*, выраженное в нормах. Юридические нормы, образующие позитивное право, «говорят» не только и под известным углом зрения даже не столько о том, *что есть, реально существует*, а о том, что *должно быть*.

Эта черта позитивного права и, во всяком случае, сама по себе нормативность послужили основой для «чистой» теории права (наиболее последовательно изложенной в концепции Г. Кельзена) — теории нормативизма, в которой также обосновывается своего рода логика — логика норм, каждая из которых выводится из другой, вышестоящей, вплоть до верховной, основной нормы.

Философская и общетеоретическая ограниченность теории нормативизма, особенно в ее крайних, чистых вариантах, к сожалению, привела к тому, что многие гуманитарии, в том числе и правоведы, при научном истолковании права теперь вовсе не принимают во внимание то действительно важное обстоятельство, что право относится к сфере долженствования.

Между тем суть вопроса в данном случае заключается не в том, чтобы признавать или не видеть отмеченную особенность (принадлеж-

ность права к сфере долженствования – характеристика очевидная), а в том, чтобы в полной мере учитывать *исключительное своеобразие мира права*, в котором *долженствование приобретает о с о б ы й х а р а к т е р*.

В чем заключается этот особый характер долженствования, свойственный миру права? Причем «особый» настолько, что с переходом человечества в условия цивилизации у общества не оказалось иного выхода, кроме как «вызывать к жизни» позитивное право. Ибо нормативные регуляторы, сложившиеся в первобытном обществе (такие как обычаи, традиции, нормы первобытной морали и др.), оказались неспособными обеспечить в новой обстановке надлежащую упорядоченность социальной жизни, ее нормальное, по требованию того времени, существование и развитие. При этом «должное», характерное для мира права, призвано и в изначальном своем виде, и в процессе перехода в фактическую действительность *реализовать предназначение права*, в том числе с регулятивной стороны. И, значит, помимо всего иного (которое, впрочем, как мы увидим, имеет решающее значение), обеспечить предельную определенность складывающихся фактических отношений, а также прочность, надежность гарантий и преимуществ, которые дает право людям¹.

Итак, для позитивного права как своеобразного социального явления характерны одновременно «две логики».

Одна – формальная логика.

Другая – особая логика права.

Они существуют в области юриспруденции одновременно и параллельно, хотя и в известной внутренней связи. В частности, тут наличествует такое соотношение: чем совершеннее позитивное право с формально-логической стороны, тем полнее раскрывается специфическая логика права. Более того, логика права только и возможна тогда, когда в нормативном образовании, именуемом «правом», всецело царствует логика формальная. И потому, помимо всего иного, логика права, выражая жизнь этого социального феномена, ни в самой малости не может «отменить» или «перекрыть» все то, что относится к формально-

¹ Заметим, что для мира права характерна и реальность («сущее»), характеризующая зримыми, осязаемыми внешними признаками, с которыми сопряжено само бытие позитивного права. Это источники права, то есть внешние формы права, в первую очередь писанные нормативные юридические акты (законы), в силу которых должное в праве обретает строго юридический характер и сообразно этому оснащается системой правовых средств, придающих позитивному праву предельную определенность по содержанию, а также прочность и надежность свойственным праву гарантиям и преимуществам для людей.

логическим характеристикам права как действующей в соответствии с требованиями законности нормативной системы.

Теперь наступила пора непосредственно обратиться к логике права, ее проявлениям.

Логика права — разные порядки

Особая логика права дает о себе знать даже если оставаться в пределах одной *только догмы права*. Она, например, проявляется, когда наряду с понятием «право» формулируется понятие «правовая система». В самом деле, почему, спрашивается, только три правовых явления — собственно позитивное право, правовая идеология и юридическая практика — образуют некоторое единство и в своем единстве характеризуют особенности права данной страны? Потому что, как свидетельствует подробное рассмотрение данной проблемы, это элементы «активные», являющиеся источниками юридической энергии, основаниями, так или иначе определяющими правомерность или неправомерность поведения субъектов. Но такого рода критерии и выражают как раз особые жесткие закономерные связи в праве (именно в праве и нигде более!), которые и являются «логикой», то есть такими жесткими закономерными связями, которые сообразно специфике данного предмета неумолимо «ведут» (не могут не вести) к наступлению предопределенных ими последствий.

А почему, продолжим рассуждения, элементами первичной единицы правовой материи — нормы права, ее структуры (заметим, *логической* структуры!) являются гипотеза, диспозиция, санкция? Ответ на поставленный вопрос аналогичен. Потому, что речь идет о праве, о его способности даже на элементарном уровне осуществлять юридическое регулирование, отличающееся твердостью, определенностью по содержанию, государственной гарантированностью, то есть осуществлять регулирование сообразно особой логике — логике права.

Но все то, о чем только что говорилось, — это проявления особой, юридической логики именно в пределах догмы права, где в среде формально-определенных норм, выраженных главным образом в законах и в судебных прецедентах, в общем властвует формальная логика. Здесь по большей части юридическая логика выражается в структурных (онтологических) особенностях права. И это вполне объяснимо хотя бы потому, что в догме права реальность правовых явлений, их особенности как объективной данности обнаруживаются наиболее отчетливо, зримо.

Но когда расширяется угол зрения и когда в связи с этим вырисовывается все богатство юридических средств, то открывается *новый порядок (уровень)* логики права – раскрываются новые глубокие пласты юридической материи, в том числе те, которые характеризуют право в движении, в процессах, где отдельные правовые явления сцепляются, синтезируются и где на первое место выступают и приобретают доминирующее значение своеобразные черты права.

Здесь можно выделить две основные черты такого более высокого уровня логики права.

Первая из них – это то, что на указанном уровне с большей отчетливостью раскрывается заложенная в правовой материи «заряженность» («заданность») на *становление юридически должного фактической реальностью*.

Это, например, последовательная связь между юридической нормой, юридическим фактом, правоотношением и его фактической реализацией (послужившая основой для выработки понятий «механизм правового регулирования» и «правовые средства»). Известно, что норма права срабатывает только при наличии юридического факта, когда появляется правоотношение. А уже правоотношение, его элементы – субъективные права и обязанности – реализуются нередко при помощи многих иных правовых средств.

Например, нормы пенсионного законодательства срабатывают и порождают правоотношение – реальные права пенсионера и обязанность учреждений социального обеспечения выплачивать ему суммы пенсий – только тогда, когда наличествуют определенные, предусмотренные законом факты – возраст, трудовой стаж и состоявшееся решение учреждения социального обеспечения. Наконец, пенсионные права с помощью административных органов (а порой и суда) реализуются в жизни и пенсионер в итоге получает определенную сумму пенсии.

И вот как раз при широком подходе к материи права весьма отчетливо обнаруживается, что юридические нормы *не могут не быть* заряженными правоотношениями, а те в свою очередь – заряженными актами реализации. Потому-то в своей последовательной связи они и образуют своеобразную логическую цепь – механизм правового регулирования. В глубоких пластах правовой материи, как становится все более ясным, существует нечто такое (логика!), что закономерно *ведет* к следующим звеньям цепи правовых явлений, а в конечном итоге – к определенным, как бы заранее «запрограммированным» результатам.

Весьма убедительно своеобразие «должного» в праве показал И.А. Покровский. С его точки зрения, право «есть не только явление из «мира сущего» (из мира того, что реально есть. — С.А.), но оно в то же время и некоторое *стремление* в «мир должного». Оно есть не просто социальная сила, давящая на индивидуальную психику, а сила стремящаяся, ищущая чего-то вне ее лежащего»¹.

Здесь, кстати, наглядно проявляются своеобразные черты действующего права (допустим, в отличие от исторических документов — ранее действовавших законов или проектов законодательных документов). Юридические нормы складываются, издаются или признаются, вводятся в действие именно для того, чтобы содержащиеся в них положения о должном становились при наличии определенных условий реальностью, фактически воплотились в действительность. «Заданность на реальность» является важнейшей специфической чертой долженствования, характерной для позитивного права (как права действующего).

Под данным углом зрения существенное значение имеют отмеченные ранее структуры, характеризующие глубины правовой материи (особенно такие, как юридические конструкции и специфические правовые принципы), когда отдельные явления, процессы в праве сцепляются, синтезируются и рассматриваются в движении и когда открывается перспектива понимания того, к чему все же *ведет* в конечном итоге логика права в таком высоком значении.

Вот тут юридическая логика высокого порядка находит выражение еще в следующей — в т о р о й — ее черте (кроме *заряженности на реальность*), характерной для мира права.

Эта особенность специфической логики права, имеющей в высшей степени важное значение для понимания места и роли права в современном мире, требует особого, самостоятельного рассмотрения. О ней сейчас и пойдет речь.

Парадоксальная грань долженствования в праве

Здесь прежде всего нужно припомнить, что самые глубины и своего рода сквозной стержень правовой материи образует «троица» — позитивные обязывания, запреты и дозволения.

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 60. И далее, на с. 61: «...всякая норма права предстает нашему сознанию не только с точки зрения ее «данности», но и с точки зрения ее «должности»; мы не только стремимся ее познать как она есть, но в то же время оценить, как она должна быть».

И, строго говоря, характерная черта мира права — долженствование (и особенно «заряженность», заданность права на воплощение должного в фактическую реальность) напрямую относится к двум составляющим этой «троицы» — к позитивным обязанностям и запретам. В качестве прямых их аналогов выступают *предписания* в точном значении этого слова, то есть *юридические обязанности*, предписывающие активное поведение (позитивные предписания) или запрещающие поведение известного рода (юридические запреты).

Но ведь есть еще третья составляющая «троицы» — д о з в о л е н и я! И спрашивается: как с учетом этого понимать главную особенность мира права — долженствование?

Тогда-то, при таком повороте в самой постановке проблемы, и оказывается, что своеобразная юридическая логика во многом связана не только с заряженностью права на реальность, но и с тем, что относится к юридическим дозволениям. И, значит, с тем, что наряду с ранее отмеченными особенностями есть еще один аспект долженствования в праве (на что, к сожалению, даже последовательные сторонники нормативизма не обращают внимания, хотя здесь — одна из принципиально важных особенностей права, намечающих путь к пониманию самых его глубин, его смысла).

Это то обстоятельство, что *долженствование в праве охватывает не только, а при развитых юридических формах, пожалуй, даже не столько свои прямые юридические аналоги — предписания* (то, что в самом точном значении является «должным» — юридические запреты и позитивные обязанности). *Долженствование в праве* (прошу внимания!) *охватывает нечто, на первый взгляд с ним противоположное, даже несовместимое, — д о з в о л е н и я.*

Отсюда своеобразие юридической материи, которая выражается не только в предписаниях к активному поведению и в запретах, но и в *юридических возможностях*. Более того, с точки зрения специфики — *прежде всего* в юридических возможностях. То есть в субъективных юридических правах, представляющих удивительный сплав «должного» и «возможного», точнее, такого «должного», которое обращено к государству, к действующему правопорядку, а для субъектов выступает в качестве принадлежащих ему субъективных прав.

И тут мы выходим на одну из главных, определяющих проблем правовой теории — ту, которая в этой книге названа *тайной права*.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ О ТАЙНЕ ПРАВА

Правовой массив и логика права

По широко распространенным (и в принципе верным, очевидным) представлениям, позитивное право призвано упорядочивать жизнь общества, быть средством налаживания порядка и дисциплины. И потому право согласно таким представлениям состоит в основном из строгих юридических предписаний — обязанностей, запретов, юридической ответственности.

Подобные представления во многом соответствуют действительности. Предписания, запреты, ограничения, императивные обязанности, юридическая ответственность, жесткие процедуры образуют основной массив содержания права, его структуры. В странах с авторитарным режимом власти — массив преобладающий.

К этому следует добавить, что и на практике, в наших повседневных делах, при решении большинства жизненных проблем наши встречи с правом затрагивают в первую очередь эту, государственно-принудительную, императивную сторону законов, деятельности суда, других юридических учреждений по обеспечению должной организованности, порядка и дисциплины в обществе. Не случайно при обсуждении правовых вопросов речь прежде всего идет о правовом порядке, о законности, о юридической ответственности. Да и само понятие «правовые средства» сложилось в связи с властной, государственно-обеспечительной деятельностью государственных органов.

Но почему же тогда право называется п р а в о м?

Тут-то мы и сталкиваемся с тем, что может быть названо тайной права. «Тайной» потому, что вопреки фактическим реалиям, очевидным фактам, свидетельствующим о превалировании в материи права юридических обязанностей, запретов, ответственности, *правовая материя так «построена» и так «настроена», что само ее существование и функционирование связаны именно с субъективными правами участников общественной жизни — правами отдельных субъектов, мерой их собственного, свободного поведения.* И это характерно даже для обществ

с авторитарной властью, тоталитарными режимами. И не только потому, что властные прерогативы правителя — самого авторитарного — это тоже *права*. Главное — это *само строение* права, его *органика*. То, что во всех правоотношениях (в том числе предписывающих и запрещающих) даже при авторитарной власти и тоталитарных режимах частицы правовой материи закручены вокруг субъективных прав.

Стало быть, надо видеть в самой природе права, в его существовании и функционировании нечто такое, что вопреки основному массиву правовой материи выдает ее логику.

Право потому и «право», что оно (закрепленное в законах, иных источниках и выраженное в юридических нормах) по своей глубинной сути и предназначению *говорит о правах*.

Это значит, что *субъективные права, то есть правомочия, юридические возможности, которыми вместе с соответствующими гарантиями обладают конкретные субъекты, есть своего рода центр, узловой пункт* содержания права, его структуры (именно как права!). К нему, этому узловому пункту, стягиваются все нити правового регулирования, все частицы, атомы правовой материи, из которых в совокупности складывается исконное правовое содержание, его структура.

И именно здесь, в отношении субъективных прав, и строится *правовая логика*.

С особой выразительностью эта особенность логики права дает о себе знать тогда, когда правовая материя рассматривается на уровне ее совершенного развития — юридических конструкций (и специфических правовых принципов). Если обратиться к тем элементарным примерам, которые ранее были приведены при рассмотрении юридических конструкций (гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности; виндикационный иск; арендные отношения в той вариации, которая первоначально использовалась в России при приватизации), то оказывается, что во всех случаях отдельные правомочия, обязанности, гарантии, другие элементы каждой из этих конструкций выстраиваются так, чтобы *благоприятствовать правам* тех или иных лиц — потерпевшему при возмещении вреда, собственнику при виндикационном иске, кредитору в солидарном обязательстве, арендатору при арендных отношениях в упомянутой вариации (да так, что формируется принципиально новая собственность в производстве) и т.д.

Даже конструкции составов преступлений в уголовном праве, во многом определяемые социальной значимостью тех или иных отноше-

ний, началами справедливости, дифференцированного подхода, многими другими факторами, *устремлены* на то, чтобы определение и реализация ответственности за преступление выступали в качестве строго определенных *прав* тех или иных учреждений и лиц (и плюс к тому существовали бы еще и права лиц, привлекаемых к ответственности за общественно опасное поведение).

Еще более существенным следует признать то обстоятельство, что и в *динамике права* обнаруживается «настроенность» правового регулирования на субъективные права.

Например, такого рода вывод следует из характеристики общих моделей правового регулирования — диспозитивной (ее элементы — субъективное право и юридические гарантии) и обязывающей (правовая обязанность и юридическая ответственность). Показательно при этом, что на первый взгляд эффективность и надежность правовых средств обязывающей системы (обязанность и ответственность) весьма высоки. Но при внимательном анализе и по данным практики оказывается, что наиболее эффективной и сообразующейся с самой природой права оказывается другая модель построения правовых средств — диспозитивная, дозволительная, основанная на субъективных правах и гарантиях. В условиях прогрессивного развития общества диспозитивная система включает в решение социальных задач интерес участников общественных отношений (исполнителей). И правовые средства данной группы (право и гарантия), рассчитанные именно на такое включение интереса людей, обеспечивают тем самым высокую степень результативности.

Выходит, юридическая логика, притом логика высокого социального и юридического порядка, дает о себе знать в более сложных связях и соотношениях в области права (нежели в самих по себе структурных его особенностях), в частности в общих моделях правового регулирования — наиболее ярких проявлениях принципиальных особенностей мира права. Тех проявлениях, в соответствии с которыми *сцепления частиц правовой материи сосредоточиваются вокруг субъективных прав, неуклонно и жестко ведут к ним и, значит, ведут к статусу и возможностям людей в обществе*. И, стало быть, можно обоснованно предположить — к тому, что субъективные права и выражающие их юридические структуры *призваны стать доминирующими, главенствующими в праве*.

Чем все это можно объяснить?

Быть может, столь своеобразную логику права поможет объяснить сама практика жизни права?

Шаги к пониманию

На первый взгляд, и практическая жизнь в области права никак не согласуется с ее специфической логикой.

Ведь и факты такой практической жизни — императивные решения судейской власти, юридические обязанности, возложение запретов, всякого рода формалистические сложности и все другое, обычно соотносимое с юридической материей, — явления сугубо деловые, практические. Словом, проза жизни. И все это крайне необходимо для твердых решений конфликтов, строгой определенности складывающихся отношений, их гарантированности и прямо продиктовано требованиями цивилизации.

А тут вдруг (на тебе!) — свобода человека, его самостоятельность, активность, к которым *устремлена* по своей особой логике эта же самая правовая материя!

И существуют, кроме выводов и предположений аналитического порядка (наверное, далеко не во всем бесспорных), безупречные, исторически достоверные фактические подтверждения указанной особенности юридической материи. Это юридические системы Древнего Рима и Англии.

Ведь это только в «золотые века» римской юриспруденции, во II—III вв., в сочинениях и сентенциях выдающихся римских правоведов принципы частного права стали связывать со свободой людей, другими высокими духовными ценностями, утверждать, в частности, что *legum servi esse debemus, ut liberi esse possimus* («нужно подчиняться законам, чтобы быть свободным») или что *ius est ars boni et aequi* («право — это искусство добра и справедливости»). А до этого, на протяжении почти тысячелетия, да и позже, во время формулирования такого рода сентенций вся римская юриспруденция сплошь представляла собой бытовую и деловую прозу — споры по имуществу и сделкам, судебные прецеденты по различным категориям юридических дел, обычаи, законодательные сенатские установления и преторские эдикты по отдельным юридическим частностям и т.д. По сути дела, житейская и официальная практика, юридическая конкретика и казуистика, к тому же по большей части жестко формализованная, причем до такой степени, что формуляры, иски и содержащиеся в них юридические конструкции заслоняли реальную правовую жизнь и деловую практику (по одной из древнеримских сентенций, *quod non est in actis, non est in mundo* — «чего нет в документах, того нет на свете»). И надо же, именно эта многовековая сугубо прозаическая юридическая конкретика —

именно она и ничего более — стала основанием для приведенных выше и иных суждений правоведов, связывающих право со свободой человека, добром и справедливостью!

И то же самое в не менее впечатляющем виде произошло чуть не тысячелетие спустя в Англии. Процесс, начавшийся в глубоком Средневековье, завершился формированием современной развитой юридической системы, отвечающей потребностям гражданского общества Великобритании. До настоящего времени действующая юридическая система этой страны представляет собой в основном сплошную юридическую прозу, юридические дела и судебные прецеденты, относящиеся к собственности, наследованию, контрактам, спорам о качестве вещей и услуг, юридической ответственности за деликты, к всевозможным юридическим конструкциям. Причем в Англии не только нет конституции в современном ее понимании, но и многих других законов, с которыми обычно связывают демократическое развитие (существующие в Великобритании законоположения подобного рода относятся в основном к проблемам публичного права, в немалой мере — средневекового прошлого, касаются пределов власти короля и не формулируют сколько-нибудь общих начал о правах личности, ценностях и принципах демократического права). Определяющие же юридические начала демократического права по большей части оказались в итоге принципами и идеями, заложенными в действующих юридических реалиях, сформировавшимися и утвердившимися в судебной практике, в системе судебных прецедентов (получившей название «общее право»). Притом принципами и идеями, дающими о себе знать с такой последовательностью и юридической определенностью, что, по убеждению многих английских правоведов, эти юридические начала работают ничуть не хуже, а в чем-то конкретней и надежней, чем общие формулировки законов. Потому-то, по убеждению ряда специалистов, и нет крайней нужды в их специальном законодательном формулировании, в разработке и принятии в этих целях специального документа высшей юридической значимости — конституции, без которой, по мнению многих людей, нет действительной демократии.

Но приведенные исторические данные — это не только надежные, на мой взгляд, безупречно точные свидетельства того, что в самой реальной правовой материи действительно заложены высокие общечеловеческие начала (что, помимо всего иного, предопределяет исключительную специфику правовых понятий, входящих в содержание материи права). Не менее важны эти данные и для понимания

того существенного обстоятельства, что именно в праве свобода людей получает реальный и обеспеченный характер и плюс к тому еще сообразно своей неотделимости от «собственного» содержания права, его структуры обретает такие особенности, что она:

во-первых, существует в виде субъективных прав и, значит, всегда в строго определенных границах («мере»), что позволяет *отсечь от свободы и активности человека их крайние, негативные проявления, в первую очередь такие как произвол, своеволие;*

во-вторых, выражается в четкой юридической материи, в ее структурах, юридических конструкциях, которые *позволяют не только делать свободу человека реальной, но и на практике перевести свободу (произвол) людей в деловую активность, в творческое созидательное дело.*

Насколько эти особенности *свободы в праве* имеют принципиальное значение для жизни людей, во многом очевидно. И не исключено, что именно сейчас внимательный читатель увидит в указанных особенностях свободы в праве решающий пункт в понимании того, что определяет миссию права в судьбе, в будущем человечества¹.

И это вполне, как мы видим, оправданно назвать логикой права потому, что именно указанная направленность юридической материи в точности совпадает с общественным прогрессом — с тем, что человеческий род движется — пусть и медленно, с зигзагами, порой с попятными процессами, но все же неуклонно движется — от традиционных к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, к утверждению начал свободы в жизни людей. И что, даже абстрактно рассуждая, не может быть в истории так, чтобы сам ход и направленность общественного развития не сформировали, не выдвинули и не

¹ Данные исторического порядка (в том числе те, которые относятся, например, к восприятию в процессе колонизации в Индии, в ряде других стран передовых юридических форм стран-колонизаторов) свидетельствуют и об органической способности права «настраиваться» на передовые, прогрессивные формы жизни. Такая способность права является довольно сильной и практически реализуемой; и это во многом перекрывает, казалось бы, полярные, на первый взгляд несовместимые, юридические построения, характерные для различных правовых семей. Такая способность права (если верны высказанные предположения) является, с учетом других его особенностей, поистине поразительной, дающей основания для весьма серьезных выводов в теории права. Надо лишь не сводить рассматриваемую способность права к одним лишь велениям и процессам сугубо технического, по-современному технотронного порядка. И в прошлом, и сейчас (а еще более, по всем данным, в будущем) то, что относится к глубоким потребностям и интересам людей как разумных существ, не только является основой стойких, неподатливых элементов в правовой жизни, но имеет также и значительный не просто общечивилизационный, но и *глубинный общечеловеческий потенциал*, которому суждено придать праву еще более высокое значение в жизни людей.

утвердили в социальной жизни особый институт, который с упомянутой логикой на всех языках мира и получил название *права*.

«Второй план» — значительные социальные ценности

Отмеченные в предшествующем изложении характеристики права при всей их немалой, порой возвышенной авторской оценке все же не более чем факт и возможность. *Факт*, что элементы правовой материи стягиваются к субъективным правам. *Возможность*, что с этим фактом связана свобода в праве и, отсюда, оптимистическая перспектива в развитии права, его существенная роль в прогрессивном общественном развитии, в его судьбе.

Конечно, нельзя упускать из поля зрения и того, что отмеченные «факт» и «возможность» по своим потенциям таковы, что они могут быть использованы в негативных целях, сопряжены с явлениями социального регресса, поставлены на службу реакционным силам и целям. Ведь что ни говори, диктаторские полномочия авторитарного правителя могут быть сконструированы таким образом, что они имеют вполне законный характер и в этом отношении согласуются с центральным положением в правовой структуре субъективных прав. Точно так же (как свидетельствует опыт приватизации в России в 1992–1996 гг.) определенный круг правомочий при неразвитой юридической системе может стать звеном в процессе, приводящем к формированию посткоммунистической олигархической социальной системы.

Тем не менее особенности правовой материи, да и общеизвестные исторические данные свидетельствуют о том, что по самой своей природе право *настроено* на прогрессивное развитие — оптимистическую перспективу, отвечающую общим тенденциям развития человеческого сообщества. Что оно, право, и есть то, рожденное самой историей, социальное образование, которое, несмотря на все иные его характеристики (преобладающий массив обязывающе-запретительных норм, сугубо деловая, прозаическая практика), призвано по самому своему существу, своей особой логике служить людям, их достоинству и неотъемлемым правам, их свободе.

Тут есть и весьма впечатляющие свидетельства. Обстоятельный анализ наиболее совершенных юридических структур и конструкций показывает, что в них существует как бы «второй» план — они выражают *передовые идеи*, характеризующие значительные социальные ценности. И, что в высшей степени знаменательно, эти передовые идеи и значительные социальные ценности не являются результатом на-

меренного, заранее рассчитанного включения чего-то «такого эдакого» в ткань правовой материи, а являются результатом спонтанного, само собой идущего развития, отражающего глубинные социальные процессы, и вместе с тем раскрывают принципиальные особенности самой материи права.

Вот несколько иллюстраций на этот счет.

Ранее уже говорилось о том, что одной из отработанных юридических конструкций, сложившихся еще в Античности, в римском частном праве, демонстрирующей свою жизненность и эффективность до сих пор, является так называемая виндикация — истребование имущества «невладеющим собственником» (по терминологии, принятой в юриспруденции) у «владеющего несобственника» — юридическая конструкция, при помощи которой собственник может восстановить свое право даже по отношению к третьему лицу, например по отношению к лицу, купившему, допустим, украденную или утерянную вещь. Почему утвердился такого рода порядок? Только ли потому, что защищается право собственника? Но ведь и «третье лицо», покупатель — тоже собственник, вещь приобретена в соответствии с действующими юридическими нормами, на законном основании. Так почему же тем не менее в ряде случаев предпочтение отдается первому собственнику?

В специальной юридической литературе основания порядка виндикации уже в наше время стали предметом обстоятельных исследований. И когда в качестве исходного пункта в таких исследованиях было взято то обстоятельство, что виндикационный иск удовлетворяется в зависимости от того, выбыла ли вещь из обладания собственника по его воле или вне его воли, стали постепенно выясняться глубокие разумные, духовные, поистине утонченные философские основания рассматриваемого порядка: начала доверия между людьми, риск и ответственность, связанные с таким доверием. Но вот что удивительно. Такого рода основания, их духовная, гуманитарная суть раскрываются только сейчас, в результате современной правоприменительной практики и кропотливой исследовательской работы. Сам же порядок виндикационной защиты права собственности сложился еще тысячелетия тому назад — в практической жизни, в сложных жизненных ситуациях, в отборе вариантов их решения. Именно в практической жизни, без каких-либо специальных предварительных философских разработок, их целенаправленного включения в данную юридическую конструкцию.

Значит, неизбежен вывод: правовая материя (именно материя в развитых формах — юридических конструкциях, иных развитых струк-

турах) является носителем рациональных, интеллектуальных начал, утвердившихся непосредственно в практической жизни.

Такой же вывод следует из углубленного анализа других выработанных на практике юридических конструкций, например ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, — конструкции, также ранее уже упомянутой. Ведь те серьезные рациональные основания существующей в этом случае «ответственности без вины» (да к тому же не непосредственного причинителя вреда, а «владельца источника»), о которых говорилось в предшествующем изложении, раскрываются наукой только в настоящее время. Сам же порядок такого варианта имущественной ответственности также сложился на практике, причем не сразу, а в ходе решения юридических дел, осмысления практики, но, во всяком случае, без какого-либо предварительного проникновения в сложные философские проблемы, которые раскрываются только сейчас.

Еще один пример, в чем-то, пожалуй, рискну сказать, поистине фантастический, когда, казалось бы, сугубо техническая конструкция, известная в юриспруденции с давних времен, касается гуманитарных ценностей, получающих признание только в самые последние годы.

Речь идет о конструкции владельческой защиты, утвердившейся с античных времен в практике юриспруденции. Суть этой своеобразной (даже, казалось бы, нелогичной) конструкции в том, что фактический владелец вещи, независимо от того, есть или нет у него оснований на такое владение, и даже при серьезных сомнениях на этот счет имеет в более или менее развитой юридической системе право на защиту своего владения, в том числе и в отношении законного собственника. Какова причина такого порядка? В этом уже десятилетиями разбирается юридическая наука. Быть может, это просто защита, так сказать, промежуточного порядка до окончательного решения суда? «Неизбежное зло», как полагал знаменитый немецкий юрист Р. Иеринг, в отношении «владельцев неправомерных»? Какое-то иное чисто прагматическое или социальное основание?

Только в XX в. стала обнаруживаться глубокая гуманитарная суть рассматриваемой юридической конструкции (которая по-настоящему, как это ни парадоксально, может быть понята, пожалуй, только сейчас, в наши дни). Вот что сказал наш отечественный правовед И.А. Покровский по этому вопросу: «...для частных лиц фактическое господство владельца должно быть неприкосновенным; этого (внимание! — С.А.) требует растущее уважение к человеческой личности, этого требует истинно культурный строй отношений между людьми».

И далее: «Поэтому, если для Иеринга защита владельцев неправомерных является лишь неизбежным злом... то нам она кажется, напротив, кульминационным пунктом основной идеи. Именно по отношению к этим владельцам принцип уважения к человеческой личности подвергается наибольшему искушению, и потому охрана даже этих владельцев является его наивысшим торжеством». А вот завершающий вывод: «Как бы то ни было, но во всяком случае ясно одно: в институте защиты владения дело идет не о собственности и вообще не о таком или ином имущественном праве, а о начале гораздо более высоком и идеальном — о насаждении уважения к человеческой личности как таковой»¹.

Самое же поразительное, что конструкция «владельческая защита» — это, как принято считать, всего лишь заскорузлая юридико-техническая деталь, некий формалистический изыск, элемент схоластики (надо же! предоставлять какому-то фактическому владельцу защиту даже против «законного собственника!»), да плюс к тому конструкция, сложившаяся в исторических условиях прежних эпох, когда высокие гуманитарные идеалы, «обнаруженные» только в XX в., даже в передовых философских разработках прошлого в лучшем случае только намечались.

Подобные «прорывы в будущее» касаются и юридических разработок современности².

Не менее примечательно то, что даже весьма абстрактные, казалось бы, юридические конструкции содержат значительное интеллектуальное богатство, а отсюда — существенные резервы (нередко не имеющие альтернативы, уникальные), позволяющие решать сложные де-

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 228.

² К приведенным примерам могу добавить свои личные впечатления. При отработке в 1989–1990 гг. юридической конструкции аренды с «вариациями», которая, как оказалось, стала, пусть и на короткое время, весьма эффективным способом приватизации, сама перспектива такого эффекта, могу заверить, в полной мере даже не просматривалась. На соответствующих проработках, проходивших с участием арендаторов, обсуждались в основном оптимальные сроки аренды, порядок использования амортизационных отчислений, ответственность за утрату и повреждение арендованного государственного имущества, его смены, другие преимущественно хозяйственные проблемы. Порядок же приобретения арендаторами «своей собственности» на производимую продукцию рассматривался всего лишь как «деталь» среди иных стимулирующих мер. Но именно эта «деталь» не только резко стимулировала производственную активность, но и оказалась тем ключиком, благодаря которому начался стремительный процесс преобразования собственности — формирование на базе тотально государственной собственности принципиально «другой» собственности, причем в ее оптимальном варианте, собственности частной, складывающейся и функционирующей непосредственно в производстве.

мократические и гуманитарные проблемы современности. Так, оказывается, что конструкция «общий принцип с исключением» — и это уже во многом реализовалось в документах о правах человека — представляет собой по сути единственную правовую форму, обеспечивающую перевод на язык права основных гуманитарных ценностей и идеалов. Конструкция «исчерпывающий перечень» уже сейчас (даже без углубленной ее проработки) справедливо понимается в законотворческой деятельности как правовая форма, которая может служить преградой к произволу, самовластию чиновников и произвольным действиям иных лиц.

Можно уверенно предположить, что развитие юридической науки и повышение юридической культуры в практической деятельности, ее конструктивное совершенствование позволит увидеть существенный интеллектуальный капитал, заложенный во многих других юридических формах, которые раскрывают свою ценность при решении современных задач. В частности, обеспечение независимости и суверенности отдельных лиц (при помощи конструкции «абсолютные права» в различных ее модификациях) или надежное достижение необходимого социального результата минуя бюрократические процедуры (при помощи конструкции автоматического наступления предусмотренных в законе последствий) и т.д.

Несколько «почему?»

Подытожим. И притом в виде вопросов, которые позволят перекинуть мостик к следующей главе книги.

При детальном (и вместе с тем обобщенном, теоретическом) рассмотрении правовой материи обнаруживается ряд поразительно совпадающих моментов, образующих важнейшую сторону собственной логики права. Причем таких моментов, которые при внимательном анализе права, его юридически отработанных конструкций, очевидны. И вместе с тем таких, *оснований для которых в самой материи права нет.*

И на вопрос «почему?» при попытке найти суть таких оснований данные о праве сами по себе (даже при широком подходе к правовой материи) не дают ответа. За исключением общих ссылок на социальный прогресс, на движение человечества к последовательно демократическим цивилизациям и замечаний типа «иного быть не может», что, по-видимому, способно породить представление, особенно у людей, не знакомых детально с тонкостями и практикой юридиче-

ского регулирования, о чуть ли не мистическом характере указанных особенностей права.

В самом деле, *почему*, спрошу еще раз, право повсеместно, на всех языках мира называется словом, совпадающим по смыслу с русским «право», имеющим во всех своих значениях гуманистический оттенок?

Почему в связи с этим своего рода центром материи права (первоначально формировавшейся при неразвитых или отсталых социальных порядках) являются субъективные права?

Почему сама по себе правовая материя, в особенности рассматриваемая под углом зрения юридически совершенных конструкций, раскрывает себя как явление высокого человеческого, гуманистического порядка?

А в связи с этим разве нет какой-то загадки в том, что правовая материя, как свидетельствуют фактические данные, сопротивляется, протестует против ее использования в реакционных, иных неадекватных праву целях? И когда подобное использование правовой материи все же происходит, например при реакционных режимах, она деформируется, не обретает качества *права* в строгом значении, становится одной лишь его *видимостью*.

Или, как свидетельствует жизненная практика, в обществах, в которых нарастают авторитарные элементы, официальная лексика начинает избегать даже самого слова «право» (заменяя его повсеместно термином «закон», который, как известно, может быть и формой государственного своеволия, порой произвола)¹. И напротив, правовая материя сама идет навстречу гуманитарным ценностям: оптимально отработанные юридические конструкции с такой легкостью (с охотой) воспринимают положения, связанные со свободой людей.

Поставленные выше вопросы «почему?» приобретают еще более основательный характер, если согласиться на основе приведенных данных с тем, что в правовой материи заложена *своя заданность*: цепочки правовых средств объективно выстраиваются от одного из исходных начал правовую материя — юридических дозволений — в направлении субъективных прав, свободы и активности людей.

Более того. Свобода в строго позитивном значении как раз и раскрывается через объективное право и, стало быть, выступает в таком виде и облике (в виде и облике *субъективных юридических прав*), когда

¹ Весьма примечательно, что когда в России в 2003–2005 гг. сообразно объявленному принципу укрепления вертикали власти стали все более утверждаться известные авторитарные принципы в государственном управлении, то синхронно, шаг в шаг стал исчезать из официального обихода сам термин «право».

она именно объективным правом «дана». Именно праву «дано» переводить активность людей как разумных существ в творчество, в созидательное дело.

Но если это верно, то наука сталкивается с самой что ни на есть т а й н о й.

Тайной потому, что правовая материя, которая формируется и утверждается по жестким, деловым императивам цивилизации, притом первоначально всегда при неразвитых социальных системах, непосредственно в прозе жизни, в практической жизнедеятельности людей, в лабиринтах и круговерти интересов и страстей, в потоке потребностей практики по решению многообразных жизненных ситуаций, сама по себе не содержит оснований, которые бы могли дать удовлетворительный ответ на выше обозначенные «почему».

Неужели перед нами нечто такое (чуть ли не мистическое), что не поддается научному объяснению? Или такое, что уходит своими корнями в явления по ту сторону представлений о природе (предположение, в особенности в представлении религиозных верований, не лишенное известных резонансов; недаром «правовое», и не только на первых фазах своего формирования, неизменно состыковывается с религиозными началами, со «святым», с верой). Но ведь сверхчувственные, трансцендентные начала касаются совести, добра, раскаяния и Бога, а не свободы во внешних, практических, по большей части сугубо прозаических, грубых отношениях, нередко обители эгоизма и низменных страстей, с которыми имеет дело позитивное право.

Так чем же все-таки объяснить, что материя права, с внешней стороны погруженная в гушу самой что ни на есть прозы жизни и состоящая в формализованных процедурах и порядках, тем не менее *по своей природе, органике имеет некую гуманистическую заданность (заряженность) — устремлена к субъективным правам, свободе человека?*

ГЛАВА ВОСЬМАЯ ПРАВО — ВЫСШЕЕ НАЗНАЧЕНИЕ

Капитал интеллекта

Вполне удовлетворительный и простой ответ на все «почему?», о которых говорилось в предшествующей главе, можно получить, если связать правовую материю с интеллектом людей, с рациональными началами при решении жизненных ситуаций.

Мы уже видели при характеристике наиболее совершенных юридических форм, правовых конструкций, что здесь происходит своеобразное соединение реальности (ее требований), опыта и ума — высокого порядка интеллектуальной деятельности людей. Причем так, что этот сплав воплощается в моделях (типовых схемах), то есть строгих типовых построениях, определяющих статус субъектов, состав и содержание их правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, юридических фактов¹. Характерно, что всяма плодотворный отбор оптимальных юридических решений происходит в прецедентном праве — праве англо-американского типа, когда на основе опыта и судейского анализа происходит своего рода шлифовка прецедентов.

Недаром же в области юриспруденции действуют «мудрецы» — законодатели, судьи, умудренные в юридических делах советники правителей, а в частном праве — искушенные коммерсанты и банкиры, юрисконсульты и адвокаты. Да и само участие государства в формировании и развитии юридических институтов в той или иной мере общает действующему праву отработанность государственных решений, силу коллективного ума.

¹ Знаменательно при этом, что формирование оптимальных правовых средств и эффективных юридических конструкций происходит в обстановке, в чем-то близкой к «естественному отбору», — жесткого столкновения интересов, противоборства всех «за» и «против», процедур опротестования уже принятых решений, их последующего пересмотра — и одновременно в условиях поиска компромиссов, взаимных уступок, мучительной выработки взаимоприемлемых вариантов. К тому же те или иные интеллектуальные положения должны вписаться в уже существующие юридические формы, структуры права, параметры и требования целостного юридического организма как объективной реальности.

Правда, эта же самая зависимость права от государства и от «мудрецов» нередко приводит к тому, что в сферу действующего права вторгается своекорыстие власти, ограниченность и самодурство правителей, невежество законотворцев и судей, промахи и неразвитость науки, а требования реальной жизни блокируются крайностями юридического формализма¹.

Тем не менее в конечном счете – пусть не сразу и не в полной мере – неизбежно срабатывают жесткие законы «естественного отбора» в той, понятно, мере, в какой они характерны и для общества. Вследствие этого материя права, его *corpus iuris* (правовые средства, юридические конструкции, система нормативно-юридического регулирования как таковая), все более становится в области практической жизни людей *средоточием рациональных начал* и таким путем накапливает интеллектуальные, духовные достижения, напрямую затрагивающие практику человеческих отношений.

Так что вполне оправданно видеть в правовой материи то, что в области практической жизни может быть названо и «капиталом интеллекта», и «копилкой ума», и «кладезем рационального». И если не выходить за пределы юридических знаний как таковых, подобные характеристики в общем дают достаточно приемлемые, надо полагать, ответы на поставленные выше вопросы об особенностях права.

Но вот пункт, который все же должен привлечь наше внимание. Думается, вовсе не случайно правоведы – специалисты, постоянно общающиеся с правом, его глубинными ценностями, не ограничиваясь ссылками на «интеллект» и «рациональное», – нередко прямо связывают право с *р а з у м о м*. Причем такую характеристику получают прежде всего юридические системы, отличающиеся совершенством юридического инструментария, правовых конструкций, других правовых структур. Такие системы, как римское частное право, за которым уже давно закрепилось наименование «писаного разума» (*ratio scripta*). Да и сама юридическая деятельность нередко сопрягается в юриспруденции с уяснением «разума законов» (*ratio legis*).

¹ Да и вообще своего рода мудрецы (да еще какие!) встречаются и в реализации права, его применении, когда отработанные, казалось бы, совершенные юридические порядки и процедуры с помощью такого рода мудрецов (работников юридических служб, адвокатуры, прокурорских органов) применяются вопреки своему назначению или, хуже того, в противоправных, преступных целях. Но это уже другой срез действительности, который находится на другом, противоположном полюсе тех реальностей и отношений, о которых идет речь в этой книге.

И вот здесь возникает такой вопрос. Да, в общем плане возникновение и развитие права, как уже говорилось, связано с общественным прогрессом — с тем, что человеческий род движется, пусть медленно, с трудом, но все же шаг за шагом движется от традиционных к последовательно демократическим либеральным цивилизациям, к утверждению начал свободы в жизни людей. И, как уже говорилось, не может быть в истории так, чтобы сам ход и направленность общественного развития не сформировали, не выдвинули и утвердили в социальной жизни особый институт, если угодно, «социальный инстинкт», который с упомянутой логикой на всех языках мира и получил название «право».

И все же не тут ли, в связи права с разумом, кроется и более глубокое, поистине философское обоснование особенностей права, названных в этой работе его «тайной»? И прежде всего понимание: почему в праве, в этой «копилке интеллекта», на первое место выдвинуты именно субъективные права (свобода в праве), а за оптимальными правовыми средствами и отработанными юридическими конструкциями как бы на втором плане просматриваются и другие значительные социальные ценности — духовные, гуманитарные?

Право как явление Разума

В этом параграфе главы делается небольшой экскурс в философскую проблематику — в философию права, с тем чтобы попытаться уже с философской стороны обосновать особенности права, его назначение в жизни людей (и, не скрою, с расчетом главным образом на читателя, имеющего интерес и, возможно, даже склонность ко всякого рода философским премудростям).

При этом придется коснуться, как говорится, высоких материй — хотя бы вкратце, в самом общем виде, без подробных аргументаций и пояснений.

Это значит прежде всего, что здесь речь пойдет о Разуме, так сказать, с «большой буквы» — феномене мирозданческого, вселенского порядка. Стало быть, о самой сути «появления на свет» и бытия людей как разумных существ — о том основательном, первичном и позитивном, что позволяет человеку и сообществу людей (при всей противоречивости разума как психофизического явления) через мысль и волю проникнуть в глубь вещей и процессов, выбирать и решать, познавать и творить, соединяя мечту, духовные ценности,

расчет и созидательное дело. И при этом реализовать свое предназначение как носителей Разума – высшего явления (творения) мироздания, Вселенной.

И вот, по крайней мере, два момента, которые под углом зрения Разума в его таком глубоком понимании во многом помогают с философской стороны понять тайну права, его назначение в жизни людей.

П е р в о е. Разум во всех своих проявлениях – это не что иное, как *свобода* человека. Разум представляет собой способность делать собственный выбор, решать жизненные проблемы *самому*, а значит, способность выйти за пределы жестких, императивных, непререкаемых природных порядков и зависимостей, принимать решения по своему усмотрению, руководствуясь своими размышлениями, идеальными представлениями, принципами, началами. В том числе, к счастью, высокими духовными идеалами, относящимися к основополагающим моральным ценностям внутреннего духовного мира человека (и, к несчастью, порой руководствуясь низменными страстями, пороком и злом, то есть вопреки предназначению права, о чем пойдет речь ниже).

Вот почему именно право с его спецификой, выраженной в дозволениях, субъективных правах, может быть охарактеризовано в качестве *реального бытия Разума*. И отсюда – в качестве такого нормативного образования, в котором *содержится заданная (заряженная) Разумом нацеленность правовой материи в области практических отношений на свободу и активность человека, на реализацию его творческого потенциала*.

И в т о р о е. Именно Разум закладывает в право такую ориентацию, которая находится на другом полюсе по отношению к умным деяниям людей, сопряженным с биологическими и социальными негативами человеческого бытия, что с рассматриваемых позиций изначально и определяет нацеленность правовой материи в области практических отношений не только на свободу и активность человека, но и *на высокие духовные ценности и идеалы, на исключение из жизни людей зла и несчастья*.

Именно в связи с этим получается своеобразное сцепление частиц правовой материи, когда они *объективно, как бы сами собой выстраиваются в направлении субъективных прав* (ее, казалось бы, невесть откуда взявшаяся собственная логика). И это не нечто хаотически случайное и не некое мистическое предначертание, а *впол-*

не понятное, вполне объяснимое проявление высокого, мирозданческого значения Разума, выражением и атрибутом которого является свобода людей.

В научном отношении рассмотрение права под углом зрения Разума позволяет выйти на уровень *математического (инструментально-математического) его понимания*, то есть таких характеристик права, которые в области юридической догматики по большей части выступают в качестве своего рода математического инстинкта, свойственного выдающимся юристам-практикам и теоретикам, а ныне при широком подходе к праву открывают перспективу и на уровне теории основательного и глубокого постижения правовой материи как некоего алгоритма, механизма, призванного служить людям.

Насколько понимание права как бытия Разума, да притом Разума в высоком мирозданческом значении, является существенным, можно пояснить на некоторых данных историко-наукovedческого характера.

Имя великого философа — Иммануила Канта — обычно связывается с его сочинениями, посвященными разуму; главное из таких сочинений — «Критика чистого разума». Но мало кому известно, что по одной, на мой взгляд, весьма обоснованной версии творческого пути философа он *обратился к этой философской проблематике для того, чтобы глубже и основательней разобраться в вопросах права* (и это вполне объяснимо исходя из требований той эпохи — эпохи Просвещения), которые привлекли его внимание при чтении лекций в Кенигсбергском университете в 1780-х гг.

И когда спустя десятилетие И. Кант, проделав гигантскую работу по углубленной трактовке разума, действительно вернулся к вопросам права (реализовав свои идеи в серии статей 1790-х гг.), то одной из основных таких идей стала мысль о необходимости в научном отношении выделять вслед за «чистым разумом» также и *чистое право*, когда и раскрывается его мирозданческая предоснова¹. То есть права в виде идеального образа, «освобожденного» (путем логической операции) от воздействия и влияния чувственных факторов, изменчивых фактических отношений, конкретной цели — от всего того, что к нему в реальной жизни «примешивается». И в практической жизни, говорит Кант, при использовании потенциала права нужно начинать не с материального принципа, не с цели, не с поставленной задачи,

¹ Подробнее об этой версии и разработках И. Канта по вопросам права см.: *Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. М., 1997.*

а с формального принципа, относящегося к праву¹. «Цель же, – замечает в скобках Кант, – может быть какой угодно»².

И вот что поразительно и одновременно закономерно – именно такое («чистое») право, в особенности с учетом его потенций, заряженности на субъективные права, и предстает как явление Разума (или даже, как замечал И. Кант, «самое святое из того, что есть у Бога на земле»).

И здесь, дополнительно к ранее высказанным аргументам, представляется важным сказать еще вот о чем. Необходимость разумного регулирования и разумного управления в обществе, причем таких, когда реализуются самые высокие значения Разума, во все века при всех социальных системах, политических режимах и правителях выдвигалась в качестве неизменно высшей задачи, будто бы при данной власти реально осуществляемой. Да и в жизни во все века все прави-

¹ Здесь допустимо предположить, что перед нами такая сторона критической философии Канта, которая порой в какой-то мере ускользает из поля зрения. Дело тут вот в чем. Нередко чуть ли не вершиной философского мышления при постижении явлений окружающего нас мира выставляется (в недавнем прошлом, в обстановке тотального господства марксистско-ленинско-сталинских догм – императивно) тезис о взаимосвязи и взаимообусловленности этих явлений. Верный и очевидный сам по себе такого рода тезис имеет, однако, ограниченное значение в отношении глубины познания. Взаимосвязь и взаимообусловленность явлений приводит к тому, что каждое из них получает как бы отпечаток от всех других, начинает нести на себе следы других явлений, находящихся с ним во взаимосвязи, и это при всей значимости такой взаимообусловленности становится одновременной преградой к пониманию своеобразия данного явления, его самобытной природы (что в конечном счете не дает возможности в полной мере выявить специфику и существующих взаимных отношений, и взаимообусловленностей). Поэтому есть основания полагать, что критический метод Канта – это способ мышления, в соответствии с которым то или иное явление не только берется независимо от опыта, чувственных факторов, но и вообще предстает в своей собственной плоти, в «чистом виде», вне тех отпечатков, следов, которые оставляют на нем другие явления, предметы, процессы. И такое рассмотрение явления в «чистом виде», в его собственной плоти, когда познавательная мысль отвлекается от опутывающих и затеняющих его связей и влияний, позволяет постигнуть его глубины, его определяющие сущностные характеристики и определения, а затем уже понять все его связи и опосредования, решать другие мировоззренческие и прикладные проблемы (как это мы увидим в отношении права). Этот метод, надо полагать, имеет широкие, далеко еще не использованные наукой возможности, в том числе и при рассмотрении коренных проблем философии. Автор этих строк в свое время имел возможность убедиться в этом, когда при освещении ценности права попытался с предельной осторожностью (неизбежной при отсутствии философских претензий и в условиях всеохватного доминирования марксистского материализма) выйти за пределы жесткой диалектико-материалистической догмы «материя – сознание» и, продолжая придерживаться известных социалистических догм, все же вычленил в качестве «чистых» сфер мироздания следующие сферы или уровни: «Космос – Жизнь – Разум – Общество», каждая из которых не сводима к другой и требует при обилии взаимосвязей особого научного подхода (см.: *Алексеев С.С.* Перед выбором. М., 1990. С. 39–50).

² *Кант И.* Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 449.

тели неизменно изображали и рекламировали свои задачи и решения в качестве единственно разумных. Но никогда, ни при каких социальных системах, политических режимах и правителях такая задача реально, практически не реализовалась и не могла быть реализованной по определению. Ибо какие бы ни предпринимались усилия для того, чтобы регулирование и управление в обществе возвести в ранг «разумного», они неизбежно подвержены воздействию чувственных факторов, влиянию времени, переменчивого опыта, личностных, нередко корыстных мотивов, страстей, иллюзий, догм.

И вот по всем данным, *только право оказалось тем уникальным общественным институтом, который способен в результате опыта, практики, отработки при решении многообразных юридических дел закреплять и накапливать оптимальные (чистые) средства и конструкции, представляющие и на данный момент, и на будущее в качестве явления Разума.*

Конечно же, подобного, *стерильно чистого, права* как некой реально функционирующей юридической системы в нашей земной жизни не было, нет и не будет никогда. Право по самому своему функциональному назначению призвано пребывать в самой гуще сложного, грешного и прекрасного бытия и функционировать в системе реальных, практических жизненных отношений. Оно всегда существовало и неизменно будет существовать в противоречивой паутине экономических, политических, нравственных связей и порядков, в переплетении с ними, во взаимопереплетении с идеологией и властью, а также под воздействием воли и страстей конкретных земных людей, которые в свою очередь подвержены влиянию, проникновению в их духовный мир многообразных чувственных факторов, увлечений, эмоций, заблуждений, иллюзий.

Тем не менее если в ходе и результате научной проработки правового материала не очистить собственную плоть права от всего того, что к нему примешивается (от политики, морали, сугубо субъективных факторов, всего другого, только что упомянутого), то увидеть истинную природу права, его природу как явления Разума совершенно невозможно¹.

¹ Примечательно при этом, что сам вопрос о таком праве (то есть о праве как явлении Разума) появился и потребовал решения в науке именно тогда, когда это оказалось «нужным» Истории. Он не возникал и не мог возникнуть до того, как в человечестве, в его бытии назрела острая необходимость фактического перехода народов к либеральным цивилизациям и сложились предпосылки и условия для этого перехода. Словом, до того, как идеи, дух, идеалы Французской революции (а также первые шаги по конституированию демократической политической системы в Северной Америке и в Европе к концу XVIII в.) не потребовали того, чтобы среди человеческих ценностей в противовес произволу, самочинному господству власти, страстей и капризам правителей бы-

Фундаментальные правовые ценности

Что же принадлежит к собственной (чистой) материи права, которой может быть придано столь высокое значение – значение бытия Разума? Ведь к позитивному праву относится множество реалий: нормы, принципы, акты различных уровней и юридической значимости, их документальное оформление, процедуры, действия по применению и толкованию – вплоть до таких, которые близки к делопроизводству и, действительно, создают впечатление о юридической материи как о некоем канцелярско-подобном, формалистическом участке нашей жизни. Неужели и впрямь все это и есть «бытие Разума» в том высоком значении, о котором говорилось в предшествующем изложении?

И вот тут, при ответе на только что поставленные вопросы, должно быть обращено внимание на *фундаментальные (непреходящие по своей значимости – вечные) правовые ценности*, в которых концентрируется уникальная сила права и которые как раз и представляют собой, по мнению автора этих строк, не что иное, как *объективированный Разум*.

К таким фундаментальным правовым ценностям относится прежде всего характерное для права особое *нормативно-юридическое построение* социального регулирования. То есть сам факт того, что право образует институционное образование, состоящее из постоянно действующих общеобязательных норм, создающих возможность строгой определенности поведения людей, его государственной гарантированности, а также всеобщего регулирования, реализации в нем принципов равенственности, равной меры, ответственности каждого за свои поступки.

Стоит только чуть внимательней приглядеться к этой привычной категории – «юридические нормы» (да еще взятые в систему, в виде институционного образования), как открывается их поистине потрясающее качество. Ведь они, юридические нормы, представляют собой своего рода «модели на вечность». С их помощью оказывается возможным и реальным создать в обществе на основе опыта и разумных решений *надежную, непрерывно действующую непротиворечивую систему поведенческих моделей, способных (при надлежащей организации и состоянии юридической системы) определять поведение людей на неопределенно длительное время вперед и в любых масштабах, охватываемых этой системой*

ло возвышено право как институт цивилизации и был определен образ (понятие) такого права, которое необходимо для новой, либеральной эпохи в истории человечества. Такой образ, которого даже в сугубо практической жизни «требует сам разум», притом «чистый, а ргіогі законодательный разум, не принимающий в соображение ни одной из эмпирических целей» (*Кант И.* Указ. соч. Т. 1. С. 283).

отношений, да притом с возможностью реализации *начал всеобщности, принципа равновесности, равной меры, ответственности*. И все это так (при всех немалых издержках, связанных с возможностью произвольного использования юридического инструментария, вольностей и нелепости), что правовая материя остается неизменно *настроенной* на свободу людей, на их созидательную активность, творчество.

Разве все это не «сам объективированный Разум» в области практической жизни? И какой другой социальный механизм сравним по степени разумности в этом отношении с правом? А если к этому добавить, что уже на самых ранних стадиях цивилизации (да во многом и ныне), когда вся жизнь людей жестко скована непререкаемыми канонами и запретами, право — единственная из форм социальной регуляции, *настроенная на дозволения, на субъективные права, на свободу человека*, то что еще, кроме Разума, может объяснить такое своеобразное нормативно-юридическое построение социального регулятора, недаром именуемого «право»?

Наряду с нормативно-юридическим построением социального регулирования, определяющей фундаментальной ценностью являются *специфические правовые идеи и принципы*.

Важно сразу же заметить, что речь в данном случае идет не о любых представлениях по юридическим вопросам, а о *специфических* идеях и принципах, которые основаны на правовых понятиях, выражающих в обобщенном виде своеобразие правовой материи.

А теперь о том главном, что характерно для фундаментальных правовых ценностей.

Отмечая значение для права нормативно-юридического построения и специфических правовых принципов, следует отнести к фундаментальным правовым ценностям и *юридические конструкции* (во всех их многообразных разновидностях).

Ранее, при рассмотрении правовой материи, уже говорилось о том, что юридические конструкции — это не нечто внешнее в праве, не некое юридико-техническое его оформление, а сама особая, собственная плоть права. Сейчас же, пожалуй, следует сказать еще определенной. Юридические конструкции, выражающие в каждом случае особые типовые соединения прав, обязанностей, ответственности, юридических фактов, процедур и т.д., — это тоже *основное и решающее, что характеризует своеобразие и богатство права как особого социального феномена*.

Понимание и постижение права — это во многом понимание и постижение выраженных в нем юридических конструкций, таких как «право собственности», «деликт», «обязательство», конструкции различных договорных типов, состав преступлений и т.д.

С этой точки зрения надо видеть, что юридические нормы со своей логической структурой, субъективные юридические права и обязанности в их многообразных сочетаниях и многое другое, относящееся к юридической догме, представляют собой (если, понятно, вычесть из всего этого некоторые общие правила и приемы делопроизводства, оргтехники и субъективные недоработки, промахи, так сказать, «формалистические излишества» и законодательные вольности) *объективированные, отлитые в строгие логические формы юридические конструкции – итог практики, обобщение опыта* и в этом отношении *достижение ума, свершение мысли*.

Более того, достойно пристального внимания то обстоятельство, что и другие фундаментальные правовые ценности также входят в круг юридических конструкций. Характерное для права нормативно-юридическое построение социального регулирования – это тоже конструкция, притом именно юридическая.

Таковы, в частности, такие идеи и одновременно юридические конструкции, как *ответственность за вину, презумпция невиновности*, а также принципы правосудия, содержащиеся в соответствующих юридических конструкциях организации правосудного дела, и т.д.

С этой точки зрения должно быть отмечено впечатляющее значение интеллектуального содержания юридических конструкций, содержащихся в одном из значительных достижений законодательной культуры новейшей истории – Германском гражданском уложении (1896–1900 гг.) (далее – ГГУ).

Этот правовой шедевр немецкой юриспруденции подспудно, через свое юридиико-конструктивное содержание, правовые идеи и принципы отражал передовую идеологию конца XIX в. – взгляды либеральной буржуазии и выраженные в них общие демократические начала. В таком качестве он действует и до настоящего времени.

То обстоятельство, что в этом законодательном документе передовая идеология оказалась «спрятанной» в юридических конструкциях, иных, нередко весьма формалистичных структурах и принципах, не всегда принимается в расчет. Отсюда, надо полагать, то недоумение, которое слышится в рассуждениях современных исследователей, спрашивающих: «Как могло случиться, что ГГУ сумело пережить все политические, экономические и социальные кризисы новейшей германской истории, включая и полное извращение правовой жизни в период гитлеризма, и сохраниться почти в неизменном виде?»¹.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 228–229.

Между тем здесь все «могло (и, добавлю, должно было) случиться» именно так, потому что правовые идеи ГГУ и тем более их мировоззренческий подтекст – либеральные воззрения, утвердившиеся в конце XIX в., оказались растворенными, спрятанными в юридической технике, в, казалось бы, заскорузлой юридической схоластике, в правовых конструкциях, специальных юридических идеях и принципах.

А то обстоятельство, что во всей этой догматической формалистике кроются взрывные идеи, принципы и ценности истинно демократического значения, по всем данным, не приходило в голову и не могло прийти партийным бонзам и идеологам нацистского рейха.

Но есть что-то от добрых начал нынешней эпохи и судьбы человечества в том факте, что эти идеи, принципы и ценности либерализма, долгие годы дремавшие в юридической схоластике, тотчас же сработали, как только Германия во второй половине 1940-х гг. освободилась от режима фашизма, прошла стадию покаяния и, сообразно продуманной реформаторской политике, встала на путь формирования современного гражданского общества с высокоразвитой постиндустриальной экономикой и высокой правовой культурой.

Нечто похожее (до и частично после начала «эпохи реформ») произошло и в Советской России. И тут коммунистические вожди и их идеологи, предав анафеме частное право и попытавшись построить гражданское законодательство по большевистским канонам, проморгали тот факт, что частнопровые начала живут в самой материи и технике гражданского кодекса (в особенности в варианте 1922 г., во многом построенном по материалам дореволюционного проекта российского Гражданского уложения).

Жаль только, что у российских реформаторов при определении курса и механизмов начатых в 1990-х гг. «кардинальных реформ» не оказалась нужной подготовки и соответствующей нацеленности на то, чтобы использовать не заморский опыт, во многом чуждый нашей культуре, а чудом сохранившийся в условиях советского тоталитаризма потенциал гражданского права для проведения последовательно демократических преобразований. Тем более что этот потенциал с опорой на мировой опыт получил развитие и обогатился в принятом уже в ходе реформ современном Гражданском кодексе России.

Нужно – хотя бы в качестве урока на будущее – видеть, что истоки неудач российских реформ, помимо иных неблагоприятных факторов, кроются не только в преимущественной ориентировке при проведении реформ на силу власти, но и в ограниченном и неквалифицированном использовании потенциала права, по-марксистски воспринимаемого

в основном как сугубо оформительский инструментарий, причем чуть ли не исключительно направленном на восприятие зарубежных образцов, далеко не всегда, однако, адекватных и приемлемых (например, конструкция акционерного общества как способа приватизации, доверительная собственность и др.).

Назначение – «увековечивание» разумных начал в практической жизни

Положения данной главы открывают научную перспективу понимания назначения права как *носителя и проводника высоких разумных начал, их претворения в реальность, в практическую жизнь людей.*

Это значит, что в ситуациях, когда те или иные жизненные вопросы решаются на основе и с помощью права, вступает (или должен и может вступить) в работу *объективированный Разум* – нормативные формы, юридические конструкции и принципы, выражающие высокие рациональные начала и способные претворить их в практику, в реальную жизнь. Причем так, что в жизнь, в реальные жизненные отношения в той или иной мере должны войти важнейшие ценности цивилизации – справедливость, принцип равновесности, а главное – направленность (заряженность) регулирования на субъективные права, свободу человека как носителя субъективных прав, его активность и творчество.

Словом, коль скоро на данном участке жизненных отношений действует право, то это означает, что здесь работают (или должны и могут работать) увековеченные правом рациональные начала, утвердившиеся на основании опыта и отработки при решении юридических дел, а в связи с этим – заряженные Разумом на высокие цивилизационные ценности и идеалы.

Таким образом, получается, что углубление рациональных начал в праве и есть оптимальное направление развития гражданского общества в области социальной регуляции, утверждения в нем ценностей и идеалов свободы человека, его статуса и достоинства, условий его созидательной активности, творческого дела.

Конечно, право каждой страны, в том числе и стран, достигших передовых рубежей постиндустриального и демократического развития, составляют явления пестрые, с элементами различной культурной и гуманистической значимости. И конечно же, с элементами различных юридических реалий, несущих на себе следы сложного исторического развития той или иной страны, состоявшихся и не оправдавшихся

проектов, прозрений и иллюзий, политических страстей, в немалом числе случаев — влияния своекорыстных политических сил и расчетов, произвола и капризов правителей, и вместе с тем выражающих значительные, порой потрясающие достижения ума и таланта.

Но, думается, при всей неожиданности и даже парадоксальности положений данной главы есть весомые научные основания полагать, что важнейший путь возвышения права и придания уготованного ему значения в жизни людей — это путь признания и разработки *права как явления Разума*. И что здесь есть центральное звено, нередко относимое в обычных представлениях к как будто бы заскорузлой, далекой от жизни юридической догматике, — *юридические конструкции*, а также связанные с ними *специфические правовые идеи и принципы*. И что как раз основанная на многообразной жизненной практике и вместе с тем углубленная, утонченная отработка оптимальных юридических конструкций и специфических правовых идей (принципов) обеспечивает такое возвышение права, когда оно в условиях развитой юридической системы гражданского общества становится *носителем и проводником наиболее высоких цивилизационных ценностей и идеалов*.

При таких подходах и таком развитии права можно с достаточной обоснованностью предположить, что в таком случае неизбежно отпадут бытующие ныне настроения, в соответствии с которыми удел юристов — сугубо оформительское дело, умение всего лишь приспособивать те или иные юридические формы к проектным разработкам экономистов и управленцев или, хуже того, одно лишь безропотное, хотя нередко изошренное, порой талантливое служение власти, господствующим политическим и экономическим силам.

Напротив, в данной области практической деятельности и знаний напрашиваются иные ориентации, требующие безусловного учета и безусловного использования специалистами всех отраслей деятельности и знаний, так сказать, законов права, его логики, фундаментальных правовых ценностей и в первую очередь тех, которые выражены в отработанных юридических конструкциях, специфических правовых идеях, принципах. Сверх того есть серьезные основания полагать, что правоведению самой логикой развития социальной действительности и науки уготовано будущее приоритетной, авторитетной и влиятельной области знаний. Ибо все то, что относится к реальной жизни экономических и управленческих принципов, — это развитые, совершенные юридические формы в научном, углубленном их понимании.

Впрочем, это всего лишь попутное замечание и, надо признать, весьма далекое от нынешних реальностей. И не только потому, что

фактическая ситуация с иерархическими зависимостями между специалистами различных отраслей деятельности и знаний («экономистами», «управленцами», «правоведами»), по-видимому, еще долго по ряду причин останется такой, какая она есть сейчас, но и потому, что и само правоведение находится еще в начале пути достаточно полного и основательного овладения всем арсеналом правовых средств, всем комплексом юридических механизмов.

Здесь еще непочатый край работы для науки права, многоплановой исследовательской работы по освоению многообразных юридических механизмов. И когда О. Шпенглер – правда, по иным основаниям – говорит о том, что перед современным правоведением еще «не менее столетия напряженнейшей и глубочайшей работы мысли»¹ (положение, на которое, тоже по иным основаниям, я уже ссылался ранее), он в таком прогнозе недалек от истины.

Правоведение – настоящее и будущее

С учетом рассмотренных в этой главе положений распространенные в нынешнюю пору характеристики правоведения нуждаются в принципиальной переоценке.

Прежде всего, вопреки расхожим представлениям юридическая наука, связанная с практической юриспруденцией, – юридический позитивизм (юридический догматизм) – это не описательная дисциплина «низшего сорта», а полновесная отрасль научных знаний, ничуть не уступающая в данной плоскости общепризнанным по высокому статусу наукам технического профиля. Плюс к тому эта сфера знаний получает все большее признание в качестве высокозначимой научной дисциплины, которая наряду с иными важными проблемами решает коренную задачу в области права – отработку оптимальных правовых средств и, что особо существенно, юридических конструкций, специальных правовых принципов, от уровня которых (прежде всего уровня выраженных в них рациональных, разумных начал) решающим образом зависит надлежащее функционирование, да и само существование современного гражданского общества.

Наиболее яркий, выразительный феномен, демонстрирующий влияние юридической науки на мир права, проявился в тех вариантах исторического государственного и правового развития, когда в области юриспруденции решающее значение приобретали практикующие

¹ Шпенглер О. Указ. соч. Т. 2. С. 84.

юристы, образующие влиятельные слои общества, если угодно — особые сословия.

Именно с такими направлениями государственного и правового развития, вызвавшего формирование влиятельного сословия правоведов-практиков, во многом связано само появление на свет общего, прецедентного права. Прежде всего в том его классическом, «чистом» виде, как это произошло в Англии (а затем в США и других странах англо-американской группы). Появление в Англии в XII—XIII вв. королевской юстиции с общей императивной юрисдикцией, осуществляемой профессиональными судьями, как раз и положило начало тому процессу, который в последующие столетия привел к утверждению в жизни общества мощной юридической системы, имеющей по отношению к местным обычаям единый, унифицированный характер (что и обусловило само наименование действующего права как «общего»).

Нередко при освещении своеобразия общего, прецедентного права подспудно проскальзывает мысль, что здесь, в отличие от права континентальной Европы (в особенности германского права), юридическая наука осталась в стороне от мирового правового развития. Да, английская юридическая система не испытала того прямого влияния, которое в континентальной Европе оказали на развитие позитивного права греко-римская культура, философия просветителей, теория естественного права, ценности римского права (пандектистика).

Но в Англии произошло явление не менее значительное. Еще в средневековую эпоху в ней в связи с формулярным процессом — точно так же, как тысячелетием ранее в Древнем Риме, — начало складываться и развиваться, так сказать, *первородное* юридическое мышление, выраженное в ориентировке на строгие юридические категории, механизмы, конструкции, соответствующие правовые идеи и концентрируемое в устойчивых представлениях сословия юристов. Оно, это своеобразное юридическое мышление, не получило (как это произошло в культуре римского права) такого же теоретизированного выражения, как в логических суждениях юристов-классиков золотого века римской юриспруденции, а затем, уже в Средневековье, — в разработках глоссаторов, в пандектистике. Здесь, на английской земле, в ходе правового развития оказались как бы кристаллизованными, заложенными в саму органику правовой жизни первородные основы истинного правоведения, которое в силу юридической логики неизбежно выводит на фундаментальные юридические идеалы и ценности. И надо отдавать отчет в том, что это тоже истинная юридическая наука, притом в истинном, самом строгом ее значении, что впоследствии оказало столь

внушительное позитивное влияние на демократическое развитие Великобритании, других стран с прецедентными юридическими системами, в том числе и на формирование юридической системы США¹.

С особым сословием юристов (в основном нотариального профиля) связано становление юридической системы Франции, воплотившей и сохранившей на века идеалы и принципы Великой французской революции. И здесь решающую роль сыграло не только поистине гениальное нововведение в юридическую систему организационных и правовых построений Наполеона (таких как Гражданский кодекс 1804 г., институт высшего административного правосудия – Государственный совет, уникальная самобытность Конституционного совета, смысл и структура муниципального самоуправления и др.), но и своего рода общий юридический климат, настроенный как на идеалы революции, так и на точность и определенность юридических отношений, принципиальное значение их надлежащего, при необходимости – нотариального, закрепления, строго государственного обеспечения.

Наряду с той значительной ролью, которую играют в мире права юристы-практики, сословия юристов (притом, что наиболее существенно, через сферу юридического мышления, правовых идей), необходимо отдать должное и тому направлению развития правоведения, стержнем которого являются научные обобщения высокого уровня – *теория права*.

Конечно, понимание глубин юридической материи требует хотя бы адекватного восприятия самого феномена права, а отсюда – непростых специальных юридических знаний, стремления проникнуть в существо, казалось бы, простейших юридических понятий, выработанных догматической юриспруденцией, – «субъект», «объект», «правомочие», «притязание» и т.д., знания простейших юридических конструкций.

¹ Особенности развития общего, прецедентного права в США, так же как и в Англии, во многом связаны с сословием юристов, с тем типом юридического мышления и правопонимания, который сопряжен с деятельностью юристов-практиков. И здесь, по словам Макса Вебера, наблюдается та закономерность правового развития, в соответствии с которой правовой стиль какого-либо определенного общества отчетливо проявляется в профессиональном образовании и деятельности, в сословных организациях и экономических интересах юристов, именуемых Вебером юристами высокого ранга (*Weber M. Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen, 1956. S. 457 ff.*).

Вместе с тем представляется весьма важным учитывать как несомненные достоинства американской юриспруденции – ее непреклонность в утверждении прав и свобод человека и придание приоритета в юридической области правосудию, так и ограниченность и односторонность юридических подходов и образа мысли, характерные для них тенденции отторжения собственно юридических ценностей (особенно отработанных в мировой юриспруденции юридических конструкций), склонность к замене их категориями чисто экономико-прагматического, узкосоциального и даже личностно-психологического характера.

Но стоит только встать на путь основательной научной проработки даже такого, казалось бы, схоластического правового материала, как оказывается, что в юридической материи обнаруживается *своя высшая математика* — свои своеобразные свойства, сложные и тонкие связи и соотношения, для которых характерны и построения высокого порядка, образующие уникальное социальное богатство, и особая юридическая логика. Эта логика, базирующаяся на сочетании «должного» и «сущего», «долженствования» и «возможного», в ряду других уже отмеченных в предшествующем изложении оснований, состоит, в частности, в том, что особенности права, характерные для него связи и соотношения неизбежно стягиваются (даже в неблагоприятной для права социальной среде) к своему центральному звену — к субъективным юридическим правам, как бы по самой юридической логике требуя в том или ином виде и значении свободы для субъектов, исключения из жизни людей произвола, насилия. И она, эта юридическая логика, в силу своих оснований и особенностей уже несет в себе необходимые предпосылки и перспективу движения человечества к более высоким ступеням цивилизационного развития.

Думается, с учетом изложенного выше материала есть основания утверждать, что в связи с особенностями права, его уникальным, не имеющим альтернативы богатством правоведение и правоведа призваны занимать высокое место в социальной иерархии общества. И не только потому, что они имеют ближайшее отношение к ключевым проблемам общества, прежде всего к политической власти и к собственности, нередко напрямую включаясь в соответствующие политические и коммерческие структуры. Но и потому, что состояние действующего права, выступающего в качестве явления интеллектуального порядка, существенным, а нередко и решающим образом зависит от состояния науки, творческой активности правоведов — и юристов-практиков, и юристов-теоретиков.

С этой точки зрения имеются весомые основания полагать, что именно в области юриспруденции науке и специалистам-профессионалам уготовано особое, если угодно, повышенно значимое место, ничуть не уступающее, а в чем-то превосходящее значение науки и профессиональной деятельности в иных социальных сферах (включая экономику, управление).

Конечно, подобная оценка оправданна постольку, поскольку имеется в виду действительно независимая наука, исповедующая высокие идеалы истины, приверженности к общечеловеческим ценностям, служения людям.

И конечно же, в сфере правоведения нужно видеть действительность такой, какая она есть на самом деле. Видеть то, что деятельность юристов во многих случаях замкнута на одном лишь обслуживании интересов государственного аппарата, а порой, особенно при доминировании авторитарной власти и тоталитарных режимов, напрямую носит придворный характер, строится по принципу «чего изволите?» и, к несчастью, подчас утрачивает даже подобие правовой деятельности в ее истинном значении.

Но как бы то ни было, в праве, даже при самых неблагоприятных условиях имеются гуманитарные начала. А наука всегда есть наука, в ней изначально заложен своего рода кодекс научной чести и научного подвижничества. И во все времена в правоведении служили истине, ценностям и идеалам права крупные ученые-правоведы, великие умы, такие как Р. Иеринг, Л. Дюги, Г. Кельзен, Л. Петражицкий, И. Покровский, Э. Рабель и др. Всегда, даже в самых тяжелых политических и социальных условиях, в практической юриспруденции, наряду со всем негативным и в противовес ему, достойное место занимали юристы-подвижники, стремящиеся утвердить в жизни – пусть и сообразно соответствующим условиям и времени – высокие идеалы и фундаментальные ценности права.

Здесь есть предпосылки и для более основательных выводов. Надеюсь, не будет преувеличением утверждать, что *именно истинное положение правоведения и правоведов в том или ином обществе является показателем использования в обществе потенциала науки и, одновременно, действительного состояния права и законности в данной стране.* Стремится ли государственная власть как бы приручить правоведов, втянуть их в свою машину властвования и сформировать податливую и облагодетельствованную властью придворную юриспруденцию (первый вариант) или же государственная власть (второй вариант) поддерживает самостоятельность и независимость отечественного правоведения, поддерживает его как суверенную сферу социальной жизни, терпит любые ее основательные разработки и неизменно считается с ней в практической жизни, – именно это является безошибочным «индикатором» фактического положения в области права данной страны, его действительных возможностей и судьбы.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ ПРАВО ЧЕЛОВЕКА

Идея и современность

Право под углом зрения его высших характеристик, наряду с рациональными началами правовой материи, имеет еще одну грань высокого значения.

Это – его становление и развитие как *права человека*.

В связи с этим – сначала об идее прав человека, рассматриваемой с точки зрения принятых в настоящее время представлений (то есть как о правах субъективного порядка, принадлежащих человеку, гражданам).

Принципиальные основы идеи прав человека заложены в эпоху Просвещения, Великой французской революции. Они выражены в декларациях, конституциях и других документах того времени, в частности в словах: «все люди созданы равными и наделены Творцом определенными неотчуждаемыми правами»; «цель всякого политического союза – обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека», прежде всего таких «неотчуждаемых и священных» прав, как «жизнь, свобода, стремление к счастью, собственность, безопасность личности» (Декларация независимости США 1776 г.; Декларация прав человека и гражданина Франции 1789 г.). Итоговая формула такого понимания прав человека закреплена уже в настоящее время в ст. 1 Всеобщей декларации прав человека, в которой говорится: «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Они наделены разумом и совестью и должны поступать в отношении друг друга в духе братства».

Вместе с тем надо видеть, что во второй половине XIX – начале XX в. идея прав человека в обстановке бедствий дикого капитализма, экономико-социальных кризисов и социалистических иллюзий начала заслоняться представлениями о приоритете «прав трудящихся» и о будто бы безусловном верховенстве в жизни общества государственной власти.

«Потребовались» (увы, приходится именно так говорить) неисчислимые жертвы и беды Второй мировой войны, смертный ужас нацист-

ского и иных тиранических режимов, чтобы идея прав человека вновь заняла достойное место среди передовых взглядов, духовно-интеллектуальных свершений человечества.

Более того, эта идея к середине XX в. не только была как бы заново выстрадана человечеством, поднята на высокий уровень общественного признания, но и обогатилась новым, основательным социальным содержанием. И именно в таком качестве она начиная с 1950—1960-х гг. стала реально осуществляться — не всегда и не во всем, впрочем, последовательно — в развитых демократических странах. Причем так, что можно признать исторически доказанным фактом реальную возможность существования и успешного функционирования такого социального и государственного строя, в центре которого — человек, личность с высоким статусом, достоинством, неотъемлемыми правами (не это ли крупнейшее, не сравнимое ни с чем иным, свершение человечества XX в.?).

Два основных положения характеризуют это новое, современное содержание идеи прав человека.

В о - п е р ы х, именно права человека, выраженные в общественном и государственном строе общества, оказались силой — не исключено, единственной надежной и действенной, — способной стать преградой тирании и определить модернизацию общества, его восходящее развитие в интересах человека. Демократия, сводимая (в представлении многих людей, к сожалению, до сей поры) к одним лишь институтам свободных выборов в условиях доминирования силовых методов власти, большего денежного мешка и изошренных избирательных технологий, показала себя в XIX — первой половине XX в. в качестве политической структуры, в ряде случаев вполне совместимой с авторитарными и даже тоталитарными режимами. Отсюда и необходимость поставить в центр жизни общества человека как такового, личность с высоким статусом и достоинством, неотъемлемыми правами и реализовать такую организацию социальной жизни в общественном и государственном строе страны.

В связи с этим примечательно, что передовые мыслители нынешнего времени особо выделяют права человека как первейшую основу современной организации жизни людей. Так, Ю. Хабермас, рассматривая главное наследие Французской революции (которая по значению для развития человечества, по его словам, ни с чем «несопоставима»), указывает на то, что именно права человека наряду с демократией «образуют универсальное ядро конституционного го-

сударства»¹. И что, более того, «права человека обладают нормативным приоритетом перед демократией»².

В о - в т о р ы х, права человека оказались именно тем социальным началом, которое призвано определить высокий правовой статус человека, не уступающий положению государства как суверена – носителя политической власти. Причем высокий статус не только по отношению к тому или иному государственному органу или должностному лицу (как это склонны интерпретировать приверженцы приоритета «государственности», «державности»), а в отношении государства в целом.

По словам замечательного русского правоведа-мыслителя И.А. Покровского, «есть такие «неотъемлемые права человека», которые никаким законом уничтожены быть не могут, которые даже для государства в целом недостижимы. Если всякое субъективное право обеспечивает личность от произвола властей, то идея «неотъемлемых прав» направляется против г о с у д а р с т в а к а к т а к о в о г о. Самоутверждение личности достигает здесь в юридическом отношении своего кульминационного пункта. Некогда безгласная овца в человеческом стаде, она заявляет теперь претензию на роль равноправной с государством державы»³.

Теперь – пункт, к которому хотелось бы привлечь внимание.

Возвышение прав человека во второй половине XIX в. (во всех указанных ранее характеристиках) – это наряду со всем другим не что иное, как обретение ими особенностей *юридического права*.

Эти особенности имеют две грани.

Во-первых, придание неотъемлемым правам человека *непосредственно юридического значения и действия* – основы юридически значимых последствий.

Существенный шаг в данном направлении был сделан уже в первые послевоенные годы. В декабре 1948 г. ООН приняла Всеобщую декларацию прав человека, юридически закрепившую на международно-правовом уровне эту, ранее в основном декларативную, категорию.

Затем конституции ряда европейских стран (притом – знаменательно! – прежде всего стран, испытавших на себе ужасы фашистской тирании – Германии, Испании, Италии) сообщили правам человека, в первую очередь основным, фундаментальным, непосредственно юридическое действие и плюс к тому – приоритетное

¹ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 57, 60.

² Там же. С. 34.

³ Покровский И.А. Указ. соч. С. 309.

значение во всей данной национальной государственно-юридической системе.

Во-вторых, — и этот момент наиболее важен, права человека через национальное законодательство и юридическую практику стали постепенно воплощаться в гарантированных правовых нормах, юридических конструкциях и специфических правовых принципах, то есть обретать особенности, которые характерны для материи, тела позитивного права, и, стало быть, входить в новое качество, *становиться объективным правом — правом человека.*

Последний пункт представляется особо важным: он знаменует качественный поворот во всей проблематике прав человека.

Право человека — особый смысл

Категория «право человека» — *принципиально новая*. Она характеризует иную плоскость правовой действительности и ее понимания, нежели понятие «права человека», трактуемое только в личностном ракурсе, то есть в значении прав личности (хотя последние — исходное звено, важнейшая и определяющая ее составляющая).

Здесь уместно напомнить азбучные положения науки, в соответствии с которыми право в юридической области выступает в двух качествах — «субъективных прав» и «объективного права».

Права человека в общераспространенном их понимании — это категории личностного порядка, то есть *субъективные права* — возможности конкретной личности, субъекта. В эпоху Просвещения и в последующее время, вплоть до середины XX в., они так и понимались, более того, в принципе не имели юридического характера, выступали в качестве некоего духовного начала, требований естественного права, имеющих преимущественно идеологическое, гражданственное, моральное значение.

Обретение же правами человека непосредственно юридического значения и действия (и тем более их воплощение в юридических конструкциях и специфических юридических принципах) означает, что они возвышаются *до уровня объективного права*. То есть процесс, в результате которого и они сами, права человека как субъективные явления, становятся полнокровными *юридическими* правами со всем набором появляющихся (для данной категории) в связи с этим юридических средств и механизмов.

Такое преобразование, резко меняющее социальный и юридический статус рассматриваемой категории, обусловлено с юридиче-

ской стороны тем, что прямое юридическое действие прав человека в качестве юридически исходного и вместе с тем определяющего звена означает их *признание в качестве юридических прав непосредственно государством, и прежде всего судами*, и, значит, сообразно процедурам демократического общества, вступление в работу всех звеньев юридической системы, когда постепенно, звено за звеном начинает реально действовать *объективное право в целом*, весь комплекс его средств и механизмов — тех, которые характерны для надзорной деятельности прокуратуры, следственных учреждений, всех судебных инстанций, судебно-исполнительных органов. Да так, что в итоге перед нами возникает новое качество. *Явления из области сугубо субъективного (и во многом декларативного) порядка возвышаются до уровня объективного права, всех существующих в стране юридических механизмов и инстанций.*

Именно здесь, по всем данным, перед нами *своего рода кульминация, итог принципиально нового* из всего того, что способно качественно обогатить современное понимание прав человека. Сама постановка вопроса о праве человека как об объективном праве переводит общие, нередко сугубо декларативные, лозунговые формулы в разряд строго юридических явлений. И, значит, вводит сюда, в сферу прав человека, *те юридические механизмы и правовые средства, которые способны перевести устанавливаемые законом юридические возможности (субъективные юридические права) в плоскость социальной реальности. Функции права в их единстве с правами человека* являются убежищем от произвола, институтом свободного самоутверждения человека, свободы и творческой активности людей (сохраняющим вместе с тем и даже упрочивающим на указанной основе качества эффективного общеобязательного нормативного образования).

С этой точки зрения формирование права человека как объективной реальности — это *самый главный перелом в мире правовых явлений и правовых представлений из всех, произошедших за человеческую историю*, и соответственно этому (уже по иному, более широкому кругу проблем) *переход от понимания права как права власти, исключительно силового явления, сугубо властно-государственного образования к его пониманию как самостоятельного образования, возвышающегося над властью*, — исторический перелом, без которого в принципе невозможно утверждение важнейшего начала гражданского общества — *верховенства права.*

Проблемы

В отношении прав человека и обретения ими качества объективного права в настоящее время возникли определенные проблемы. Особо острые и болезненные в странах, в которых (после долгого господства коммунистической системы) только намечается становление современного гражданского общества, завоеваны лишь некоторые исходные рубежи для действительного демократического развития на основе культуры прав человека.

Первая среди них, действительно острая (но, думается, еще в полной мере не понятая), — это *обескровливание, размывание* прав человека в политической жизни, в науке, в общественном мнении и, увы, в законодательных документах. Основанием для такого размывания, как это нередко бывает, стали реальные процессы, происходившие в XIX–XX вв. в человеческом обществе в связи с нарастающей модернизацией общества в условиях экономических и политических свобод, гигантского научно-технического и общественного прогресса, что потребовало углубления представлений о правах человека.

К сожалению, развитие представлений о правах человека в немалой степени приобрело экстенсивный характер — выразилось (не без влияния коммунистической пропаганды и усилий социалистических стран) в расширении каталога этих прав, появлении так называемых прав человека второго поколения, третьего поколения и т.д.¹

¹ Мало кто при этом принял во внимание то обстоятельство, что подобное расширение общепризнанной гуманитарной категории имело политизированный характер — произошло в ООН в результате прямого и настойчивого идеологического и дипломатического воздействия советского государства, руководящие инстанции которого преследовали цель лишить категорию прав человека «буржуазной» трактовки и, напротив, сообщить ей «социалистический» характер, «обогатить» ее достижениями сталинской Конституции, постулатами марксистской идеологии.

В обстановке почтительной эйфории, которая была характерна для отношения к Советскому Союзу после его победы над гитлеровским фашизмом в первые послевоенные годы, а также благодаря настойчивости и ухищрениям советских дипломатов и идеологов, перетянувших на свою сторону многих представителей стран «третьего мира», и возникли предпосылки, на основе которых, наряду с причинами объективного порядка, при записи соответствующих положений в документах ООН было достигнуто включение в состав неотъемлемых прав человека социально-экономических прав «второго», а потом и «третьего» поколений. К правам «третьего» поколения обычно относят коллективные и солидарные права — права народов (право на мир, на здоровую окружающую среду, право на коммуникацию и др.), а также, по мнению отдельных авторов, такие экстравагантные «права человека», как право не быть убитым во время войны, право на сон, право на самообразование и т.д. В литературе даже высказано предположение о возмож-

Между тем, признавая без каких-либо оговорок важность в современных условиях всей суммы гражданских прав людей (по большей части зависящих от экономического положения и деятельности государственной власти), необходимо видеть исконную, первородную суть фундаментальных прав человека как таковых. Видеть то, что по исторически исходному значению неотъемлемые права человека (права прирожденные!) призваны утверждать самоценность человека, его право на жизнь, его высокое достоинство и свободу, его центральное место в жизни общества, основополагающие духовные и нравственные начала личности и в этом отношении защищать человека от произвола и насилия, прежде всего от произвола самой могущественной силы в обществе – государственной власти, ее стремления к всестороннему, тотальному господству в обществе, оправдываемому, как правило, некими высокими патриотическими, этическими, социальными целями¹.

С этой точки зрения вполне обоснованны, как это сделано в ряде конституций демократических стран, *выделение и особая юридическая констатация основных (фундаментальных) прав человека*. Хотя в то же время нельзя сбрасывать со счетов и тот факт, подтверждаемый реальной практикой, что нарушение любых гражданских прав и даже прав, вытекающих из имущественных, семейных и иных конкретных юридических отношений, может при известных обстоятельствах затронуть и основные права человека, в том числе право на жизнь, свободу, достоинство человека и др., и тогда, казалось бы, «рядовая» юридическая проблематика переключается на плоскость категорий и оценок более высокого юридикто-гуманитарного уровня.

Акцент на основных (фундаментальных) правах человека тем более важен потому, что именно с ними сопряжены наиболее значимые и острые проблемы современности, в том числе и те, которые касаются тенденций, связанных с появлением на свет потребительского об-

ности «четвертой волны» в понимании прав человека, когда этой категорией могут быть охвачены права, связанные с запретом абортов, и право на эвтаназию.

¹ Те же социально-экономические и иные «права», которые относятся ко «второму» и «третьему» поколениям, во многих случаях ставят человека не только в зависимость от уровня развития общества, его богатства, но и в зависимость от власти, от ее состояния и усмотрения чиновников. Так что, казалось бы, благое дело – расширение каталога прав человека – на деле обескровливает эту основополагающую гуманитарную категорию, приводит, если угодно, к устойчивому настроению дискредитации самой категории прав человека – процессу, происходящему в результате включения в нее с помощью международно-правовых документов и научных деклараций все новых «поколений», вплоть до «права на самообразование», «права на сон».

щества, негативов либерализма, других отрицательных явлений современности. В частности, обретение людьми персональной свободы, раскрепощение личности, всплеск ее активности и связанная с этим взрывная модернизация общества, зигзаги капиталистического развития, магия потребительства — все это, как оказалось, сопровождается также и негативными явлениями, вызывает к жизни новые социальные трудности и беды, которые отодвигают права и свободы человека на обочину социальной жизни, заслоняют их императивной властной деятельностью государства.

С особой силой они обрушились на людей в XX в., обернулись в условиях наследия прошлого истребительными мировыми и «малыми» войнами, глобальными экономическими потрясениями, кровавыми тоталитарными режимами, вакханалиями насилия и террора, крайне острыми на почве идеологических догм, этнических страстей, распада империй, жажды скорого присвоения власти и собственности, изощренных потребительских благ. В такой обстановке произошло новое (после режимов традиционных обществ) возвеличивание государственной власти, для которого характерны повсеместная ориентировка на реальные политические интересы, на всемогущество государства, а отсюда — на некое оправдание ущемления статуса и прав личности, на подспудную, а подчас открытую смену приоритетов в шкале социальных ценностей, все больший расчет на самооценность политических институтов, крепкой государственности, державности, силовых ведомств.

В этой обстановке, переходящей в XXI в., в новое тысячелетие христианской эры, оказались в высшей степени важными не только восстановление и сохранение категорий неотъемлемых прав человека в их истинном, первородном значении (и не только, надо добавить, их развитие и конкретизация именно в таком исконном значении), но и углубление самого их понимания, раскрытие и утверждение новых граней в представлениях и практической деятельности, и прежде всего в плоскости соотношения фундаментальных прав человека с политической властью.

С этой точки зрения высокий смысл есть в конституционном развитии европейских стран, переживших в 1920–1940-е гг. ужасы фашистских режимов, — Германии, Испании, Италии. Именно в этих странах, как уже упомянуто, в отличие от всех других государств, казалось бы, с предельно совершенными, устоявшимися демократическими традициями, сразу после крушения тоталитарных фашистских режимов в первых же послевоенных конституциях выделена в каче-

стве решающей и действенной гарантии против тоталитаризма категория «основные права человека». И главное, основные права человека в конституционных текстах указанных стран поставлены на первое место (внимание! впереди общих деклараций и положений о государстве!), что *придало этим исходным гуманитарным нормам основополагающее значение в построении и в функционировании всей государственно-правовой системы.*

Попытка подобного же рода при подготовке российской Конституции не реализовалась. Статья конституционного проекта, предусматривающая непосредственное юридическое действие прав человека, оказалась после аппаратных «доработок» перенесенной в главу вторую, а первое место в тексте заняли положения о государстве. Но она все же есть, статья 18 Конституции России, предусматривающая, что права и свободы человека определяют «смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти»; и это позволяет в борьбе за права человека в российском обществе опираться на высокочастотное конституционное основание.

В качестве следующей крупной проблемы в области прав человека следует указать необходимость, обусловленную требованиями времени, *повышенного общественного внимания к определенным группам прав человека, их более четкой и строгой юридической констатации, возвышения на более высокий уровень правовой защиты.*

Здесь прежде всего имеется в виду такое фундаментальное право человека, как *свобода слова* (а в связи с этим и частные ее проявления — *гласность и прозрачность* государственной жизни). Факты жизни, в том числе последнего времени, показали, что от реальности этого фундаментального права, от придания ему приоритетного значения решающим образом зависит общее состояние демократии в обществе. Отсюда — острая потребность разработки и введения в действие юридически отработанных мер, обеспечивающих автоматическую и жесткую реакцию через механизмы правосудия на каждый случай ущемления или умаления этого фундаментального права человека.

Еще одна проблема такого же свойства. Среди неотъемлемых прав человека в настоящее время все большее значение приобретает право, решающим образом реализующее самоценность человека, — *право на жизнь*. Увы, именно так: в отношении, казалось бы, самой первой и простейшей, по сути элементарной, само собой разумеющейся основы статуса личности приходится говорить как о предельно актуальной (и чуть ли не юридически утонченной) характеристике гуманитарных прав в современном их понимании.

Между тем при всей важности других современных трактовок прав человека один из непреложных выводов из кровавых войн-боев XX в., жутких последствий тоталитарных режимов 1930–1940-х гг. (с газовыми камерами, коллективной ответственностью, уничтожением этнических групп населения, расстрелами по спискам, гулаговским кошмаром, государственным террором) состоит как раз в придании *абсолютного значения праву каждого человека на жизнь*. Причем в самом точном и строгом смысле, таком, когда абсолютное значение приобретает недопустимость убийства, лишения жизни, физического уничтожения (ликвидации) человека кем бы то ни было, в том числе государством, любой иной силой, какие бы мотивы и основания — идеологические, политические, нравственные — ни приводились в оправдание такого рода акций.

Отсюда — справедливо возобладавшая в последние годы линия на недопустимость терроризма во всех его разновидностях (индивидуального, группового, государственного). И одновременно все более и более утверждающееся в современном мире (и в немалой мере уже реализованное в демократически развитых странах, кроме США), при всей противоречивости проблемы и мощных контрдоводах, императивное требование об отмене смертной казни как меры наказания за преступления, определяемой ныне многими правозащитниками как «убийство под прикрытием закона».

И отсюда же — все более крепнущее (пусть пока не всегда строго формулируемое) убеждение о недопустимости использования при решении внутрисостоятельных проблем методов войны, когда пусть даже в сложных, критических ситуациях, но в условиях мирного времени вступает в прямое, полномасштабное действие регулярная армия с ее тяжелым вооружением, рассчитанным на массовое поражение людей. И, конечно же, необходимость новых, более строгих и жестких оценок, а в связи с этим — подходов к явлению войны вообще, с ужесточением законов войны, норм о военном и чрезвычайном положении, гарантий и ответственности в этой критической сфере человеческого бытия, которая по мере человеческого прогресса обречена в перспективе на то, чтобы перейти из области «возвышенного и героического» (к чему ныне пока имеются основания) в область «гуманитарно-терпимого», допустимого лишь по жестким критериям «крайней необходимости».

Не будет лишним иметь в виду и то, что сама оправданность уничтожения человека, объявляемого врагом («врагом народа», «террористом», «троцкистом-бухаринцем»), представляет собой один

из основных постулатов сугубо коммунистических, большевистских трактовок права. Недопустимость такого постулата — важнейшее начало права современного гражданского общества. В связи с этим, как показывают события последнего времени, безошибочным показателем (тестом-индикатором), свидетельствующим о реальной приверженности того или иного лица истинным началам прав человека либо об исповедовании им идеологии силового характера, является сам факт, допускается ли этим лицом, во имя каких угодно высоких целей, сама возможность физического уничтожения и ликвидации людей, объявляемых без суда и современных процессуальных процедур врагами народа и государства, бандитами, преступниками.

Юридический аспект

Одна из фундаментальных задач нынешнего времени (особенно для стран, освобождающихся из-под ига тоталитарных режимов и проходящих в таком многосложном процессе ряд промежуточных стадий) — это переход от общих деклараций и славословий по правам человека к реальному делу.

Условия, пути и способы решения возникающих здесь проблем, направленные на превращение в жизненную реальность современной культуры прав человека, многообразны. Они сопряжены со степенью утверждения в обществе начал последовательно демократической, либеральной цивилизации, институтов современного гражданского общества, с природой, характером и честностью политической власти, деятельностью общественных правозащитных организаций, реальной практикой и мужеством действительных подвижников правозащитного дела, со многими другими реалиями и факторами нашего сегодняшнего бытия.

Но быть может, среди этих различных условий, путей и способов есть ключевое звено?

Да, есть такой центральный пункт. Это как раз такое *юридическое возвышение прав человека, когда они обретают качество объективного права.*

Отмечая только что названные (и кратко рассмотренные) проблемы прав человека, не упустим из поля зрения то обстоятельство, что *решающее значение по вопросам прав человека имеет их юридический аспект.* И, стало быть, понимание того, что все они так и останутся острыми и нерешенными вопросами современности, выраженными в ло-

зунгах, заклинаниях и призывах, до тех пор, пока не будут выработаны оптимальные варианты их решения, которые должны выходить на право. То есть пока они не воплотятся в *праве человека*, содержащем отработанные юридические нормы, юридические конструкции и принципы, способные фактически, на деле, реализовать при помощи всей системы юридических механизмов данной страны высокие гуманитарные ценности и идеалы.

Что это за юридические нормы, конструкции и принципы?

К счастью, многие из них (во всяком случае, по своим основам, классическим построениям) уже выработаны за многовековую историю юриспруденции, стали достоянием юридической культуры. Другие нуждаются в модификации, развитии, выработке новых компонентов, соответствующих требований надлежащего юридического обеспечения прав человека.

Так, при решении вопросов, связанных с юридическим обеспечением свободы слова, была бы оправданной проработка возможности использования таких юридических конструкций и принципов, которые построены на признании *абсолютного характера* (по существующим юридическим определениям или с известными элементами *sui generis*) субъективного права, выражающего и гарантирующего свободу слова, и, стало быть, такого построения (допустим, права по лицензии на телевидение и радиовещание), в соответствии с которым продолжение, пролонгация этого права на то или иное время носит автоматический характер (и, соответственно, лишение этого права может производиться только в судебном порядке по исчерпывающему перечню оснований, предусмотренных в законе).

Аналогичные соображения можно высказать и по другой острой проблеме – исключение самой возможности уничтожения людей без суда (во всяком случае, без судебного подтверждения соответствующих фактов, подчас констатируемых только спецслужбами) и действия всего комплекса процессуальных процедур, неизбежно наступающей в результате использования методов войны при решении внутригосударственных проблем.

Такого социального результата можно достичь не только путем введения соответствующих конституционных запретов (запрет на использование регулярных вооруженных сил при решении внутригосударственных проблем предусматривался в первых вариантах проекта российской Конституции), но одновременно и путем установления юридически отработанного порядка использования регулярных вооруженных сил внутри страны. Порядка, при котором подобное исполь-

зование армии допускается, например, лишь по основаниям, строго определенным законом в исчерпывающем перечне, с констатацией их наличия в правосудном порядке, что и должно в автоматическом режиме открывать или не открывать по данным акциям бюджетное финансирование (вопрос о выработке и введении подобных законодательных установлений выдвигался в печати еще в обстановке Первой чеченской войны 1994–1996 гг.).

Вопросы глобализации

Наряду с приобретением правами человека качеств гарантированного и сильного объективного права принципиальное значение имеет *приобретение такого рода правами человека глобального* значения.

Суть дела в том, что право — явление универсальное, общечеловеческое, а также в том, что реализация ценностей и идеалов права (и прежде всего тех, которые относятся к правам человека) должна не только получать фактическую жизнь через институты и механизмы объективного права данного государства, но и, по всем данным, *реализоваться в мировом сообществе* — в международном праве, в самом законосообразном порядке внешних связей государств, а главное — в состоянии и в настроенности права, характерных для мирового сообщества. Процесс, который сообразно аналогичным явлениям в экономике и политике в настоящее время определяется в качестве феномена *глобализации*.

Вопросы глобализации обычно рассматриваются в отношении экономики, информационной сферы, культуры, досуга и т.д. Здесь они сопряжены с проблемами, вызывают разноплановые оценки, для чего наличествуют известные основания. Особо острые — в отношении экономически отсталых стран и регионов, где процессы глобализации, при всей их неодолимости и позитивных сторонах, подчас прикрывают господствующий статус и интересы наиболее могущественных государств, деятельность транснациональных структур, их претензии на расширяющееся господство и диктат. Да и вообще, включение того или иного государства в «глобализированную» мировую экономику — процесс сложный, противоречивый, не до конца еще всеми оцененный и определившийся (во всяком случае такой, который бы гармонически сочетался с суверенностью и самобытностью всех государств).

Но вот в области права процесс глобализации достоин, безусловно, положительной и конструктивной оценки. Здесь он наиболее примечателен, а быть может, и наиболее принципиально важен, конструктивен и плодотворен. Причем речь идет не о праве вообще и тем более не о праве

сильного, а о гуманитарных началах права в целом и о системах национального права в той их части, которая не затрагивает отношения и факторы национальной культуры и истории (в частности, семейные и близкие к ним отношения). Речь идет именно о *праве человека*.

Каковы доводы, обосновывающие это положение?

Главный из них заключается не только в том, что именно от права (права человека!) решающим образом зависит реализация и других процессов глобализации в их позитивном значении, но и в том, что право — это по самой своей природе, как уже упомянуто, *универсальный* институт в жизни людей на нашей планете. А общезначимым, всецивилизационным звеном этой универсальности являются как раз общепризнанные, фундаментальные права человека.

Вполне понятно поэтому, что в странах, особенно тех, которые только вступили на путь формирования права современного гражданского общества (и тем более в экономически отсталых странах), опорными точками для такого правового развития должны стать как внутренние, существующие в данном обществе условия и импульсы, так и те планка и порог правовых ценностей и идеалов, которые должны быть непреложными для человеческого сообщества на современной стадии развития цивилизации, — ценности *права человека*.

Весьма важно, что в этой области постепенно обозначается и такая сторона формирующегося мирового правопонимания, в соответствии с которой также и национальные правовые системы призваны действовать сообразно современным правовым ценностям.

Здесь прежде всего имеются в виду события 1998–2000 гг., связанные с делом Пиночета, бывшего чилийского диктатора. Генерал Пиночет, глава военной хунты, совершившей в начале 1970-х гг. государственный переворот и учредившей затем репрессивный режим в Чили, был в 1998 г. во время частной поездки задержан в Великобритании по обвинению, представленному Испанией, в преступлениях против человечности.

В то время, когда пишутся эти строки, казалось бы, все точки над «i» в этом деле давно уже поставлены. Пиночет в связи с состоянием здоровья по сугубо гуманитарным соображениям не был выдан Испании, а получил возможность вернуться в Чили.

Но как бы то ни было, главное, что имеет принципиальное значение для права в начале нового, третьего, тысячелетия христианской эры, в деле Пиночета *уже произошло*. Это главное заключается в том, что нарушение прав человека в любой стране получает оценку в качестве деликта надгосударственного порядка. А это значит, что *права человека становятся действующим правом в глобальном отноше-*

нии — на «наднациональном» уровне, и что, следовательно, права человека обладают, скажем так, *универсальной юридической силой*. И главное — в соответствии с приоритетом международного права каждая национальная юридическая система призвана строиться сообразно принципам и критериям *права человека*.

Приведенные положения получают новое подкрепление в связи с тем, что в 2000–2005 гг. судебные инстанции Чили — судя по всему, с учетом мировой реакции по данному делу — лишили Пиночета парламентской неприкосновенности и привлекли бывшего диктатора к юридической ответственности (именно в связи с нарушениями прав человека возглавляемой генералом военной хунтой, притом более чем десятилетней давности). Значит, и на уровне национальной юрисдикции идея верховенства прав человека, к тому же в отношении ответственности недавнего политического лидера, становится ведущим правовым началом демократического общества, согласующимся с универсальным, надгосударственным значением общепризнанных прав человека.

Тут нужны еще вот какие дополнительные пояснения. В мировой юридической практике и до дела Пиночета права человека уже начали получать признание в качестве непосредственно действующих, обладающих прямой юридической силой, независимо от установленных той или иной национальной юридической системы. Еще в 1996 г. судебные инстанции Германии посчитали возможным на основании положений о правах человека привлечение к ответственности деятелей другого, притом уже не существующего государства — бывших деятелей ГДР за действия, которые они совершали по существовавшему в свое время (но к рассмотрению юридического дела утратившему силу) «социалистическому законодательству».

В Великобритании при рассмотрении дела Пиночета такого рода линия не только получила завершение в виде признания глобального, надгосударственного юридического статуса прав человека, но и в соответствии со спецификой общего, прецедентного права Великобритании нашла отражение в самом содержании действующей юридической системы. Ибо (сторона проблемы специального характера, не всегда принимаемая в расчет) право Великобритании характеризуется как раз тем, что в нем как в системе общего прецедентного права демократические правовые ценности и идеалы не просто учреждаются декларациями «сверху» (что во многих случаях на долгое время оставляет их сугубо бумажными или даже пропагандистскими формулами), а формируются и утверждаются в самом процессе решения юридических дел судом, судебной практикой и по своим результатам прямо

входят в действующую юридическую систему, а отсюда и в практику правовой и политической жизни.

Есть весомые основания полагать, что *перед нами — самое значительное* явление в процессе преобразования (точнее, перенастройки) права в соответствии с требованиями современного гражданского общества. Сейчас, в начале нового тысячелетия, при всей значительности самого этого качественного перелома в мире права, мы пока находимся в первых фазах указанного процесса. Сам переход человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа происходит в ходе сложнейших столкновений, противоречий, переплетения разнообразных факторов, социальных сил, исторических зигзагов, неизбежного учета политических и религиозных течений, существующих в мире. И это, конечно же, накладывает свой отпечаток на правовое развитие, часто резко осложняет, деформирует его. Но принципиально важно, что «Рубиеон» здесь пройден, сам этот качественный перелом в мире права определился с должной строгостью, а главное, *уже реально происходит*.

В настоящее время, надо думать, все большее значение приобретает отработка соответствующих юридических механизмов, всего правового инструментария — в соответствии с инструментально-математическим пониманием права, с идеалами и критериями права человека. И хотя здесь перед нами — многотрудная работа, которая потребует долгих лет упорного труда, уже сейчас просматриваются определенные элементы такого рода юридических механизмов, складывающихся в данной сфере юридических конструкций.

Эти элементы подтверждают общезначимость общих принципов права (таких, как «абсолютность соответствующих требований», «автоматизм наступления правовых последствий»). И вместе с тем в данной сфере очевидны перспективы дальнейшего углубленного исследования права как под углом зрения его гуманитарного содержания, так и с инструментально-математических позиций, отработки и совершенствования юридического инструментария, юридических конструкций, специфических правовых идей и принципов.

Еще одна сторона высшего назначения права

Материалы данной главы подводят нас к еще одной стороне высшего назначения права. Право способно быть не только носителем и проводником высоких рациональных, разумных начал в практической жизни людей, но и одновременно призвано стать *прямым выра-*

жением, носителем и проводником свободы человека, его достоинства, высокого статуса, созидательной активности, творческого дела.

То есть быть правом человека.

Впрочем, приведенное положение («еще одна сторона») требует известных уточнений.

Ведь правовая материя (как явление Разума) и так по своей природе характеризуется своего рода целеустремленностью к субъективным правам и, следовательно, тем, что перспектива стать правом человека является для юридической системы стран с демократическим режимом при соответствующих условиях вполне естественной, логичной, закономерной, в чем-то по мере становления современного гражданского общества неизбежной.

Вместе с тем указанная перспектива имеет и самостоятельное значение. Она в условиях формирования гражданского общества уже напрямую отвечает потребностям социальной жизни и должна становиться реальностью. И значит, должна привести в действие потенциал права, его инструментарий и, что не менее важно, развить и усовершенствовать их, обогатить весь арсенал правовых средств и юридических механизмов новыми элементами, позволяющими решать сложные вопросы жизненной практики.

Ранее при рассмотрении юридических аспектов прав человека уже была отмечена необходимость использования таких, в частности, правовых механизмов, как конструкция «абсолютных прав» (при обеспечении свободы слова), или принципа «автоматизма юридических последствий» при наличии определенных фактов (в целях недопущения использования методов войны при решении внутригосударственных проблем).

Инструментальный потенциал права свидетельствует, что *нет ни одной проблемы в области прав человека (да и любой иной проблемы современности), которая при достаточном овладении механизмами и правовым инструментарием не могла бы найти достойного решения в соответствии с потребностями гражданского общества и логикой права.*

Вот перед нами, казалось бы, безнадежная, нерешаемая ситуация в области электроснабжения в сложной экономической обстановке России 2000–2004 гг. Монопольная организация РАО «ЕЭС России», а затем отдельные компании по электроснабжению ввели в практику порядок отключения от электроснабжения региональных и ведомственных потребителей, задерживающих оплату электроэнергии (которые в свою очередь обеспечивают электроснабжение населения, других «конечных» потребителей). И хотя эта практика опирается на положения действующих нормативных документов о взаимных санкциях в случае невы-

полнения обязательств, само это отключение в 2000–2004 гг. приобрело характер одностороннего административного усмотрения, а главное, оно фактически ударило по конечным потребителям – гражданам, в том числе тем, кто аккуратно и в полном объеме платит за электроэнергию региональным и ведомственным посредникам по электроснабжению.

И что же? Кроме жалоб в «центр» (центральные ведомства, Правительству, Президенту) да громких заявлений – безусловно справедливых – о «грубых нарушениях прав человека» какой-либо иной реакции на подобную практику не последовало.

Между тем суть проблемы состоит как раз в том, чтобы ввести в действие комплекс правовых механизмов (цепочки отработанных юридических конструкций), которые обеспечили бы и надлежащую оплату электроснабжения, и применение взаимных санкций, и исключение потерь, которые несли бы граждане, исправно выполняющие свои обязательства.

Нет слов, здесь сложные вопросы юридуко-конструктивного характера. И потому по этим вопросам нужны углубленная специальная проработка и, возможно, как и в любом конструкторском деле, оригинальные решения (например, есть основания рассматривать электроэнергию в отношении жизнедеятельности граждан в качестве своего рода публичного объекта со строгим юридическим режимом, не допускающим какие-либо односторонние действия).

Но принципиально важно то, что все эти вопросы при использовании потенциала науки и надлежащих усилиях специалистов могут получить удовлетворительное решение. И, значит, получит решение сложная социальная проблема нашей действительности.

А если попытаться обозначить один из существенных итоговых пунктов, изложенных в этой и предшествующей главах, то закономерен вывод о том, что *в составе существующих человеческих знаний есть наука правоведение, содержащая такой значительный, пожалуй, поистине гигантский интеллектуальный капитал прикладного характера, который уже сейчас (и тем более в перспективе, при углублении научных знаний, дальнейшей отработке, наладке юридических механизмов) может быть поставлен на службу решения проблем современности.* Причем именно в том направлении, которое строго соответствует требованиям времени – перспективам развития цивилизации, всему тому, что относится к жизни и судьбе людей в современную эпоху всесторонней модернизации общества и гуманитарной направленности его развития.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ ПРАВО В ЖИЗНИ И СУДЬБЕ ЛЮДЕЙ

Уникальные функции. Неодолимость права

Право в своем высшем назначении — это цель наиболее значительной ступени в развитии сообщества людей — *современного гражданского общества*. Общества, в центре которого — человек с высоким достоинством и неотъемлемыми правами¹.

Именно здесь, в современном гражданском обществе, право в полной мере раскрывает свои *уникальные социальные возможности (способности)* и, следовательно, при их практической реализации — *уникальные, не имеющие альтернатив функции*.

Таких функций у права в современном обществе, находящемся в гражданском состоянии, *три*.

В о - п е р ы х, право способно и призвано быть *носителем и гарантом свободы человека в оптимальных формах*. Иного института регуляции, кроме права, способного по максимуму выразить, закрепить, гарантировать и тем самым обеспечить в соответствии с высокими требованиями цивилизации реальность индивидуальной свободы каждого человека (да притом в гармонии с такими же правами всех других людей) в жизни общества не существует. Ни морали, ни корпоративным нормам, ни обычаям и традициям, ни даже индивидуальным решениям самых мудрых правителей, никакому иному способу социальной регуляции осуществление такой задачи *не дано* — не под силу, не их это предназначение.

В о - в т о р ы х, назначение права, *определив условия и границы свободы человека, отсечь от нее «явления зла и несчастья»* — вольницы, злоупотреблений, преступлений во всех их разновидностях. И дело не только в том, что в праве заложен потенциал противостоять произволу и насилию (вместе с тем юридический инструментарий создает надлежащие,

¹ Именно так, как цель общества, определял смысл права философ, который дал наиболее значительную, насколько это возможно, оценку праву, — Иммануил Кант. Он говорил, в частности, что гражданское устройство, воплощающее право, которое «само по себе есть цель», составляет «безусловный и первейший долг во всех вообще внешних отношениях между людьми». По его словам, право — это «высший принцип, из которого должны исходить все максимы, касающиеся общества», и, стало быть, оно, право, призвано получить в обществе «верховную власть» (*Кант И.* Указ. соч. Т. 1. С. 281, 307, 421 и др.).

цивилизационные условия и возможности для профилактической и карательной деятельности правоохранительных государственных органов, оформляет эту деятельность с максимальным учетом прав людей), но и в значении самой формы (права как формы), которая, по словам М. Мамардашвили, не содержит в себе «оснований зла и несчастья»¹.

В - т р е т ь и х (пункт, к которому хотелось бы привлечь особое внимание), право оказывается способным — и это тоже качество уникального порядка — *переводить «свободу вообще» в деловую активность, в творчество, в созидательное дело*. Сами по себе правовые институты собственности, контрактного права, возмещения причиненного вреда, компенсаций и многие другие (в силу конструктивной *расстановки* прав, обязанностей, ответственности), втягивая людей при оформлении и реализации тех или иных отношений в соответствующие юридические конструкции, тем самым вводят их в такие социальные структуры, где оптимальным вариантом поведения является созидательная деятельность по достижению позитивного результата.

А эти функции являются основой и для других направлений незаменимого значения права — и в области политической жизни (где, как показывает опыт передовых демократических стран, правовые начала свободы человека являются исходной базой и камертоном истинно демократического конституционного построения страны), и в области экономической (где правовые принципы определяют конструктивный характер свободной частнособственнической, конкурентной экономики), и в других сферах общественной жизни человека.

Здесь оправдан и вывод более широкого значения. Вывод о том, что в человеческом обществе, достигшем известного уровня цивилизационного развития, возникает *неодолимость права*, его высокая, далеко еще не понятая и по-должному не оцененная социальная значимость в жизни людей. По всем данным, такая, понимание и учет которой окажутся решающими в будущем развитии человечества.

Эта *неодолимость* становится особо острой, императивно необходимой, когда наступает эпоха гражданского общества, когда возникает потребность противопоставить насилию и произволу, доминировавшим в предшествующие исторические эпохи, надлежащую цивилизационную силу, которой, как оказывается, может быть только развитое право, и тем самым утвердить в обществе *свободу человека*, его *достоинство и суверенные права*, а на этой основе — устойчивый демократический порядок, а также защищенность и безопасность людей, в том

¹ Мамардашвили М. Указ. соч. С. 93.

числе безопасность экологическую, максимальную защищенность от разрушительных природных и техногенных катастроф¹.

Есть доказательство!

Существуют достаточные основания полагать, что события второй половины XX в., происшедшие в демократических странах после окончания Второй мировой войны, дают убедительное доказательство могущества современного права (права человека!) в решении сложнейших проблем экономического и социального развития.

Во второй половине XIX — начале XX в. в условиях продолжающегося трудного и противоречивого процесса перехода человечества к цивилизациям последовательно демократического, либерального типа все более стали проявляться пороки, изъяны промышленного капитализма, базирующегося на экономической свободе по нравам «вольницы».

В связи с этим человечество в конце XIX — в первые же десятилетия XX в. оказалось перед вызовом времени. Этот вызов во всей своей жуткой наготе выступил в виде кровавой бойни Первой мировой войны, Великой депрессии начала 1930-х гг., подведшей человеческое общество к черте тотального разрушения цивилизации, ее ценностей, разложения культуры и морали. Обанкротились и те течения общественной жизни, которые в представлении немалого числа людей, казалось бы, давали ответ на вызов времени, — коммунистический строй и фашистский режим. Напротив, тот и другой варианты общественного развития, при всем их действительном и кажущемся различии, породив и поддерживая некоторые процессы модернизации, а еще больше видимость благополучия и даже иллюзию близкого «грандиозного будущего», обернулись на деле диктатурами, беззаконием и мракобесием — режимами рабства и истребления целых народов, наций.

И уж совсем похоронным маршем общественному прогрессу стала новая мировая бойня 1939–1945 гг., по сути кровавая схватка фанатичных идей, безумие вооруженного насилия, принявшая невиданный в истории истребительный характер. В согласии с логикой истории эта новая мировая бойня завершилась в 1945 г. разгромом цитадели

¹ Можно предположить, что за нарушение определенных правовых мер, призванных как-то упорядочить экологические процессы, грозящие катастрофическими последствиями для людей, природа может, так сказать, мстить за себя. Не это ли случилось с США, отказавшимися присоединиться ко многим странам в их правовых мерах по сдерживанию глобального потепления на планете, когда летом 2005 г. невиданные ранее разрушительные смерчи, вызванные как раз запредельным потеплением океанской воды, обрушились на города, фермы и поля американского побережья?

насилия и истребления народов, наций — фашизма. В какой-то мере оказалась подорванной и коммунистическая идеология, так как борьба Советского Союза с фашистской Германией, сыгравшего в разгроме фашизма решающую роль, проходила в союзе с демократическими странами под общими лозунгами «свободы» и «демократии».

Но в целом все же многие регионы нашей планеты после Второй мировой войны оказались в состоянии разрухи, тотального экономического упадка, морального падения.

И вдруг спустя одно-два десятилетия после окончания разрушительной Второй мировой войны в ряде демократических стран (притом оказавшихся зоной наиболее обширных разрушений, и прежде всего стран, сбросивших иго фашистских диктатур, таких как Германия, Италия, Испания) начались стремительное возрождение, быстрое восстановление экономики, переход ее на постиндустриальную стадию, на стадию устойчивого экономического и социального развития. Как так? В чем дело? Каковы причины этого поразительного феномена?

Конечно, одна из причин — это то, что еще в предвоенные годы, во время войны начал набирать силу, а в 1950—1960-е гг. ворвался в жизнь общества многих стран могучий поток научно-технической мысли, открытий, изобретательских свершений во всех сферах техники и передовой технологии, охватывающий источники энергии, материалы, машинную технику, электронику и т.д., а главное — информатику, управленческое дело. И это стало существенным фактором резкого повышения производительности труда, экономии энергии и материалов, быстрой и плодотворной товарной отдачи от производительной активности, предприимчивости, творчества.

Но, спрашивается, каковы все же основания для этой производительной активности, предприимчивости, творчества?

И вот здесь, на мой взгляд, в условиях утверждающегося современного гражданского общества, его ценностей, идеалов и *проявило свою творческую энергию п р а в о*, которое как раз в 1950—1960-е гг. стало все более утверждаться в качестве *п р а в а ч е л о в е к а*. То есть права, благодаря которому в центре жизни общества становится человек-творец и созидатель — гражданин, личность с высоким статусом, достоинством и неотъемлемыми правами.

Вот и совпали, совместились, как это, к счастью, нередко происходит в истории, два, казалось бы, довольно отдаленных друг от друга процесса в жизни общества — фантастический взлет научно-технического прогресса со всеми вытекающими из него поразительными экономико-социальными последствиями и одновременно развитие культуры прав человека.

Получилось, стало быть, что ключевыми, поворотными для права в середине и во второй половине XX в. оказались события 1950–1960-х гг., явившиеся как результатом общего постиндустриального прогресса общества (и в чем-то, увы, прогрессом в связи с «требованиями истребительной войны»), так и процессом утверждения гуманистических ценностей, своего рода правовой реакцией на кровавый кошмар фашистского и сталинского тоталитаризма.

И главное здесь то, что культура прав человека в том виде, в каком она стала выстраиваться в 1950–1960-е гг., *резко возвысила, придала новое высокое качество юридически защищенному статусу человека*, сообщила прочность и надежность его самостоятельности и независимости, уверенность во всех сторонах его активного творческого поведения, персональную ответственность за него. В том числе поведения в сфере современного частнособственнического, конкурентного хозяйства («рынка»), основанного на творческой активности, риске и персональной ответственности человека за результаты его деятельности.

Выходит, в действительности передовую экономическую и социальную значимость имеет не «просто рынок», а рынок как составная часть частнособственнической, конкурентной экономики, развивающейся на основе научно-технического прогресса, в условиях утверждающегося современного гражданского общества. И потому — *облагороженный современным правом, единым с культурой прав человека* (когда корректнее говорить не просто о «рыночной экономике», а о *частноправовой организации* и народного хозяйства, о чем еще в начале XX в. писал замечательный русский правовед-мыслитель И. А. Покровский).

Благодаря «такому» праву экономическая свобода (свобода защищенной, уверенной, ориентированной на право личности) не соскальзывает по некому общему бесовскому проклятию в базарно-разбойничью вольницу, а в полной мере оказывается способной раскрыть природные творческие силы человека, его производительную активность, нацеленность на напряжение сил и ума, его настроенность на первоочередное вложение доходов в модернизированное производство и нацеленность идти на риск во имя экономического успеха, его персональную ответственность за результаты собственного дела¹.

¹ В связи с изложенными положениями о роли права в современной модернизации общества — о главной (с точки зрения автора этих строк) причине неудач реформирования России.

По-видимому, важнейший из просчетов при развертывании в 1991–1992 гг. «кардинальных рыночных преобразований» состоял прежде всего в недоучете того обстоя-

Убежище

Едва ли, наверно, требуется, продолжая рассмотрение права в современную эпоху, приводить в данном месте иные оптимистические свидетельства его роли в жизни и судьбе людей. Думается, приведенные выше данные являются уже достаточными для того, чтобы перейти к принципиальной стороне проблемы, связанной с парадоксами и противоречиями современного общественного развития.

Но один пункт, хотя бы в самом кратком виде, нужно все же обозначить. Тем более что он сопряжен с широко распространенными и по ряду позиций вполне обоснованными представлениями о праве как явлении из области криминальных проблем — социального института, связанного чуть ли не исключительно с борьбой с преступностью. Этот пункт заключается в том, что именно *право в условиях гражданского общества (и тем более в сложной обстановке его формирования) является убежищем для человека.*

тельства, что к этому времени основные условия и факторы естественного, частногоправового развития общества оказались в России, как это и планировали коммунисты, «до основания» разрушенными, уничтоженными строем коммунизма. И это при вдумчивом, основательном научном подходе к сложившейся ситуации требовало не стремительного рывка в процветающий капитализм, а в первую очередь аккуратного восстановления условий и факторов нормального, естественного частногоправового развития — воссоздания производительной, пусть пока мелкой и средней, частной собственности, элементов конкуренции, предпринимательского дела, формирования хотя бы первичных элементов гражданского общества.

А вот теперь (в связи с только что сказанным) — о наиболее существенном просчете. О наиболее роковой причине неудач.

На мой взгляд, главная причина неудачи идущих в нашей стране реформ наряду с упречным пониманием либерализма вообще и отсутствием действительно научного подхода к реформам — это *недооценка права*. Права как решающего средства и важнейшего элемента формирующегося гражданского общества и как решающего средства формирования и определяющего элемента *современной частнособственнической, конкурентной («рыночной») экономики.*

Это значит, что в России не оказалось необходимой социально-правовой основы для сколько-нибудь существенных, действительно демократических преобразований, для свободной частнособственнической, конкурентной цивилизованной («рыночной») экономики. Той основы, которая выражается как раз в *фактическом прочном утверждении в реальной жизни современного гражданского законодательства, построенного на частном праве.*

Ибо к 1991—1992 гг. хотя и было издано несколько «рыночных» законов, но вся укорененная в реальном бытии машина огосударственной экономико-социальной системы сохранилась, да еще с добавлением — продажа существующих богатств. Когда же в 1994—1996 гг. Гражданский кодекс России (в двух основных своих частях) вступил в силу, он уже не сыграл (и не мог сыграть при отсутствии на то твердой государственной и общественной воли) той роли, которая уготована ему историей и самой логикой формирования современного гражданского общества.

Слова об «убежище» представляют собой своего рода знак служения права конкретному человеку в его сложной, полной превратностей и бед жизни, знак защиты от бед, проистекающих от его же, человека, творения, призванного по своей глубокой сути быть стражем людских интересов, — государства, самой мощной в обществе силы. Ибо именно государственная власть, нередко вопреки своему истинному предназначению, обрушивает на человека самую страшную, неотвратимую беду — государственный произвол, своеволие, порядки расправ, бесчинства чиновников, государственного терроризма¹.

А вот в условиях развитой юридической системы гражданского общества человек *именно в праве (притом, конечно же, в праве человека) может найти — коль скоро такое право действительно утвердилось в обществе — надежное убежище* от социальных невзгод, от насилия и произвола, в том числе самого страшного — государственно-го насилия и произвола.

О рассматриваемой стороне гражданского предназначения права с ударением приходится говорить потому, что в современных условиях жесткие и решительные акции государственных инстанций (фактически приводящие к произволу, нарушениям прав человека) подчас обосновываются необходимостью обеспечения в обществе дисциплины и порядка, освящены святым делом — борьбой с преступностью, особенно в ее наиболее злостных и коварных разновидностях — с организованной преступностью, коррупцией, терроризмом.

Да, юридические институты призваны создавать надлежащие, благоприятные условия для профилактической и карательной деятельности правоохранительных государственных органов. Но не меньшая их миссия — обеспечивать эту деятельность с максимальным учетом прав людей. И в связи с этим создавать такие гарантии прав человека (в том числе подозреваемых в преступлениях, подследственных, под-

¹ Не скрою, автору этих строк существо положения об «убежище» как своего рода знаке служения права человеку подсказал писатель, гулаговский мученик и гуманист Ю. Домбровский. Его роман «Факультет ненужных вещей», потрясающий рассказ об ужасах гэбистских застенков, о всеохватывающем страхе людей, низости и изуверстве служителей сталинской «юриспруденции», подлости и коварстве погранной «Фемиды», казалось бы, так и должен бы быть обозначен как повествование о подноготной сталинского тоталитарного режима. А вот сам автор в одном из интервью о сути своего романа совершенно неожиданно сказал, что это — *роман о праве*. Писатель устами одного из героев романа говорит, что именно при сталинском режиме «право — факультет ненужных вещей» — не нужных при тоталитаризме. И заключает словами, полными глубокого смысла и тревоги: «Во всей нашей печальной истории нет ничего более страшного, чем лишить человека его естественного убежища — закона и права. Падут они — и нас унесут с собой».

судимых), которые бы позволяли любому лицу «спрятаться» от произвола, найти именно в праве охранителя и защитника, быть уверенным в том, что при любом повороте событий (даже при признании его виновным в судебном порядке) он будет защищен от расправы, других проявлений произвола.

Вот и получается, что право человека самой системой правосудия, строгих процессуальных процедур, недопустимости применения вне этого государственного принуждения, порядком опротестования и обжалований, презумпцией невиновности и других развитых и отработанных юридических форм и конструкций призвано создать барьер непробиваемой защиты, огражденности человека от насилия и произвола. А с учетом неотделимой от истинного права социальной солидарности – защиты от превратности судьбы обездоленного человека.

Думается, наряду с впечатляющей ролью права в сфере современной экономики именно характеристика развитых юридических систем как надежного убежища для человека является, как показывает практика передовых демократических стран, важнейшим показателем достигнутой ими ступени цивилизационного развития.

Негативы. Противоречивые процессы

Уготованная историей миссия права в современную эпоху и те впечатляющие рубежи, которых оно уже достигло в нынешнее время, сталкиваются с иными, противостоящими им реалиями, тенденциями и направлениями в общественной жизни.

Эти реалии и тенденции в ряде случаев оказываются настолько значительными, что они таят в себе опасность грозных последствий – тяжкой беды для людей, для самой, казалось бы, вполне благополучной, оптимистичной перспективы современного общественного развития. Да не только опасность, но и уже саму беду, ее очевидные знаки, приметы, тяжкие проявления. В том числе и для права в высоком социальном и гуманистическом понимании – права, которому при неблагоприятном его развитии грозит деформация, а возможно, и крушение.

В связи с этим – замечание более общего характера, о чем под несколько иным углом зрения уже говорилось при освещении права человека.

Было бы ошибочным рассматривать переход человечества от традиционных к последовательно демократическим, либеральным

цивилизациям в качестве некоего общего и непрерывного потока позитивных перемен, осложняемого лишь некоторыми сбоями и издержками.

Действительные процессы, происходящие в современном мире, намного сложнее. Исторически закономерный переход тех или иных стран, народов к демократии, к правовому гражданскому обществу не только носит исторически длительный, порой многовековой характер, но и в связи с этим характеризуется тем, что в реальной жизни сохраняются, а порой вновь и вновь реанимируются, утверждают свою жизнестойкость, адекватность реально существующим экономическим, социальным, этическим отношениям социальные структуры и порядки, характерные для традиционных цивилизаций. В ряде случаев – рудименты весьма древних эпох, феодального или раннекапиталистического строя, да притом в таких своеобразных социальных и политических вариантах авторитарного или тоталитарного типов, когда они прикрываются внешне современными, казалось бы, передовыми юридическими институтами.

Весьма противоречивую роль играют и, казалось бы, известные элементы наступающего будущего, в частности великое достижение человечества, реализованное в передовых демократических странах, – сам факт и разнообразные проявления *потребительского общества* (в чем-то несбывшейся коммунистической мечты – мечты изобилия, «жития по потребностям»). Нравы и страсти потребительского общества, ассоциированного с идеологией «рынка», поставили на место в приоритетах социальной и личной жизни человека не свободы и достоинство человека, находящих оптимальное выражение в праве, а уровень потребления, овладение и защищенность материальных источников возрастающих благ, неубывающее стремление к овладению все новыми и новыми благами, порой ненасытное и извращенное. А в связи с этим – перенос центра тяжести в оценке явлений действительности с гуманитарных, духовных критериев на потребности «доступности сырьевых источников материальных благ», на глобализацию рынков товаров и труда, на приоритет технических и технологических критериев.

И вот здесь (после позитивных оценок экономического, социального и правового развития, происходящего в современную эпоху) пора со всей определенностью заявить о сложности, противоречивости самого процесса перехода человечества к последовательно демократическим, либеральным цивилизациям, о наличии в этом процессе теневых сторон, известных отрицательных потенциалов наступающей новой эпохи.

Суть вопроса вот в чем. Наряду с тем поистине великим, порой фантастически грандиозным, что принесла новая эпоха, раскрепостив человеческую активность и силу Разума (и что стало основой взрывной модернизации общества), эта же эпоха породила — пусть и в виде возможности, потенции, но все же породила — явления негативного характера — то, что условно можно назвать *негативами либерализма*. Это и восприятие людьми свободы как состояния вольницы и неудержимого потребительства, и настрой на несвязанность такого поведения какими-либо внешними ограничителями, и доминирование уже упомянутых новых критериев действительности, а в связи с этим новый всплеск магии власти, оправдание в этом ракурсе методов насилия, простор для вспышек этнических и сепаратистских страстей.

Отсюда — нарастающие стремления овладеть путем насилия собственностью и властью. Порой так, что архаичные, тиранические институты оказываются заряженными все новыми соблазнами, порывами к достижению все более и более изощренных благ современного потребительского общества (нередко переходящими грань морали, да и простого здравого смысла, здорового образа жизни).

И тут же разочарования в институтах политической демократии, парламентаризма, системы свободных выборов, при помощи которых (а чаще под прикрытием которых) в ряде стран устанавливаются авторитарные, диктаторские режимы власти, поддерживаются антидемократические политические структуры. Словом, в мире заговорили (по выражению одного из современных мыслителей) о *грядущей анархии*.

Особо сложно и трагично эти обстоятельства проявились в тех странах, в которых радикальные силы вознамерились ускоренными темпами перескочить из одной крайности в другую — от тоталитарного строя (да к тому же в ряде стран восточного, азиатско-византийского образца) к благоденствующему потребительскому обществу с развитой, как ныне принято считать, рыночной экономикой. Это, увы, в силу ряда причин и произошло в России, когда в тяжелейшей схватке за власть в 1991—1992 гг. был взят курс на кардинальные рыночные реформы.

Думается, именно с позиций реальных процессов, связанных с переходом права в новое состояние и с негативами либерализма, и следует рассматривать одну из ключевых и сложнейших проблем нынешнего времени — проблему путей и способов преодоления трудностей и бед, с которыми встретилось человечество в современную эпоху.

К сожалению, в обстановке усиливающейся остроты этих проблем и вызовов эпохи в практических делах ряда стран и в общественном

мнении возрождается былой *расчет на власть как таковую, ее силу — силу бюрократического, полицейского аппарата, вооруженных сил, всей системы силовых ведомств и спецслужб*. И отсюда — известное возвеличивание власти как первостепенной социальной ценности (когда во имя дела, его успеха, во имя экономических и политических расчетов, государственных интересов можно пренебречь иными «формальностями», правами будто бы некоей отдельной личности). Именно с властью, с ее сильными и решительными акциями связывается в представлениях многих людей решение острых проблем нашей действительности, сам образ крепкой государственности¹, особенно в странах (таких как Россия), где стремление быстрыми темпами достигнуть капиталистического рая, а затем и преодоление новых трудностей и бед, порожденных кардинальными реформами, стало чуть ли не всеми реформаторами, объявившими себя «либералами», сопрягаться с властью авторитарного типа. Линия тем более объяснимая, что она согласуется с укоренившимися в обществе за долгие века монархическими и большевистскими нравами и догмами.

В этом отношении происходит даже своеобразная реанимация взглядов и убеждений из прошлых времен, из идеологии тоталитарных режимов, далеких от ценностей и идеалов демократического разви-

¹ В указанной обстановке сложилось представление о том, что именно таков исторический опыт. Ведь и впрямь выход из Великой депрессии начала 1930-х гг. сообразно знаменитому новому курсу Рузвельта был найден, по широко распространенным данным, в ряде решительных государственных мер по упорядочению экономических процессов. И уже совсем показалось поучительным «императивное государственное регулирование» экономических и социальных процессов в предвоенное и военное время. Затем — усиление и расширение социальной деятельности государства, особенно в послевоенных условиях. Да что ни говори, при всех очевидных и в то время минусах коммунизма есть все же — как это под напором массивной пропаганды показалось в 1930–1940-е гг. — великолепный опыт СССР, создавшего на твердой государственной основе коллективное сельское хозяйство, передовую индустрию, гигантский современный промышленный потенциал и решивший в невероятно сложных условиях войны экономические проблемы, — факты, получившие широкую известность во всем мире!

Как тут не признать основательными теоретические выкладки Кейнса и его сторонников о необходимости значительного усиления экономической и социальной деятельности государства даже для свободного общества и вообще целесообразность всестороннего государственного планирования народнохозяйственной жизни госплановского типа! Недаром именно в то время, в послевоенные годы, получила распространение среди передовых умов склонность откорректировать либеральные взгляды идеями «консенсуса» вплоть до теории «социалистического либерализма».

Такого рода идеи в указанное время перекрыли все положительное, что характерно для концепции конвергенции, предполагающей соединить известные ценности социализма и достижения развитого демократического общества, прежде всего политические свободы, принципы и идеалы достоинства человека, его неотъемлемых прав.

тия и верховенства гуманистического права, но таких, которые создают впечатление о легкости и быстроте достижения некоего желанного образца — безупречного порядка и дисциплины. Или же, что не менее страшно и пагубно, быстрого формирования передовой («рыночной») экономики «по-пиночетовски», силовыми методами.

Да, нынешнее состояние общества и общие требования демократического развития нуждаются в надежной, эффективной государственности. Крепкая, эффективная государственность необходима и при переходе от тоталитарного строя к строю современного гражданского общества. Необходима в том числе и для обеспечения функционирования действенной юридической системы, включая решительную борьбу с насилием, преступностью, особенно организованной преступностью, мафией, коррупцией, терроризмом.

Вместе с тем нужно отдавать ясный отчет в том, что само по себе разбухание и возвеличивание власти как таковой, ее выходы за рамки социально оправданного порога, а тем более вторжение власти в экономическую и социальную жизнь возвращают общество к пройденным фазам развития, к общественным порядкам, построенным на доминировании власти с ее пороками и коварством, влекущими отрицательные последствия для общественного развития, прогресса общества, его будущего, судьбы. И что это направление социальной жизни противоречит общим тенденциям развития человеческой цивилизации, необходимости модернизации общества на основе демократии, переходу социальных систем к правовому гражданскому обществу.

Основная идея.

«Умерение» свободы через свободу же

Как же быть?

И вот здесь, отдавая отчет в губительности легких, быстрых решений, необходимо, так сказать, *вернуться к праву — обратиться на последовательно научных позициях к пониманию его природы, особенностей и логики его материи, его богатству юридико-конструктивного порядка, его уникальных функций и возможностей в решении острых жизненных проблем.* Следовательно, необходимо видеть драматизм современного социального развития, основанного на либеральных ценностях и идеалах — свободе и творческой активности человека, когда наряду с потрясающими по грандиозности результатами такого развития нарастающие беды и трудности нынешней эпохи

сопряжены с фактом утверждения нравов и страстей потребительского общества, с негативами либерализма (и, увы, с реанимацией расчетов на сильную власть).

И вот г л а в н ы й в ы в о д из всего предшествующего изложения. Основная идея этой работы.

У человечества нет иного пути и иного способа решения глобальных проблем и трудностей, грозящих тяжкими, катастрофическими последствиями для человеческого рода, как п о с т а в и т ь в с а м ы й ц е н т р ж и з н и л ю д е й с о в р е м е н н о е п р а в о.

Только оно, право, способно противостоять вполне возможной катастрофе, которая грозит человечеству в обстановке грядущей анархии, вольницы, ненасытного и изощренного потребительства, притом, увы, в условиях, казалось бы, близкого всеобщего процветания.

И если принять во внимание изложенные ранее данные, ясен ответ на вопрос, возникающий в связи с приведенными утверждениями: *почему?*

Да по той простой причине, что *именно праву* (именно праву, и никакому иному социальному институту) *дано быть умерителем свободы человека — гарантированным ее носителем, определителем ее меры и границ, а главное — способом ее переключения в творческую, созидательную активность.* Иного пути и иного способа ввести свободу человека в органическую меру, упорядочить свободу, отсекая от нее все отрицательное, включая негативы либерализма, — умерить и упорядочить ее *через свободу же!* — в природе, в арсенале социальной действительности *просто нет.*

А право в высших своих значениях как будто бы специально (а быть может, и не как будто), представляя собой явление Разума и высоких человеческих начал, приспособлено для решения задач того как раз времени, когда реализуются ценности и идеалы Свободы и когда, увы, появляются на свет и грозят людям тяжкими последствиями страсти потребительского общества, бескрайняя вольница, негативы либерализма и настроений вновь опереться на сильную власть, которая — как показывает ее природа и исторический опыт — с какой-то неотвратимой неизбежностью вырождается во власть единодержавную, тираническую.

С этой точки зрения именно сейчас, в обстановке только-только наступившего нового тысячелетия, во многом решается судьба человечества. Прежде всего, надо полагать, решается коренной вопрос: обладает ли в схватке между насилием и правом указанная ранее ли-

ния на возвышение правовых начал в жизни людей, и право в своих высоких значениях — в современных условиях право человека — *займет центральное место в жизни общества?* Или же произойдет трагический для человечества поворот назад — к порядкам права силы, к нравам (по-византийски или как-то иначе изощренно приукрашиваемым благообразными лозунгами и формулами) произвола, насилия, в лучшем случае к тому, что может быть названо «правоприменительным правом»?

При этом необходимо — и это вовсе не мелочь! — при всем ужасе терроризма видеть, что, к сожалению, лозунг «борьбы с терроризмом» в ряде случаев *становится прикрытием, оправдывающим применение грубого вооруженного насилия при решении внутригосударственных и международных проблем, требующих по своей сути правового разрешения;* становится способом легализации и даже облагораживания государственного своеволия.

Создается впечатление, что Провидение на самом первом пороге нового тысячелетия решило, скажу жестко и грубо, *ткнуть нас носом* в такую тяжкую прозу жизни, которую мы в череде обыденных дел не видим (а если видим, то главным образом в скандальных подробностях и в заидеологизированных политических штампах), но в которой, однако, отчетливо просматривается наиболее глубокое и основательное в нашей жизни — трудное, порой драматическое, не во всем еще утвердившееся *становление основополагающих ценностей современной цивилизации,* связанных, помимо всего иного, с противостоянием между правом и насилием. Будем верить (на мой взгляд, верить и знать) в то, что именно современное демократическое, конструктивное совершенное право окажется в центре жизни людей.

Нужно только само право понимать в том высоком социальном и гуманитарном значении, которое оно приобретает — сообразно объективным процессам действительности и с достижениями науки — в современных условиях, в новом, третьем, тысячелетии христианской эры. Это, помимо всего иного, призвано *настроить* и современную науку, в том числе в практических сторонах ее служения действительности, когда наряду со все большим утверждением в праве гуманистических ценностей и идеалов отработка совершенных юридико-конструктивных построений, реализующих высшее назначение права, займет — непременно займет! — столь же значимое место, как и конструирование новых технических свершений — новых поколений ЭВМ, выработка конструктивных схем биотехники и конструкторские решения в области ракетной техники, технологии связи, понимании и какой-то реа-

лизации в наших делах всего того потрясающего, что заложено в биноме человека.

Право нового тысячелетия

Право третьего тысячелетия — право, которое призвано быть в силу самой логики общественного развития *правом цивилизованных народов*.

Эти слова (право цивилизованных народов) еще в первой половине прошлого века прозвучали в одной из работ немецкого правоведа, специалиста по цивилистике и сравнительному правоведению, в сущности нашего современника — Эрнста Рабеля. Приведу их (оборванные в конце фразы многоточием) в одном из оригинальных переводов с немецкого¹: «Переливающиеся многоцветием под лучами солнца и трепещущие от дуновения ветра *живые организмы права цивилизованных народов* составляют вместе единое целое... (курсив мой. — С.А.)»².

По первым впечатлениям как будто бы фраза как фраза, некая, пожалуй, даже нарочитая красивость. Я же смею утверждать, что перед нами *одна из самых основательных характеристик права в современную эпоху*.

Конечно, выражение «право цивилизованных народов» условное, с некоторым даже этически небесспорным, проблемным акцентом. Но оно все же с необходимой определенностью обозначает особенности ныне формирующихся юридических систем, которые уже в той или иной мере состоялись как демократические и правовые. Притом состоялись в качестве реально высокозначимого звена современного гражданского общества³.

¹ В данном фрагменте автор воспользовался переводом, сделанным профессором Ю. Юмашевым в книге: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 53. В отличие от дословного перевода, который будет приведен в последующем, Ю. Юмашеву удалось, на мой взгляд, теоретически и терминологически более строго выразить саму суть идей Э. Рабеля (во всяком случае в тех ее гранях, которые относятся к содержанию настоящей работы).

² *Rabel E.* Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // *Rabel E.* Gesammelte Aufsätze. Bd III. Tübingen, 1967. S. 5. Дословный перевод данного фрагмента, предложенного в приведенном ранее русском издании, таков: «В тысячах форм отливается и трепещет под солнцем и на ветру право каждого цивилизованного народа. Все эти вибрирующие организмы вместе образуют единое целое, которое еще никому не удалось охватить взглядом».

³ Хотя, тут же замечу, вряд ли было бы оправданно точно, «поименно», в исчерпывающем перечне обозначить «списочный состав» стран, в которых в большей или меньшей мере сформировались юридические системы указанного уровня. Даже в самых раз-

Три момента в таком понимании «права цивилизованных народов» с юридической стороны являются наиболее существенными.

Первое — это то, что в них уже состоялась или во всяком случае с достаточной строгостью определена *перенастройка* юридической системы в соответствии с *началами права человека*. Состоялась или определена не в декларациях, лозунгах, объявленных намерениях, а на деле, в самом «живом организме права», то есть в действующих юридических механизмах, принципах, нормах, в конечном счете — в решениях судов, иных юрисдикционных органов по конкретным жизненным ситуациям. Следовательно, «право цивилизованных народов» — это по своей общей социальной характеристике последовательно *гуманистическое право* (в том значении понятия «гуманистическое», когда оно означает приоритет и высшую юридическую значимость высокого достоинства и неотъемлемых прав и свобод человека).

Такое значение, по всем данным, имеют решения судебных инстанций Великобритании в 1998–1999 гг. по делу Пиночета (а в 2000–2004 гг. также и Верховного суда Чили), аналогичные по значимости решения Конституционного суда и других высших судебных инстанций Германии. Как отмечается в литературе по сравнительному правоведению, в Германии вообще указанное понимание права связывается не только с правонарушениями; оно касается права в целом, распространяется и на частное право. Так, «в решениях Верховного федерального суда... развивается принцип посильного возмещения ущерба в случае нарушения основных прав человека». Примечательно (и это в полной мере согласуется с идеей права цивилизованных народов), что этот принцип Верховный федеральный суд Германии защищал ссылкой на то, что (далее приводится выдержка из решения суда) «почти во всех правовых системах, в которых, как и в нашей, ценности отдельной личности отводятся центральное место, возмещение морального ущерба за оскорбление и унижение, физическое и моральное, признается в качестве гражданско-правовой санкции»¹. Вот и сейчас, в наши дни, судебные и иные государственные инстанции Германии с опорой на требования права человека решают и во многом уже решили правовую ситуацию, связанную с компенса-

витых в демократическом и правовом отношениях странах «право цивилизованных народов» в полном значении рассматриваемого понятия еще не утвердилось и, реально существуя в тех или иных проявлениях демократически развитых стран, так или иначе уживается с иными элементами и структурами предшествующих эпох, не столь высокого цивилизационного, гуманитарного уровня.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 34.

ми за рабский труд, использованный немецкими фирмами и иными организациями при фашистском режиме.

В т о р о е, что характеризует «право цивилизованных народов» с юридической стороны, — это *центральное положение права как регулятора в обществе*.

Центральное с точки зрения признания общезначимости права во всем обществе, во всем «народе» (когда только и возможно говорить о «праве народа» или «народов»). И одновременно центральное с точки зрения положения права во всем комплексе институтов и средств социальной регуляции. Прежде всего (и притом с атрибутами «абсолютно», «безусловно») в сфере принуждения, особенно государственного, которое в гражданском обществе в условиях демократического режима должно выступать исключительно в виде *правового принуждения* со всеми присущими ему характеристиками — ответственностью за персональную вину на единых для всех субъектов юридических основаниях, реализуемой только в строгих процессуальных процедурах и т.д. Здесь требуется такая отработанность и, главное, такое состояние действующих юридических форм и конструкций, которые исключают из жизни общества произвол, и в особенности насилие, не допуская ни под каким видом и предлогом легализацию и использование насилия для решения жизненных проблем, в том числе и применение методов войны с использованием регулярной армии и ее тяжелой техники для решения внутригосударственных дел, конфликтов (за исключением, понятно, пресекательных и оперативных полицейских действий и военных акций в действительных ситуациях войны, и там и здесь, впрочем, жестко обставленных законодательными ограничениями, процедурами и гарантиями).

Т р е т ь е, характеризующее современное право в его позитивных проявлениях, — это концентрация в юридических системах развитых демократических стран по максимуму *оптимальных юридических средств и механизмов*, по максимуму *совершенных юридических конструкций*, в том числе соединение «чистых» и классических правовых форм, характерных для различных национальных правовых систем, с культурой прав человека, а в итоге — явление крупномасштабного порядка, которое может быть охарактеризовано как процесс *правовой конвергенции*.

Это значит, что развитие правовых систем (особенно в странах, продвинувшихся по пути модернизации, демократического развития, на Западе — в романо-германском праве и в общем, прецедентном праве англо-американского юридического типа) идет, хотя с разными темпами и с различными вариациями, но все же в *одном направлении*.

Причем так, что происходит взаимное обогащение права в различных ареалах и в итоге — своеобразная *интеграция* в праве, при которой соединяются в единые правовые образования, в целостные юридические конструкции преимущества и достижения различных сфер права, разных систем. Подчас такие преимущества и достоинства, которые, казалось бы, отличаются чуть ли не полярной противоположностью, кажущейся несовместимостью.

Весьма отчетливо эти процессы дают о себе знать в сфере публичного права. И в странах с традиционно монархической формой правления, и в странах с республиканским государственным устройством при всем, казалось бы, качественном различии существующих здесь государственных систем одинаково вместе с развитием демократии складываются однотипные юридические режимы, основанные на принципах народовластия, свободных выборов, разделения властей, приоритета прав и свобод человека и гражданина.

Аналогичные процессы происходят в сфере частного права. Здесь наукой раскрыто в общем-то поразительное явление, которое получило название *презумпция идентичности*. Дело в том, что при всем многообразии, универсальности правовых средств в частном праве существуют на каждом этапе развития общества единые правовые потребности¹, которые обуславливают необходимость выработки адекватных правовых решений и, следовательно, одинаковых, порой совпадающих юридических конструкций. И вот поразительное явление (называемое подчас «основной закон сравнительного права»). Суть этого явления в том, что «различные правопорядки, несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования на практике, решают очень часто одни и те же жизненные проблемы, вплоть до мельчайших деталей, одинаково»². Словом, так, когда складываются и действуют *единые юридические конструкции и принципы*.

Понятно, при этом нужно принять во внимание, что на содержание юридического регулирования оказывают влияние различные факторы, нередко сугубо субъективные или этические, религиозно-философские. Но «если исключить эти сугубо субъективные и этически

¹ Например, как подмечено специалистами, все развитые правовые системы мира должны содержать нормы (точнее, юридические конструкции), защищающие права приобретателя или залогодержателя недвижимости в первую очередь от ущерба, который может быть нанесен этим правам законными, но не известными им притязаниями на данную недвижимость третьих лиц.

² Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Т. 1. С. 58–59.

обусловленные вопросы – преимущественно семейного и наследственного права, – а к остальным областям права применить в сравнительном плане «неполитическое» частное право, то вновь подтвердится констатация: одни и те же юридические проблемы одинаково или в значительной мере сходно решаются во всех развитых правовых системах мира». Это и позволяет говорить о *презумпции идентичности* (*presumptio similitudinis*), причем даже «как инструменте для принятия практических решений»¹, то есть инструменте, едином для права цивилизованных народов в его *юридико-конструктивном содержании* (жаль, что поддавшись модному критическому настрою в отношении «юридического позитивизма», авторы цитированных выше положений не обратились к этой принципиальной стороне правового развития, ограничившись тезисом об «одинаковых» или «сходных» решениях).

Отмечая принципиально новые черты права наступившего тысячелетия, необходимо вместе с тем обратить внимание на следующие два момента.

Во-первых, высокое положение права в жизни общества предполагает в целях обеспечения строго правового порядка, в том числе прежде всего по вопросам государственного принуждения, сохранение и упрочение фундаментальных (непреходящих, вечных) юридических ценностей, максимальное использование всего богатства юридической культуры, всех накопленных человечеством достижений в области юридических гарантий и юридических средств, юридических механизмов, обеспечивающих действительную реализацию правовых идеалов и ценностей. А отсюда – признание на практике твердыми и незыблемыми действующими юридическими принципов и механизмов, выражающих такого рода правовые идеалы и ценности.

Первое место среди таких идеалов и ценностей занимает *принцип законности*.

Здесь по ряду пунктов, помимо всего иного (в сложном переплетении социально положительного и негативного), мы встречаемся с глубокой *драмой права*. Это – возможность произвольного в ответ на факты геноцида применения вооруженной силы в отношении суверенного государства, как это случилось в 1999 г. со стороны стран НАТО в отношении Югославии. А в последние годы – в отношении Афганистана и Ирака.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 59. При этом авторы специально обращают внимание на то, что эта презумпция «неприменима в тех областях права, которые несут слишком сильный отпечаток политических и моральных представлений данного общества» (С. 60).

Надо полагать, что, как бы ни были значительны основания для реакции на факты нарушения права человека (иные аналогичные факты, например возможность применения средств массового поражения, реакционность существующих режимов), указанные соображения ни на йоту не устраниют фундаментальную значимость основных достижений мировой юридической культуры — начал законности как таковой, других фундаментальных правовых ценностей, включая требования правосудия, изначального равенства всех в праве, действующие юридические порядки (в том числе действующий порядок применения вооруженной силы в международных отношениях). А следовательно, понимание того, что при игнорировании этих правовых ценностей и порядков перед людьми, всем обществом, вновь открывается, быть может, самая страшная в жизни людей беда, несчастье и проклятие — *вакханалия насилия, произвола и анархии*.

И вот на данной стадии мирового правового развития, когда на первый план выступают гуманистические характеристики современного права (права цивилизованных народов, или, что то же самое, гуманистического права), его существенной неотъемлемой чертой наряду с рассмотренными ранее передовыми юридическими формами должны остаться, в частности, и требования строжайшей законности как таковой. А также, следует добавить, и иные аналогичные принципы, такие как принцип правосудия (при установлении истинности фактов и определении юридических последствий), принцип равенства в праве, презумпция невиновности¹.

¹ И еще замечание общего характера. По тем же только что охарактеризованным основаниям, касающимся парадоксальной противоречивости правовых реалий прошлого, надо видеть, что авангардные, вырывающиеся вперед достижения юридической культуры на соответствующем этапе исторического развития лишь *тогда имеют реальное юридическое значение, когда они находят то или иное строго конструктивное выражение в институтах действующего права, его принципах, началах правосудия* (например, таких как равенство в праве, необходимость правосудного фиксирования фактов для признания их истинности и достаточности как основы применения государственно-принудительных действий). И такого рода юридические институты и правовые принципы имеют непреходящее значение, сохраняют свою юридическую силу и в новых условиях, в том числе и тогда, когда на первое место («впереди всего другого») самой логикой жизни и общественным сознанием выдвинуты неотъемлемые права и свободы человека.

Так что хотя на современной стадии развития цивилизации права человека становятся юридической реальностью и напрямую входят в позитивное право, они до сих пор пока еще не нашли конструктивного выражения в тех или иных юридических институтах (а такова генеральная тенденция правового развития в демократических странах), остаются общими началами, определяющими, базовыми ориентирами для действующего права. Не более того! Они призваны быть основой правовой политики страны, направлять правотворческую деятельность, усилия по воплощению прав человека во всем комплек-

И конечно же, должен прочно утвердиться в современном правосознании и в действующих правовых порядках такой жесткий настрой, связанный с приданием непосредственного юридического значения правам человека, когда бы абсолютно (на уровне безоговорочного и безусловного «табу») исключалась сама возможность с одной лишь

се юридических норм, правовых порядков и процедур. Они имеют значение в качестве критерия при толковании права, еще большее – в формировании правосознания, общего отношения к праву со стороны всех субъектов, прежде всего всех граждан, должностных лиц, государства в целом.

Но права человека как таковые (то есть не выраженные в действующих юридических институтах, в юридических конструкциях) *не могут быть достаточной юридической основой для совершения юридически значимых действий управленческими, исполнительными органами власти*. И прежде всего, как это ни парадоксально, именно по фактам, свидетельствующим об их, правах человека, нарушениях, даже таким фактам, как геноцид, преступления против человечности, то есть фактам, по самой своей сути требующим жесткой реакции, при необходимости – мер государственного принудительного, даже вооруженного воздействия.

В соответствии с принципом законности есть только один путь (кроме, понятно, законодательных нововведений), для того чтобы такого рода факты приобрели значение достаточного основания для юридически значимых действий. Это их признание в качестве юридически значимых и в этом отношении юридически достаточных *органами правосудия*. Именно суд, действующий в надлежащих процессуальных процедурах, по своему месту в юридической системе, статусу и возможностям может устанавливать истину по данной ситуации и именно ему «дано» непосредственно определять юридические последствия по данным, в правосудном порядке установленным фактам – ситуациям, требующим правового реагирования.

Следовательно, *права человека могут служить непосредственной юридической основой для вынесения юридически значимых решений только для органов правосудия*. А уже затем эти решения могут или, скажем жестче, должны стать достаточным юридическим основанием и для надлежащих действий управленческих, исполнительных органов всех рангов.

Мы видели, что именно таким путем, то есть через суды, права человека как идеологическая категория реально «входят» в действующее право, свидетельствуя о его глубокой «перенастройке», об обретении действующей юридической системой качества права человека как объективной реальности, о фактической реализации требований правозаконности.

Причем и в деятельности судов в рассматриваемом отношении могут быть отмечены некоторые важные особенности.

Одна из них заключается в том, что органы правосудия развитых демократических стран принимают указанные решения, ориентируясь при этом на общее состояние утверждающегося в таких странах «права цивилизованных народов». Здесь можно привести выдержки из решений Федерального суда Германии, где возмещение морального ущерба, связанного с нарушением прав человека, обосновывалось, помимо иных аргументов, общей линией правовых систем, «в которых, как и в нашей (речь идет о современном немецком праве. – С.А.), ценности отдельной личности отводятся центральное место». С этой точки зрения становится понятным, почему в другом решении суд ограничил возмещение морального ущерба лишь случаями особо тяжелого нарушения прав личности. По данному вопросу Федеральный суд ФРГ ссылался на швейцарское право, которое при сравнении с законами других стран, в том числе Германии, «придает правовой защите личности большее значение, чем ГК ФРГ...» (*Ивайзерн К., Кётц Х.* Указ. соч. Т. 1. С. 34).

ссылкой на «права человека» и другие гуманитарные мотивы внесудебного применения государственно-принудительных мер, и особенно использования вооруженных сил, спецслужб для решения внутригосударственных — политических и иных — проблем по одному лишь усмотрению управленческих, исполнительных органов.

Во-вторых, господство в обществе начал права цивилизованных народов (и скажу еще раз, общезначимых правовых ценностей и категорий) не должно исключать из нашего поля зрения влияния на правовые системы государств отмеченных ранее негативов, в том числе негативов либерализма.

И дело не только в том, что эти негативные факторы и процессы могут затормозить становление права цивилизованных народов. Суть и острота проблемы заключается еще и в том, что, как показывают факты нынешнего времени, могут возникнуть процессы обратного порядка, движение вспять, возвращение (пусть и частичное) к праву силы, к его жесткому проявлению — «кулачному праву». Увы, такие процессы как раз во многом характеризуют военные акции коалиции во главе с США, страной с наиболее передовой системой демократии, против Югославии, Афганистана, Ирака. Тем более в обстановке, когда военные акции с использованием современного тяжелого вооружения в отношении некоторых из указанных стран обосновываются политикой устранения «реакционного политического режима» (сменившей мотив «борьбы с терроризмом») — основанием, никак не согласующимся с международно-правовыми нормами, юридически оправдывающими применение вооруженной силы против суверенных государств.

Тут наряду с другими факторами и явлениями антиправового свойства намечается формирование принципиально нового юридического феномена, который можно назвать *правоприменительным правом*, то есть формирование юридических систем, в которых под прикрытием юридически возвышенных, передовых лозунгов и формул осуществляются фактические действия органов власти (преимущественно исполнительных органов, силовых структур). Действия, основанные не на содержании и смысле законов, судебных прецедентов, иных общепризнанных юридических оснований, а непосредственно на «фактах правоприменения» со ссылкой на какие-то будто бы законные «зацепки» в нормативных актах, требования практики и т.д.

Словом, наряду с оптимистическими, воодушевляющими тенденциями современное право находится, так сказать, на развилке — на том этапе, когда существуют предпосылки и факторы, ведущие к деформации права, когда оно может оказаться на обочине социальной жизни

ни — в том состоянии, когда не исключено *крушение права* как одного из высших достижений человеческой цивилизации и культуры. Впрочем, в этом случае не устоят под напором «демонов зла» и сами современные цивилизация и культура.

У нас, в России

Отмеченные выше процессы развития права в современную эпоху, в том числе процессы правовой конвергенции, затрагивают в основном передовые, демократически развитые страны, которые существенно продвинулись в утверждении ценностей последовательно демократических, либеральных цивилизаций (да и здесь, как было уже отмечено, еще немало сбоев, явлений, выбивающихся из общего потока такого рода процессов).

Передовые интегрированные правовые структуры довольно быстро утверждаются и в ряде других стран, прежде всего «молодых» государственных образований, твердо вставших на путь современного демократического и правового развития.

В немалом же числе стран, особенно экономически и социально отсталых, указанные процессы только намечаются либо (в лучшем случае) могут рассматриваться в качестве более или менее отдаленной перспективы.

Особо сложной в этом отношении является ситуация в государствах, которые не имеют прочных, укоренившихся во всем строе и образе жизни людей перспективных правовых традиций, тем более если в этих странах естественный ход цивилизационного развития оказался прерванным, произошел сброс в обстановку тоталитарных фанатичных режимов и ныне идет трудный и мучительный процесс освобождения от наследия прошлого и освоения институтов и ценностей современного гражданского общества.

Из этих стран, быть может, наиболее сложной является обстановка в России. В связи с этим сделаю несколько кратких замечаний о возможностях и перспективах восприятия и реализации в российском обществе процессов, характерных для идущего в настоящее время мирового правового развития, в том числе тех процессов, которые выражают утверждение в жизни общества права человека, институтов, принципов и идеалов «права цивилизованных народов».

Прежде всего было бы опрометчивым и губительным для перспективы цивилизационного развития России встать на путь ускорения — одним по-большевистски мощным броском выйти в области права на

уровень передовых демократических стран. Результаты проведенных в подобном темпе и устремлениях в 1992–1996 гг. кардинальных экономических реформ, которые привели не к формированию свободной частнособственнической, конкурентной («рыночной») экономики с устойчивым постиндустриальным экономическим развитием, а к одному из вариантов номенклатурного полукриминального капитализма (смягченного исключительно благоприятными, уникальными внешнеэкономическими условиями), должны быть для нас горьким поучительным уроком.

Вместе с тем сама логика перехода от тоталитарного строя советского образца к современному гражданскому обществу требует известных *опережающих акций* именно в области права – авангардного достижения тех рубежей, которые могли бы стать ориентиром и надежной опорой для плодотворного экономического и социального продвижения вперед в общем направлении демократического реформирования.

Но такое «опережение» – внимание! – должно происходить все же в соответствии с *существующим состоянием правового развития страны* (в том числе в области правовой культуры, правосознания), а главное – в согласии с *позитивными юридическими реалиями, которые выражают уже определившиеся в прошлом и вошедшие в жизнь типовые характеристики, принадлежность к той или иной семье права*. Пусть даже эти юридические реалии и характеристики – как это произошло в России – во многом, а при советском строе чуть ли не исключительно имели преимущественно внешний характер, не очень-то затрагивающий реальную политическую и социальную жизнь.

Это значит, что для российского общества в условиях, когда оно только-только начинает выходить из строя всепоглощающего коммунистического тиранического режима, с в е р х з а д а ч е й в области права должно быть не осуществление некой «правовой конвергенции», во всяком случае в полном ее объеме, а в первую очередь максимальное, насколько это возможно, использование тех ценностей на одном из магистральных направлений мирового правового развития – *ценностей права романо-германского (в основном германского) типа*. Это путь, на который Россия твердо уже встала и стала развиваться начиная с XVIII–XIX вв. и на котором, надо добавить, в результате реформ Александра II и самой логики общественного развития Россия достигла ко времени большевистского переворота пусть и скромных, но все же заметных успехов (что и было использовано для внешне престижного антуража, характерного для советского коммунистического режима).

С этих позиций нужно видеть, что те скромные достижения в направлении «опережающего» правового развития, которые можно отнести к плюсам проходящих ныне российских реформ (это, по многим данным, Конституция 1993 г. с ее гуманитарно-правовой стороны, Гражданский кодекс, ряд других законодательных документов, первые шаги реформирования судебной системы), — это главным образом реализация ценностей «*права, выраженного в законе*». А отсюда — их развитие в полном соответствии с первыми фазами такой реализации, которую прошли или проходят все страны, где утвердилось право романо-германского типа. Это наряду с рядом позитивных сторон правового развития (в том числе в отношении юридино-конструктивного правового содержания) возвеличивание закона, признание его абсолютного и безусловного верховенства, за исключением лишь, пожалуй, того, что может быть отнесено к негативным сторонам формулы «диктатура закона». И одновременно — настороженное или сдержанное отношение к судебным прецедентам, преимущественное сведение назначения суда к функции строгого и неукоснительного проведения в жизнь воли законодателя.

С этих же позиций следует признать, что и на ближайшее, быть может, и на более отдаленное время именно *культура закона* при всех «коварствах» закона, других его противоречивых качествах (закон может быть формой легализации насилия, произвола) останется при благоприятных политических и социальных условиях (и это, скажу еще раз, неизбежная фаза правового развития страны с юридической системой романо-германского типа) *оптимальным направлением отечественного правового прогресса*. Именно здесь, на таком направлении отечественного правового прогресса, произойдет, будем надеяться, интеллектуальное обогащение права, повышение его структурированности, наращивание его богатства в юридино-конструктивном отношении — все то, что необходимо для твердой законности и одновременно для постепенного обретения российской юридической системой технико-юридического совершенства и качеств права человека.

Вместе с тем такого рода направленность современного правового развития России, ориентированного на максимальное использование потенциала культуры закона, вовсе не исключает известных шагов также и в направлении повышения значимости судебной практики, подготовки к тому, чтобы в перспективе поставить на службу формирования современной юридической системы России также и достижения прецедентного права.

Конечно же, и на сегодня, и на завтра задача первостепенной важности — это возвышение права, придание ему значения цели и идеала социального развития — важнейшего, ключевого звена формирования современного гражданского общества. И отсюда — всеобщее развитие современного правосознания, правовой культуры и воспитанности.

Одновременно как на некоторый кульминационный пункт или ключевое звено перспектив правового развития в российском обществе следует указать на важнейшее звено высокой культуры права — *правоведение и правоведов*. Именно от уровня социальной и профессиональной значимости нашего правоведения, от его состояния и реального места в жизни общества, а следовательно, от усилий, гражданственности и мужества российских правоведов решающим образом зависит как решение всех упомянутых выше задач, составляющих суть предстоящей действительной российской правовой реформы, так и в целом судьба права в России.

Борьба за право — два звена

Эта книга, по авторскому замыслу и сути рассматриваемых проблем, помимо решения ряда теоретических задач призвана поддержать настроения оптимизма и веры в право, а значит, в оптимистическое будущее людей, всего человеческого сообщества. Для нас в России — веры в преодоление бед и проклятий прошлого и выход с помощью продуманных реформ и потенциала права на уровень современной цивилизации, устойчивого экономического и социального развития.

Но в завершение книги приходится с некоторой жесткостью расставить акценты в такого рода настрое и сказать о том, что право в том виде, в каком оно сообразно своим идеалам и ценностям обрисовано в книге, *н е с о с т о и т с я* (с несбывшимися надеждами и со всеми негативными в этом случае последствиями), *если повсеместно, «всем миром» не повести целенаправленную, бескомпромиссную борьбу за право*. Притом *право в его высших гуманистических и конструктивных характеристиках*.

И дело не только в том, что право, по словам знаменитого немецкого правоведа Рудольфа Иеринга (на мой взгляд, юриста «от Бога», одного из немногих мыслителей-правоведов, глубоко и тонко понимающего сам феномен юридической материи), не в пример растению произрастает не само собой — не само по себе раскрывается в истории. И не в том еще, что мысль о необходимости борьбы за право, справед-

ливая по самой своей сути, становится еще более значимой и в чем-то очень острой и тревожной, если видеть в праве объективированное бытие Разума, средоточие интеллектуальных богатств, высокочастичных юридических механизмов, от которых по максимуму зависит решение сложных проблем современности.

Главное, что предопределяет необходимость последовательной борьбы за право в современных условиях, заключается в том, что ему, праву, и в особенности праву, которое должно служить человеку, противостоят могущественные противоборствующие силы. Силы, скажем так, антиправовые по своей сути, то есть такие, для которых право представляет собой ненужное и даже вредное явление. А если в чем-то нужное и полезное, то не в развитом виде, не в своем исконном предназначении в сообществе разумных существ – служить человеку, но всего лишь в своих усеченных, ограниченных качествах. Главным образом в виде права власти, верной и безропотной «служанки» могущественных экономических и политических сил, «крыши» для оправдания любого своеволия, некоего сугубо оформительского, служебного, подсобного инструментария в политической и деловой жизни, где решающую роль играют власть и собственность.

Борьба за право во всех гранях и ипостасях этого трудного дела включает ряд составляющих, которые охватывают и уровень развития институтов гражданского общества, и состояние культуры и гражданственности в стране, и характер утвердившейся политической власти, и темпы экономического развития, и особенности всего общественного сознания, и многие другие факторы, касающиеся в сущности всех сторон развития общества.

И все же при всей важности только что отмеченных и иных факторов хотелось бы выделить (с учетом разработок в этой книге) два ключевых звена.

Первое из них – это *интенсивная разработки идей права, обретение ими высокого научного и гражданского признания*. Идеи права в современном их понимании достойны того, чтобы они стали одним из центров интеллектуальной, духовной жизни общества, ничуть не уступающим науковедческому статусу передовых естественнонаучных и технических знаний.

Ведь общества, в которых утверждаются последовательно демократические, либеральные цивилизации, – это постиндустриальные, технологически и информационно развитые общества и в не меньшей мере общества свободные, самоуправляющиеся, сутью и стержнем которых становится право. Право, которое позволяет людям утвер-

даться в великих демократических ценностях и, используя могущественный потенциал юридического инструментария, справиться со всеми негативами, с вырывающейся на простор вольницей, со вседозволенностью в потребительских страстях и, таким образом, сделать свободу в высшем цивилизационном понимании исходным началом и стержнем достойной жизни людей, обратить ее в человеческую активность, творчество, свершения ума — основу восходящего развития человеческого рода¹.

Именно тут можно ожидать утверждение позиций подвижников, активных и искренних приверженцев идей права, непреклонных борцов за правовые идеалы и ценности.

И в т о р о е ключевое звено. Это понимание, разработка и использование всего конструктивного потенциала права — уникального юридического инструментария, юридических механизмов.

Сейчас становится все более очевидным, что использование потенциала права по запросам и вызовам эпохи не сможет сколько-нибудь

¹ А это все предполагает необходимость, как уже отмечалось (и если в данном случае уместно еще раз использовать возвышенные категории), *новой эпохи в понимании права* — такого развития, пожалуй, даже *поворота* в правопонимании, который бы в полной мере отвечал принципиально новым потребностям последовательно демократических, либеральных цивилизаций.

Уже сейчас, думается, вырисовываются некоторые направления такого поворота в понимании и характеристиках права, которые способны преодолеть традиционные трактовки и дать ответ на требования времени.

О них и говорилось в данной книге. Это, в частности:

— характеристика права *с мировоззренческих позиций*, то есть его понимание как *особого мирозданческого явления* — самостоятельного, самобытного, уникального звена в процессах бытия и развития человечества. Причем такого звена, которое имеет свои незаменимые функции и свое предназначение, не сводимое ни к категориям государства, ни к категориям морали, и, быть может, еще такого, которое обладает качествами природного по своим основам, корням явления;

— рассмотрение права как *объективной реальности* — сильного и действенного фактора в жизни людей, в самой материи которого заложена специфическая логика, «целестремленная» к свободе человека, их обеспечению;

— понимание права в высших его значениях как *права человека*, которое несмотря на все метаморфозы «приговорено» служить людям и, что особо существенно, способно осуществить, казалось бы, невыполнимую задачу — не только преодолеть негативные стороны величайшего дара человека — свободы, но и обратить ее в активность человека, его творчество, свершения ума;

— характеристика права как *феномена Разума и высоких истинно человеческих начал*. Причем таких начал (относимых к числу духовных, идеальных), которые, быть может, наиболее близки к самой сути человека как высшего, великого создания природы, что и предопределяет саму возможность оценки права как *святыни* в жизни человека;

— оценка права в качестве *цели гражданского общества*, высшего критерия общественной жизни.

существенно продвинуться вперед, если по-прежнему ограничиваться одними общими положениями о праве (даже теми, которые касаются известного поворота в самом его понимании, о котором говорится в этой книге). Необходимо основательное проникновение в глубины, тайны правовой материи. А отсюда – в богатейший арсенал юридического инструментария и правовых механизмов, которые – как все более и более выясняется в настоящее время – способны обеспечить решение коренных задач экономического, политического и социального развития.

И здесь на основе научных данных, соответствующих требованиям нынешней эпохи, постепенно вырисовывается главная сфера научно-прикладных исследований и практической деятельности по использованию потенциала права. Это разработка (и на общетеоретическом уровне, и во всех специальных юридических дисциплинах) *оптимальных юридических конструкций и принципов*, которые на основе основополагающих правовых идей, мировой юридической культуры и нынешнего практического опыта способны обеспечить утверждение ценностей последовательно демократической цивилизации, торжества Разума, права человека.

Не могу не заметить при этом, что определяющую роль в рассматриваемых гранях борьбы за право призваны сыграть знатоки юриспруденции, овладевшие высотами и тонкостями юридических знаний, для которых утверждение ценностей и идеалов права в жизни общества стало не только самой сутью миропонимания и сферой утонченных научных знаний, но и смыслом жизни, личной судьбы.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Вот мои соображения о юридической науке, о тех новых подходах к ее предмету — праву, которые, надо полагать, продиктованы современной эпохой.

Не скрою, наряду с сугубо личными причинами¹ исходным поводом к появлению на свет данной публикации во втором издании стал двоякий авторский расчет.

Во-первых, отдать должное правовым знаниям как науке высокого прикладного и интеллектуального значения. И с этих позиций попытаться научно возвысить или хотя бы приподнять юриспруденцию в глазах тех людей (в том числе и серьезных, глубоких ученых), которые уверовали, что юриспруденция представляет собой всего лишь область довольно элементарных, сугубо эмпирических знаний, связанных главным образом с техникой законоподготовительных работ, текущими потребностями

¹ Суть этой личной причины в том, чтобы сказать о моей собственной оценке той исследовательской работы в области права, которую мне довелось провести в советское время.

Замечу сразу, в моих работах той поры немало такого, что должно уйти в прошлое. И что навсегда останется для меня предметом горечи, стыда, очищения и покаяния. Но было в работах правоведов того времени и другое. Наряду с той показушной мишурой, цитатной обязаловкой, слепым преклонением перед коммунистическими идолами, которые довели и над нами, молодыми правоведами (в немало числе недавними солдатами Отечественной войны), решающим в моей работе и судьбе стал сам факт возвышения и даже возвеличивания права, и еще более — сначала знакомство через отработанный понятийный аппарат, а затем погружение в материю права, ее тонкие, подчас ювелирные связи и соотношения — поразительные юридические конструкции. Тем более — поскольку речь идет о моей персоне — что этот импульс веры и настрой на овладение тонкостями материи права был сообщен при первых же шагах в научных исследованиях моими учителями, профессорами дореволюционного времени Б.Б. Черепяхиным и А.М. Винавером, да и самим предметом моих творческих увлечений — цивилистикой, гражданским правом.

Эти же романтические начала и некоторые знания тонкостей правовой материи помогли в не менее тяжкие (и такие счастливые!) годы начавшихся в нашей стране перемен, когда на мою долю выпало участие в первых шагах, неуверенных и драматичных, по созданию истинных правовых основ жизни нашего общества.

Именно вера в Право, а также настрой на овладение тонкостями юридической материи позволили и в обстановке тоталитарного режима (во многом, скажу еще раз, благодаря интеллектуальной силе цивилистики и наставничеству моих учителей) встать на путь углубленного рассмотрения права как объективной реальности, а отсюда его структуры, ценности, механизма правового регулирования — всего того, что ныне в результате дальнейших творческих поисков выводит на новые подходы к праву, на понимание его главных особенностей и ценностей, его — будем верить — ключевой роли в настоящем и будущем людей, всего человеческого сообщества.

юридической практики или с некими идеологизированными, по большей части общеизвестными формулами и сентенциями и, увы, с политикой.

И во-вторых, выделить в качестве ключевой категории развитой правовой материи ее центральное звено — юридическое инструментальное совершенство, прежде всего юридические конструкции как наиболее развитый феномен юридического инструментария, правовых механизмов. То звено, которое поражает и самим фактом, что оно имеет характер «конструкции», и поразительным соединением реальности, опыта и ума, и тем, что именно оно открывает перспективу дальнейшего, не исключено — «взрывного» развития правоведения, ничуть не уступающего перспективе развития передовых сфер знаний — наук естественного и технического профиля.

А воодушевил меня на все это в личностном отношении не только долг перед моими учителями, но и мои недавние (по причинам профессиональной работы) встречи с крупными учеными из числа математиков и физиков, оказавшихся в первые годы перемен в Верховном Совете страны и напрямую принимавших участие в законодательной деятельности тогдашнего времени. Меня, скажу честно, поразило, что все они п о н и м а ю т п р а в о, а главное, — не ведая о прописных юридических премудростях, не в пример многим из нас, юристам-профессионалам, «с ходу» постигают тонкости юридической материи.

И именно с той поры меня не покидает мысль: не свидетельствует ли такое понимание права математиками и физиками о глубоком единстве всех тех наук, стержень которых образуют «математические соотношения», построения строгой архитектоники, — наук, которые позволяют сплавлять требования реальности, опыта и разума в строгие, практически значимые структуры, конструкции?

Что касается правоведения, то на основании данных, которым посвящена эта работа, могу заверить, что и юридическая наука выходит на новые рубежи постижения своего предмета — права. И в области юридических наук намечаются передовые идеи, новые, перспективные научные подходы, основанные на своего рода математическом, точнее — инструментально-математическом понимании права, тех его особенностях, которые выражаются в строгих юридических структурах, конструкциях и реализуются в могущественном потенциале права.

Эти идеи, подходы, на мой взгляд, не только выводят правоведение на общий уровень современных знаний, но и, по-видимому, открывают путь к тому, чтобы в полной мере раскрыть действительное значение права в жизни людей, которое — не исключено — окажется решающим в судьбе человечества.

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

Проблемы теории

2008

ПРЕДИСЛОВИЕ К ТРЕТЬЕМУ ИЗДАНИЮ

Эта книга посвящена научному поиску в области теории права собственности.

В ней предпринята попытка положить в основу рассмотрения вопросов собственности философские положения, которые *связывают наше миропонимание с человеком, его разумом и свободной волей*, и с этих позиций обосновать взгляд на собственность (право собственности) как на великое свершение человечества и одновременно как на остро проявившуюся в последние годы трагедию человеческого бытия.

Отсюда и сюжет книги (насколько он уместен в работе, посвященной научному поиску): такое, казалось бы, естественное и логичное развитие собственности, которое оборачивается все нарастающими трудностями и бедами для людей, перспективой суровых, неблагоприятных последствий.

Что касается замысла данной работы, стоит вспомнить слова, которые вряд ли кого-нибудь оставят равнодушным, — слова, сказанные в отношении данной темы одним из преданных ее исследователей — Ларисой Владимировной Щенниковой: «Удивительным свойством обладает эта категория — «собственность». Стара как мир, изучена и описана, и одновременно всегда неожиданно нова и непредсказуема, она желанна и плодотворна для новых и новых исследований...»¹.

¹ Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. М., 1996. С. 20.

Часть первая. Общие положения

ГЛАВА ПЕРВАЯ ИСХОДНЫЕ НАЧАЛА

1

СОБСТВЕННОСТЬ (в общепринятом ее понимании) — это обладание определенными вещами, иными предметами. При этом обладание полное, абсолютное, когда собственник имеет исключительные права в отношении данных предметов — вещей, выступает в отношении их как хозяин. Как свидетельствуют У. Маттеи и Е.А. Суханов со ссылкой на В. Блэкстона, «право собственности следует рассматривать как единоличное и деспотическое господство индивида над вещью»¹.

По словам же знаменитого российского правоведа и общественного деятеля К.П. Победоносцева, в отношениях собственности «право на вещь возбуждает всеобщую безусловную отрицательную обязанность относительно хозяина вещи — не делать ничего, что могло бы нарушить его право. Эта обязанность одинаково лежит на всяком, кто не сам хозяин»².

Такое общее, во многом предварительное определение собственности вынуждает обратиться к более основательной ее характеристике, которая позволила бы раскрыть ее суть, исконную природу, смысл. И прежде всего — к тому, что может быть названо исходными началами (составляющими) собственности.

Таких исходных начал, на мой взгляд, три: 1) вещи, иные внешне объективированные предметы как объект собственности; 2) полное, абсолютное обладание объектом собственности; 3) отношение к вещам «как к своим».

2

ПЕРВОЕ из указанных начал — *прямая и непосредственная связь собственности с ее объектом — вещь*, иным внешне объективированным предметом. Связь без каких-либо посредствующих звеньев

¹ Маттеи У., Суханов Е. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 115.

² Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 187.

(«без посредников»), напрямую: лицо — вещь. В соответствии с данной исходной характеристикой собственность имеет *вещный* характер, а особенности собственности во многом определяются через специфику и дифференциацию *вещей*, которые в современном гражданском праве по большей части выделились в особое подразделение общих положений гражданских кодексов (уложений).

К.П. Победоносцев обоснованно отмечает, что в отличие от личных (обязательственных) прав в отношении собственности «право неразрывно связано с вещью и не отстает от нее, переходит вместе с ней, в чьих бы руках, в каком положении вещь ни находилась, прикреплено к ней...». С правом на вещь, продолжает автор, «связано свойство исключительности, преимущества, предпочтения»¹. Вещь стала принадлежностью его права, соединилась с ним. И все это, говорит автор, «предполагает не одно только фактическое отношение человека к вещи, не одну только принадлежность вещи человеку, не одно употребление вещи, как орудия для житейской цели, хотя бы это орудие было исключительно подвластно человеку. Она предполагает более — предполагает *живую, неразрывную и безусловную связь человека с вещью* (курсив мой. — С.А.)»².

Здесь, думается, уместно заметить, что суждения К.П. Победоносцева по данному кругу проблем при всей противоречивости его взглядов на гражданское право в целом в ряде пунктов феноменальны³. Эти сужде-

¹ *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 187–188. При этом автор тут же уточняет: «Это значит, что когда я имею право на вещь, никому не может в то же время принадлежать подобное же право на ту же самую вещь, и если бы по какому-нибудь случаю такое право предоставлено было другому лицу, оно само по себе ничтожно, недействительно».

² Там же. С. 198–199.

³ Значение творчества и деятельности К.П. Победоносцева противоречиво не только с точки зрения цивилистической проблематики. Еще более спорными, а в ряде случаев и весьма сомнительными следует признать его взгляды по вопросам конституционного и судебного права — по всей сумме реформ, проводимых под эгидой Александра II, правовой политике последующих лет.

В то же время в творчестве К.П. Победоносцева по вопросам гражданского права нередко светилась, как говорится, «искра Божья». Даже по вопросам, отражающим его приверженность к исторической школе права, позитивные аспекты которой ныне трактуются с позиций все более утверждающегося в правовой науке сравнительно-правоведения.

Подобные оценки справедливы особенно в отношении анализа К.П. Победоносцевым конкретных проблем гражданского права — анализа, который (свидетельство вообще поразительное!), по мнению наиболее видного авторитета по цивилистике до-революционного времени Г.Ф. Шершеневича, находится в том же ряду, что и анализ знаменитых римских юристов. Он писал: «Мы не преувеличим, если сравним г. Победоносцева с римским юристом. Как и последний, г. Победоносцев опасается обобще-

ния, нередко строящиеся как будто в противовес положениям романо-германской доктрины, отражающим догматику древнеримского частного права в ее пандектном ракурсе¹, на самом деле подчас вскрывают более глубокие пласты этой догматики, в том числе как раз по вопросу о вещном характере права собственности (и в понимании самой категории «вещи», разновидностей вещей). Что, можно предположить, является одной из примечательных оригинальных традиций российского гражданского права. Как ни поразительно, эта традиция не только отражает специфику российского природного бытия и культуры, но и удивительным образом совпадает с острыми глобальными потребностями как раз нынешнего времени. С теми потребностями, для которых незыблемость собственности, притом именно как вещного права, является при демократическом строе одной из твердых предпосылок высокого положения и достоинства личности в обществе, ее неотъемлемых прав.

3

СЛЕДУЮЩЕЕ исходное составляющее в понимании собственности (о котором в общем виде уже говорилось в самом начале данной главы) — *это предельно широкое, наиболее полное обладание вещами, иными предметами*, а также, как мы увидим, *их «знаками-носителями»*².

Рассмотрение данного исходного положения о собственности приводит к необходимости уточнить и дополнить приведенное ранее пред-

ний, избегает определений, предпочитая описание фактов, но зато поражает логичностью рассуждений, когда дело касается толкования действующего законодательства» (см.: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 67).

¹ Здесь и далее понятие «пандекты» характеризует одно из направлений систематики материала гражданского права, основанное не на приоритете институтов как таковых (т.е. не на институционной системе, первичной для римского частного права, в том числе для учебника Гая), а на обобщениях (обобщающих категориях), исходящих из определенных, содержащихся в наиболее теоретизированной части Кодекса Юстиниана — пандектах, т.е. извлечениях из сочинений наиболее знаменитых древнеримских юристов-классиков, затем получивших развитие в разработках глоссаторов и постглоссаторов Средневековья, в разработках и результатах кодификации юристов континентальной Европы.

² Вот какие мысли по данной характеристике высказывает К.П. Победоносцев: «Отличительное свойство вещного права состоит в том, что в нем содержится господство над имуществом, имеющим значение вещи... и притом господство непосредственное, так что хозяин простирает все действие своего права непосредственно своим лицом на самую вещь, без отношения к какому-либо другому лицу, и не через другое лицо, а сам собою...» (см.: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 189). Именно поэтому имеющий право собственности может запретить всякому постороннему лицу любые действия в отношении вещи. Отсюда, продолжает автор, «охранение, защита, право на возвращение, исправление и вознаграждение» (Там же. С. 198).

варительное определение собственности, которое при более детальном анализе, как выясняется, не сводится к указанию на одно лишь полное, абсолютное обладание теми или иными лицами вещами, иными предметами, их «знаками» (пусть и «деспотического» характера). Необходимо, кроме того, особо выделить категорию, ранее уже упомянутую, и указать на то, что собственность представляет собой *власть* лица над объектами собственности¹, причем власть свою, персонифицированную. Такую же в принципе, как персональная (точнее, персонифицированная) власть человека над самим собой, во всяком случае над своими физическими возможностями, способностями, умениями и т.д.

Таким образом, *момент власти* (притом, не будем забывать, — *своей* власти) — в ином, не в широко распространенном политическом значении, как это принято в современной практике и лексике, но в данном случае как власти «собственнической, вещной», замкнутой в основном на вещах, на материальной основе экономической, хозяйственной деятельности, — является конститутивным элементом собственности.

Именно этот «момент» многое раскрывает в экономическом и социальном значении собственности. Ибо здесь основа тех возможностей, того простора, которые открываются перед собственником в использовании вещей в экономических процессах, в ходе жизнедеятельности человека, т.е. как раз того, что раскрепощает человека, дает возможности гармоничного овладения (пусть порой с издержками) природными процессами и в то же время делает его статус производителя, творца и обладателя имущества защищенным, гарантированным.

4

НАКОНЕЦ, завершающее положение теории собственности, относимой к числу исходных и вместе с тем решающих начал, — это такая связь лица с объектом собственности, которая выражает *отношение к вещам «как к своим»*.

Но что означает отношение людей к вещам, иным предметам «как к своим»?

Любопытно, что вопреки своим идеологическим взглядам и представлениям о собственности как «присвоении» подобного определения

¹ Как пишет К.И. Скловский, для права собственности характерно то, что возможности, предоставляемые субъекту в отношении предмета права, «можно охарактеризовать как власть над вещью» (см.: Скловский К.И. Актуальные проблемы права собственности // Закон. 2004. № 2. С. 8).

придерживался и основатель коммунистической теории К. Маркс¹, на которого многие авторы ссылались в свое время². Такой же исходный пункт в исследовании собственности был принят и ведущими отечественными и зарубежными авторами, занимавшимися данной проблематикой³.

Итак, — отношение к вещам «как к своим». На первый взгляд может сложиться впечатление, что здесь перед нами не более чем простая констатация фактов или всего-навсего иная словесная вариация. А то и просто тавтология, не очень-то, скажем прямо, основательная, научная.

Между тем при более детализированной разработке такого рода определения раскрывается, как это ни парадоксально, сама суть собственности, ее, так сказать, «изюминка», смысл, истинно философское понимание. Ибо сама формула «отношение как к своим», притом с учетом характеристики собственности как персонифицированной власти (о чем ранее уже говорилось), выводит на единственно плодотворный, конструктивный путь разработки категорий собственности — на ее понимание с точки зрения субъекта собственности — ч е л о в е к а.

Но если это верно, то тут же возникает новый, притом для многих недоуменный вопрос: что это за прямое отношение (связь) человека, иного субъекта с предметами окружающего нас мира? Вопрос тем более, казалось бы, обоснованный, что по общепринятым научным воззрениям (и не только под углом зрения марксистской методологии) в обществе, в принципе, могут существовать только отношения между людьми — общественные отношения.

Что ж, в известной мере отношения между человеком и вещью вполне допустимо отнести и к разряду «общественных». Рассматривая собственность как общественное отношение, Ю.К. Толстой пишет: «Без отношения других лиц к принадлежащей собственнику вещи как к чужой не было бы и отношения к ней самого собственника как к своей»⁴.

¹ См.: *Маркс К.* Формы, предшествующие капиталистическому производству // Пролетарская революция. 1939. № 3. С. 167.

² И ссылались — коль скоро речь идет о марксистах-ортодоксах — напрасно, так как при строго научной трактовке отношение «как к своим» к условиям труда и средствам производства резко противоречит фундаментальным основам марксистской доктрины. Оно означает, что перед нами не что иное, как отношения, тождественные или близкие к частной собственности.

³ См.: *Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность. М.; Л., 1948. С. 40.

⁴ *Толстой Ю.К.* К учению о праве собственности // Правоведение. 1992. № 1. С. 16.

Но и в иных ракурсах возникает вопрос: во всем ли справедливо приращение категории «общественные отношения» первичного и всеобъемлющего значения в обществе? Не наоборот ли? Не исключено, что было бы обоснованно с точки зрения последовательно научных позиций признать, что в качестве первейшего, начального блока человеческого бытия выступают как раз *прямые отношения человека к вещам* — в «малых», а затем и в «больших» обществах. Ведь сами отчаянно суровые условия жизни разумных существ потребовали, чтобы человек нашел продолжение своей силы и разума в предметах окружающего его, чуждого, во многом враждебного мира — предметах, которые стали бы инструментами его деятельности, усилили его природные возможности (что уже, как подмечено в науке, начало происходить в среде организованных существ, еще не обладавших силой разума, свойственной человеку). И конституирование такого рода отношений должно быть признано *фундаментальным фактом утверждения человека как разумного существа в мире неодушевленных предметов и явлений, в природе*.

При этом можно с достаточной основательностью предположить, что это отношения, которые в отличие от иных (как правило, исторически последующих) блоков общественных связей между людьми — экономических, организационных, политических и прочих — имеют по ряду черт социально-природный характер и по своим субъектным особенностям могут быть охарактеризованы как односторонние, в чем-то близкие к жестким родственным отношениям, а главное — отношения, только и существующие «в паре»: *человек и вещь*. Да притом в такой «паре», которая характеризуется абсолютной, исключительной властью человека над вещью.

Важен здесь также и содержательный момент личного, духовного порядка, в том числе правового характера. Если обратиться к приведенным выше положениям о вещной природе собственности, то становится очевидно, что здесь затрагивается одна из современных проблем философии права (увы, по-настоящему и по-должному еще не поставленная наукой) — единение в юридической сфере человека и объектов внешнего мира — вещей.

Думается, помимо иных моментов мысль К.П. Победоносцева о том, что собственность выражает «живую, неразрывную и безусловную связь человека с вещью» (а не виртуальные, иллюзорные отношения), касается тонких, в чем-то неуловимых, по всей видимости, не до конца еще понятных глубин окружающей нас действительности, которые осваивает человек. Надо видеть, что сама по себе категория «вещь» есть явление одновременно глубоко природного и в то же время сугубо челове-

ческого порядка. И отсюда: отношение человека к вещи «как к своей» несет в себе глубокие природные начала, которые вместе с тем опредмечивают фундаментальные основы внутреннего мира человека с тех его сторон, которые имеют характер сугубо личной, духовной субстанции. Что, как будет обосновано в последующем, выражает интеллектуальные, духовные особенности собственности и является одной из существенных традиций России в понимании сути собственности лучшими умами страны, в том числе Б.Н. Чичериным, Н.А. Бердяевым.

ГЛАВА ВТОРАЯ СУЩНОСТЬ СОБСТВЕННОСТИ

1

И ВОТ СЕЙЧАС на основе приведенных исходных положений можно сформулировать обобщающие выводы о сущности собственности и ее смысле, которые могли бы претендовать на научную концепцию или, во всяком случае, на ближайшие (по предположениям автора) подходы к ней.

В последние десятилетия утвердилось, притом в качестве нормативного и азбучного, понимание собственности как *присвоения* людьми, их сообществами предметов окружающего мира. У ряда авторов, особенно тех, кто опирается на соответствующие положения К. Маркса (такие, в частности, как «собственность (присвоение) есть условие производства»¹, а «всякое производство есть присвоение индивидуумом предметов природы в пределах определенной общественной формы и посредством ее»²), это определение собственности в виде процитированных марксистских суждений нередко трактуется как полное, основательное и исчерпывающее.

В самом деле, момент присвоения является крайне важным при рассмотрении сущности собственности. Особенно под углом зрения *процесса, его результата и оснований* складывающихся здесь отношений и данностей. Ибо, как справедливо полагает Б.Н. Чичерин, «присвоение внешних предметов для удовлетворения физических потребностей составляет необходимую принадлежность всякого органического существа»³.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 46. Ч. 1. С. 479.

² Там же. Т. 12. С. 713–714.

³ Чичерин Б.Н. Философия права // Избранные труды. СПб., 1997. С. 85.

Но все же такого рода характеристика, тем более если она отождествляет собственность с присвоением и рассматривается в качестве единственно научной, основополагающей, канонической, едва ли может претендовать на значение научной концепции. Ведь она при всей ее очевидности и важности отражает преимущественно природную, биологическую (физиологическую) сторону взаимоотношений человека и природы или же определенную результативную сторону экономических процессов и отношений, характерных не только для собственности, но и для широкого круга имущественных институтов (аренды, узурфрукта и т.д.). Притом в соответствии с указанной характеристикой человек рассматривается главным образом как отчужденное существо, «берущее», «захватывающее», «усваивающее» что-то из внешнего мира. Или, хуже того, в какой-то мере оправдывается взгляд на собственность как на все то, что «захвачено» и действительно так или иначе и впрямь «просто взято», «присвоено», односторонне отчуждено, обращено в персональное обладание или обладание социальной общности людей.

В рамках же марксистских взглядов, где присвоение сопрягается с центральной идеей этих взглядов — трактовкой производства как системы эксплуатации человека человеком и необходимостью насильственного ниспровержения такой системы, собственности вообще придается, за исключением собственности общественной и государственной, довольно ощутимый негативный (с криминальным привкусом) оттенок. Недаром некоторые теоретики отождествляли собственность с «кражей». Отсюда лозунги и принципы: «грабь награбленное», дележ всех богатств между всеми людьми «на равных» и т.д.

Тем не менее, как бы то ни было, формула «присвоения» имеет в отношении собственности существенное рациональное значение, выражает немаловажную *грань* сущности собственности (пусть в данном отношении и не самую главную, не решающую). Тем более если, как это обоснованно делает Е.А. Суханов, видеть в ней не элемент природного и экономического процесса, а особый объективный факт — *факт «присвоенности», «принадлежности»*¹.

¹ См.: Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. М., 1991. С. 7. По мнению автора, «собственность представляет собой отношения между людьми по поводу вещей, заключающиеся в присвоенности или в принадлежности материальных благ одним лицам (их коллективам) и соответственно в отчужденности этих же благ от всех других лиц».

О моменте «присвоенности» см. также: Якушев В.С. О самостоятельности института права государственной социалистической собственности и его государственно-правовой природе // Сб. ученых трудов СЮИ. Вып. 13. Свердловск, 1970. С. 85 и сл.

Какова же основная грань при рассмотрении сущности собственности, раскрывающая ее роль в жизни людей?

2

ВОТ ЗДЕСЬ-ТО И СЛЕДУЕТ в полной мере взять на вооружение рассмотренные ранее «исходные начала» собственности во всей их совокупности, единстве, и прежде всего характерную для собственности прямую и глубокую связь лица с вещью и полную, абсолютную власть собственника в вещных отношениях. И что еще более существенно — отношение к вещам «как к своим» — формулу, на первый взгляд поверхностную, не очень-то научную.

Между тем именно здесь, в указанной формуле, раскрывается вся подноготная собственности, ее сокровенный смысл.

Вот что по данному вопросу можно сказать в предельно кратком, сжатом виде.

Собственность по всем своим исходным началам и своей сути есть именно нечто «свое», «собственное» для человека. То есть (предельно упрощенно говоря) продолжение человека в вещах. «Продолжение» — в значении «отношение как к самому себе» — распространение персонального господства человека, абсолютной и исключительной власти, данной природой применительно к нему самому, также и в отношении внешних предметов, которые становятся условиями и способами его существования, преодоления природных и иных трудностей жизни, реализации его интересов, ритуалов и других факторов бытия человека.

Такое понимание сущности собственности постепенно утверждается в научной литературе. Так, в труде К.И. Скловского, охватывающем весьма широкий круг вопросов собственности в гражданском праве, говорится (пусть и мимоходом, при решении иных проблем): «В конце концов, такое лапидарное определение, как отношение к вещи как к своей, при всей кажущейся ненаучности оказывается довольно глубоким, если учесть, что «своей» можно считать вещь, если понимать ее как пространственное расширение личности, ее потенциала. Именно это качество принципиально отсутствует у обладателей всех других прав на вещь: они ни в каком случае не относятся к чужой вещи как к атрибуту, продолжению собственной личности»¹.

¹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособие. 2-е изд. М., 2000. С. 158.

При этом во всех аспектах приведенного выше концептуального положения, претендующего на понимание сущности собственности, необходимо учитывать вот какой момент. Само по себе продолжение человека во внешних предметах (или пространственное расширение личности, ее потенциала) — это явление по своей основе и субстанции сугубо объективное, относящееся к самим вещам — технике, предметам профессиональной работы, к иным предметам, объективирующим существование, деятельность, разум и духовные силы человека.

Но такого рода внешние предметы — это все же только объекты собственности, хотя и принципиально важные, в том числе и прежде всего для ее философского видения. Главное же в *самой* собственности — это *полное господство и абсолютная власть* над этими предметами, иными объектами, причем господство и власть такие, какие выражены в отношении лица к вещам *как к своим*.

3

ИТАК, отстаиваемый в этой работе взгляд на собственность основывается на том непреложном факте, что человек как собственник многое захватывает, присваивает из окружающей действительности. Но главное (с позитивной, философской стороны) — он как мыслящее и творческое существо *продолжает себя во внешнем мире*, и тем самым для него открывается возможность сознательно (интеллектуально, творчески и в конце концов физически) *осваивать* его. И собственность под этим углом зрения выступает в качестве явления по самым высоким мирозданческим меркам человеческого, пожалуй, даже интеллектуального порядка, проникающего через категорию «человек — вещь» в глубины, недра бытия людей, их разума, свободной воли.

Так что характеристика сущности собственности как *продолжение человека в вещах* имеет все основания на то, чтобы претендовать на *принципиально отличную от «теории присвоения» позицию*. Причем претендовать с точки зрения миропонимания, в центре которого в соответствии с данными и требованиями современной науки — *человек, личность*. А отсюда — на то, чтобы раскрыть в собственности ее смысл.

Заключается ли этот смысл в функциональной предопределенности данного явления в существовании и развитии людей? Само определение собственности как продолжения человека в вещах предполагает и ответ на вопрос, почему такое продолжение оказывается необходимым в мире разумных существ — людей. Это предопределено логикой становления человечества и его истории. Человек «продолжает себя

в вещах» по той причине, что собственность в рассматриваемом качестве становится *еще одними, притом могущественными, «руками» или даже, если угодно, «частями самого человека», его бытия, инструментами его физических возможностей и разума, умения и способностей, активности и творчества.*

Стало быть, *смысл* собственности с рассматриваемых мироздательских позиций не в отдельных ее проявлениях, имеющих подчас негативную предоснову. То есть это не просто «богатство», «сокровище», «состояние» и проч. (что с точки зрения содержания собственности верно), а *фактор пространственного и качественного освоения человеком внешнего мира.* И следовательно, то, что способно:

- утвердить и упрочить отдельного (автономного) человека во внешнем мире в качестве личности, особого субъекта;
- многократно, а порой и беспредельно увеличить силу человека, его мощь;
- создать условия для того, чтобы такое распространение силы на внешний мир человека могло стать интеллектуально и духовно обоснованным.

Весьма примечательно, что рассматриваемая постановка вопроса (особенно под углом зрения последнего из приведенных пунктов) согласуется с научной российской традицией рассмотрения вопросов собственности.

Так, в соответствии с воззрениями Б.Н. Чичерина, само присвоение должно рассматриваться в контексте определяющего в собственности – «умственной принадлежности вещи лицу»¹. А это переносит при характеристике собственности акцент преимущественно с природного, «зоологического» аспекта жизнедеятельности человека, процесса и результата его деятельности на его характеристику как существа разумного, творческого. Такой же по своей основе научной линии придерживается и Н.А. Бердяев, который полагает, что собственность «по природе своей есть начало духовное, а не материальное, она предполагает не только потребление материальных благ, но и более устойчивую и преемственную духовную жизнь личности в семье и роде, начало собственности связано с метафизической природой личности, с ее внутренним правом совершать акты, преодолевающие время»².

¹ Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 85.

² Бердяев Н.А. Философия неравенства // Русская философия собственности. М., 1993. С. 49.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ СОБСТВЕННОСТИ как продолжение человека в вещах означает наряду с высоко значимыми позитивными характеристиками также и существование негативного аспекта — наличие в собственности, его бытии и функционировании теневых сторон, проявлений.

Ведь человек как существо из биологического мира, а еще более — из мира эгоизма, выгоды, зависти, мести, других страстей человеческого бытия часто именно в собственности находит опору и средство для утверждения себя в своих желаниях, величии и владычестве. Весьма примечательно, что при становлении и развитии цивилизации вплоть до Нового времени (да и ныне тоже) категория собственности внешне во многом проявила себя в качестве отрицательной силы — основы и инструмента (вслед за политической властью и в сочетании с ней) господства над людьми, насилия над ними.

Отсюда — система подневольничьего строя, рабства и крепостничества, строящаяся на признании объектом собственности самого человека. Даже в современную эпоху наиболее передовой, как принято считать, структурой экономического строя выступает рыночная экономика, в которой решающими движущими силами остаются собственный эгоизм, максимальная выгода, стремление к нарастающему приобретению. Да и вообще собственность с рассматриваемой стороны стала в немалой мере источником корыстолюбия, вещевого эгоизма, страсти к накопительству, к сокровищам и др. — всего, что относится к ее теневому, «зоологическому» аспекту.

Отрицательные оценки собственности вплоть до признания ее основным злом в жизни людей (особенно в марксистско-ленинских и близких им доктринах) исходят как раз из негативных, теневых сторон собственности, отражающих соответствующие качества в природе и поведении человека.

Вместе с тем позитивные характеристики и негативный аспект собственности — явления *не равновеликие*.

Как бы строго и остро ни оценивать негативные, теневые стороны собственности, нужно видеть, что ведущими ее основами остаются позитивные характеристики. Именно последние точно и последовательно входят в самую логику исторического развития человечества, по всем пунктам определяют смысл собственности. Именно здесь, в рамках позитивных характеристик, умножение силы человека может быть обозначено не как лишь захват и присвоение, а как созидательная, твор-

ческая деятельность. Именно здесь, в собственности, утверждается положение субъекта, обладающего неотъемлемыми правами, и раскрываются качества собственности, выраженные в категориях «свобода», «умственная принадлежность», «метафизическая природа личности».

5

ХАРАКТЕРИСТИКА СОБСТВЕННОСТИ через категории «свобода», «умственная принадлежность», «метафизическая природа личности» свидетельствует о наличии в ней не только экономического и иного социального содержания¹, но и некой духовной природы.

Эта духовная природа скрыта в глубинах поразительного феномена — собственности, спрятана за ее явными особенностями и качествами.

Ведь уже в вещном характере собственности проявляются такие еще не осмысленные ее глубины, которые влекут людей, помимо расчетов на богатство и сокровища. Даже на уровне обыденного сознания собственность противостоит образу жизни, построенному на воровстве, житии «на халяву», приживальчеству, попрошайничеству.

Есть, по-видимому, основания полагать, что даже такие высокие духовные категории, как совесть, вспомоществование, солидарность, соотносятся с собственностью (впрочем, такой, которая очищена от негативных ее проявлений). Без такой связи указанные высокие духовные категории нередко становятся эфемерными, не идущими дальше пустых рассуждений, порой одних лишь показушных акций.

История многих (если не всех) стран свидетельствует о том, что, как только по мере развития цивилизации раскрывается самосознание и достоинство людей, появляется демократическая перспектива, для утверждения такого рода процессов повсеместно призываются люди с надлежащим собственническим статусом. И вовсе не потому, как следует из доктринерских концепций, что тут реализуются интересы «эксплуататорского меньшинства», а потому, думается, что духовная и деловая суть собственности настраивает их носителей на идеи и поступки, соответствующие требованиям гражданского общества.

¹ Как пишет Д.Н. Сафиуллин, собственность в современном ее понимании по самой своей сути в области товарно-рыночной экономики «обязывает хозяина быть товаропроизводителем, компетентным организатором производства и расчетливым коммерсантом» (см.: *Сафиуллин Д.Н.* Общее понятие собственности и права собственности на современном этапе // *Право собственности в СССР*. М., 1989. С. 43; *Он же.* Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. Свердловск, 1990. С. 25).

Да и ныне, как будет показано в последующем, наиболее стойкая и надежная основа и гарантия высокого достоинства и неотъемлемых прав личности — это ее надлежащий и защищенный статус собственника.

Есть основания полагать, что отстаиваемая в этой работе трактовка сущности собственности в основной ее ипостаси (как явления цивилизации, продолжающего человека в вещах) преодолевает подмеченный в литературе прозаизм понятия собственности, способна возвысить его, обозначить его высоко значимые общечеловеческие, социальные и моральные характеристики.

6

С РАССМАТРИВАЕМЫХ ПОЗИЦИЙ имеются довольно весомые основания, для того чтобы особо выделить *эмоционально-психический аспект* собственности.

Под этим углом зрения первостепенное значение принадлежит понятию *«чувство собственности»*. Эта категория, имеющая известные негативные стороны и проявления (об этом дальше), все же по своей сути является неизбежной и в принципе положительной характеристикой собственности в ее вещном значении и в развитом виде. В отличие от эмоционально-психического ощущения собственности, сосредоточенной в области «бумаг» (акций, облигаций и проч.), ограниченной представлениями о богатстве (состоянии), чувство собственности в указанном выше значении является однопорядковым с понятием *«хозяин»*. Да, именно х о з я и н, смысл деятельности и эмоциональная настроенность которого не сводятся к одному лишь росту и сохранению своего состояния, а включают прежде всего — как и в отношении самого субъекта — стремление к укреплению и повышению действительности объекта собственности, его совершенствованию, модернизации, развитию.

Чувство собственности включает такие компоненты, как надлежащий учет объектов собственности, неуклонное следование формальным строгостям при операциях с деньгами, иными имущественными ценностями (долговые расписки и др.).

Конечно, при этом в высшей степени важно не впадать в крайности, такие как превращение чувства собственности в жлобство и скупердайство, в плюшкинскую ограниченность, порой в замкнутость всей жизни на одном лишь мирке *«своей собственной собственности»*, со всеми возникающими в таком случае трудностями и иными отрицательными последствиями жизни человека в сообществе людей.

Одно из выражений этой крайности — мания собственности, непомерная страсть к нарастающему и непомерному обогащению, накоплению богатства, сокровищ, приносящая сама по себе его обладателю некое ощущение личного наслаждения (как скупому рыцарю).

Еще одна крайность в чувстве собственности — разбазаривание своего состояния, мотовство, лихие траты и разгул.

Эти и некоторые другие крайности в чувстве собственности подчас смыкаются с миром страстей, сулящих быстрое обогащение (или столь же быстрое полное разорение), в том числе путем частично легализованных институтов (казино, игровые автоматы) или прямого жульничества («пирамиды», наперстничество, гадания).

Здесь уже начинают в той или иной форме господствовать не чувство собственности, а криминальные нравы и порядки, а значит, склонность к преступлениям: наркотическому бизнесу, подпольной торговле оружием и т.д. От всего этого до чувства собственности — пропасть. Потому-то во всем мире все более утверждаются меры, направленные на пресечение «отмывания» денег, легализации доходов, полученных преступным путем (хотя есть и страны, где, напротив, объявляются амнистии в отношении неправомерно добытых доходов и проч.).

7

ПО СВОЕЙ исконной, первородной сути собственность во всем объеме своих качеств (причем и положительных, и негативных, противоречивых сторон как источника прогресса и социальных негативов) является, за исключением ее особого проявления в качестве «достояния», *собственностью персонифицированной, т.е. частной собственностью*.

Принципиальное положение здесь таково. Смысл собственности раскрывается тогда, когда право полного обладания человеком вещами, иными предметами *напрямую соприкасается с его интересами, разумом и главное — его свободной волей*. Потому-то право собственности, в том числе право присваивать себе предметы физического мира, принадлежит, как показал Б.Н. Чичерин, «тому существу, которому по самой природе принадлежит свободная воля, т.е. единичному лицу»¹ (курсив мой. — С.А.).

И именно такая (частная!) собственность, фиксирующая первородную принадлежность объектов человеку и определенному сообществу

¹ Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 85.

людей, только и может служить человеку не только в «зоологическом отношении», но и в его активной, творческой, созидательной деятельности, давать ее субъекту наиболее широкие права *обладания и власти* и в связи с этим оказывать на человека, на его волю и интересы, мощное и многообразное воздействие. Такое воздействие, которое при всех негативах собственности активизирует личность, ее творческий потенциал и вследствие этого приносит благо и самому человеку, и всему сообществу людей. В этих своих качествах частная собственность хотя и является источником ряда негативных действий в жизни людей, вместе с тем включается, как и опосредствующее ее право, в жесткие механизмы поступательного, восходящего развития общества.

Таким образом, только персонифицированная, частная собственность в силу своих исходных первородных качеств способна «выходить» на ум и свободную волю человека, быть своего рода его продолжением, продолжением его господства и власти, выраженных в вещах, иных рукотворных явлениях окружающего нас мира.

Конечно, здесь нужно учитывать ряд обстоятельств:

– во-первых, существование некоторых зачаточных, примитивных «общих» форм собственности в доцивилизационную эпоху, когда субъектами экономической и социальной деятельности являлись наряду с жестокими религиозными императивами и ритуалами сплоченные образования – род, племя. В том числе то, что в марксистской литературе именуется «первобытнообщинной собственностью» или даже будто бы достойной быть примером первобытной «коммунистической собственностью»¹;

– во-вторых, формирование после появления феномена собственности в указанном выше значении различных модификаций собственности, ее религиозно-властных обобществленных подразделений, наслоений, ответвлений, подчас противостоящих частной собственности (в том числе такого явления, как государственная собственность в ее разветвленных разновидностях);

– в-третьих, обособление и обретение высокого социального статуса особого состояния собственности – достояния, которое в результате развития общественных отношений (государственных, межэтниче-

¹ В литературе по этологии и истории (с проекцией на генезис складывающихся общественных отношений) с достаточной обоснованностью утверждается, что «первобытный коммунизм – выдумка кабинетных философов прошлого века» (здесь имеется в виду XIX в. – С.А.), отразившая практику «зашедших в тупик и вторично деградировавших племен», что и послужило некоей будто бы научной предосновой коммунистического эксперимента, в результате которого «повсюду, где проводился эксперимент, вместо общества равенства возникали жесткие иерархические пирамиды...» (см.: *Дольник В. Непослушное дитя биосферы.* М., 1994. С. 147).

ских, межнациональных) приобрело специфическое социальное значение и в какой-то мере возвысилось над всей системой отношений частной и государственной собственности (хотя реально, на практике, без них не может утвердиться и проявить себя).

О некоторых из этих обстоятельств и пойдет речь в последующих главах.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

1

СОБСТВЕННОСТЬ по самой сути складывающихся отношений — *это и право собственности*. Собственность «без права на нее» теряет какой-либо смысл, основы своего существования. Это значит, что при общей характеристике собственности определяющее значение приобретает ее правовая составляющая, которая является основой того, что две близкие и вместе с тем, казалось бы, качественно различные категории — «собственность» и «право собственности» — по своей сути и основным чертам являются тождественными, совпадающими, перекрывающимися (пусть и не во всем) одна другую.

И это предельно очевидно хотя бы потому, что *полное обладание* вещами и сама по себе *власть* над вещами нуждаются в том, чтобы они поддерживались в своем существовании, функционировании и беспрепятственно длились во времени благодаря достаточно мощной социальной силе.

Конечно, то, что именуется социальной силой, может выступать непосредственно и в этом качестве даже получать наименование «право» («кулачное право», «право сильного», «права» победителя в войне, «права оккупанта», «права власти», в том числе при тиранических и теократических режимах, «право» в криминальном мире). И тогда отношения собственности (абсолютное обладание вещами, иными предметами, власть над ними) могут провозглашаться или фактически реализовываться просто *как наличный факт*, отвечающий понятиям «присвоение» и «присвоенность» в самом жестком и грубом их значении. Факт, однопорядковый по сути с *фактом силы как таковой*, или, что еще точнее, — *насилия*. Именно на подобных началах силы как таковой во многом строились и строятся ныне отношения собственности в государствах тиранического (рабовладельческого) и феодального типов.

Но при развитых общественных отношениях, характерных для цивилизованного человечества, собственность все более утверждается в качестве института, строящегося на строго юридических началах, таких как закрепление тех или иных прав (тем более, «полных», «абсолютных») в официальных, признаваемых в обществе источниках (законах, иных нормативных актах), существование процедур приобретения и прекращения права собственности, способов восстановления нарушенных прав, обеспечение их надежной защиты в судебном порядке и т.д. То есть на всем том, что помимо иных позитивных последствий ставит в строгие юридические рамки, а порой и объявляет неправомерными негативные, теневые проявления собственности.

Такого рода подчинение собственности строго юридическим началам означает, если так можно выразиться, *оцивилизацию собственности* и одновременно включение ее в качестве одного из мощных факторов экономического и социального развития общества. Нужно попутно заметить в то же время, что установление теми или иными субъектами фактической собственности, не согласующееся с указанными правовыми началами, означает не что иное, как *внеправовую ситуацию*, выход тех или иных лиц, претендующих на статус собственника, *за пределы права*. Подобные ситуации в ряде случаев возникают и в нынешнее время.

Именно через право, утверждаемую им экономическую и творческую свободу, «умственную принадлежность вещей» (Б.Н. Чичерин) и отсюда — через соответствующий его инструментарий, механизмы и юридические конструкции в полной мере раскрывается и реализуется потенциал собственности, ее социальные функции, возможности для активной производительной деятельности, созидания и творчества человека, сообщества людей. И в то же время этот же юридический инструментарий, правовые механизмы и конструкции способны поставить собственность в необходимые рамки, предотвратить ее превращение (как и превращение любой власти, тем более полной, абсолютной) в поприще произвола, своеволия, тирании.

Исходное значение для права собственности на первых этапах существования человечества имели обычаи и традиции (которые, в свою очередь, по данным этологии, коренятся в известных предпосылках прошлого — в нравах и формах поведения высокоразвитых организованных особей, их сообществ). Особенно это относится к обычаям, сохранившим свое значение и в последующие времена, когда в регулировании общественных отношений стало приобретать все большее

значение право в строго юридическом значении¹, т.е. право как особое нормативное институциональное образование, обеспечиваемое государством, — образование, которое отличается предельной определенностью по содержанию и гарантированностью действия со стороны всего общества, государства — правосудием, деятельностью системы правоохранительных учреждений.

Важен здесь и такой момент. История свидетельствует о том, что на первых этапах существования человеческого рода, в доцивилизационный период, обладание материальными богатствами и власть над людьми (и как система подчинения, и как духовная власть) выступали как нечто единое, недифференцированное, освященное господствующими верованиями. Сильны в это время были и рудименты родоплеменной организации общества, переплетавшиеся с формирующимися зачаточными отношениями собственности и нередко приобретавшие поначалу для данного сообщества людей общий характер (некой «общественной собственности»). Лишь в процессе дальнейшего развития общества «обладание вещами» и «власть» стали постепенно дифференцироваться друг от друга, в той или иной мере обособляясь в сферах материального производства и жизнедеятельности людей (собственность), политики (политическая власть, государство), религии (вера в Бога, иные верования и основанная на них религиозная власть).

Особую роль в силу специфического соединения исторических обстоятельств сыграли в условиях античности Древний Рим, древнеримская культура, когда одновременно и во взаимодействии складывалось право как особое нормативное институциональное образование и формировался институт частной собственности. Самое примечательное здесь (в должной мере, к сожалению, не оцененное Историей и наукой) заключается как раз в том, что благодаря древнеримской правовой культуре именно углубленная и утонченная юридическая разработка отношений собственности раскрыла саму суть категории собственности как таковой, заложенные в ней предпосылки, противостоящие превращению собственности в произвол, и придала ей то выдающееся значение, которое она (увы, сохраняя и порой усиливая свои негативные, теневые, «зоологические» черты) приобрела в становлении и развитии человеческой цивилизации. Вместе с тем (и с другой стороны) в рассматриваемом треугольнике (государство — собственность — право) решающее

¹ Касаясь правовых вопросов, О. Шпенглер пишет: «Всякое право есть по преимуществу обычное право: пускай себе закон определяет слова — жизнь их и *истолковывает*» (см.: Шпенглер О. Закат Европы: Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. М., 1998. С. 61).

значение в утверждении коренных особенностей права имела собственность, которая «потребовала» от права как институционального образования обеспечения предельной определенности и защищенности складывающихся отношений собственности.

В соответствии с этим, конституируя власть собственника в качестве полной, абсолютной, римская доктрина и правосознание *не трактовали ее в качестве беспредельной, безграничной*. И, надо полагать, отсутствие в римской догматике и юридической лексике самого положения о «власти» собственника и развитие на «его месте» всего лишь триады правомочий (право владения, право пользования, право распоряжения) не только имеет технико-юридическое значение, но и обозначает с принципиальной конструктивной стороны юридические пределы и формы реализации собственнической власти.

Не упустим из поля зрения и то, что право собственности (и что характерно — категория «вещи») по римскому праву оказалось в сети достаточно детализированных юридических конструкций и правоотношений, которые дают прочные и твердые основания для деловых отношений и жизнедеятельности людей и вместе с тем исключают произвол на практике, основанный на категории собственности. В качестве примера приведу такие, как завладение (*occupatio*), приращение (*accessio*), приращение во владении путем обработки и придания вещи нового вида (*specificatio*), передача вещи (*traditio*), приобретение владения через представителя (*constitutum possessorium*) и т.д.

И еще одно замечание — специфически мировоззренческое. Думается, именно от марксизма, непосредственно от своеобразных воззрений К. Маркса, пошло подхваченное многими обществоведами (особенно советской генерации) пренебрежение к правовой составляющей — правовому аспекту собственности. Именно по гегелевской схеме, которой придерживался К. Маркс, утвердилось в отечественном экономическом мышлении представление о том, что экономика, тем более сводимая к рынку, — это своего рода «монада, функционирующая сама по себе», и что юридические отношения — это всего лишь «форма», которая «только оформляет» и не столь уж обязательна для будто бы саморегулирующихся «рыночных процессов».

Наконец, одна сугубо юридическая деталь, которую нелишне еще раз вспомнить или уточнить. Рассуждая о праве собственности и употребляя соответствующую формулировку в различных контекстах, не следует ни на мгновение упускать из поля зрения то элементарное для юриспруденции положение, что эта формулировка может обозначать «право» в двух различных специально-юридических значениях:

– в о - п е р в ы х, как *объективное* право (т.е. как совокупность юридических норм о собственности);

– в о - в т о р ы х, как *субъективное* право (т.е. как правомочия, личные возможности, принадлежащие субъекту, – словом, как раз упомянутая ранее триада: право владения, право пользования и право распоряжения).

2

ЕСТЬ ОСНОВАНИЯ полагать, что лицо, становящееся собственником, обретает в связи с этим с юридической стороны *с т а т у с с о б с т в е н н и к а*.

Это означает прежде всего то, что лицо, становящееся носителем мощных юридических прав собственника (самых мощных в частноправовой сфере), имеет специфическое социальное и правовое положение.

Оно характеризуется по крайней мере следующим.

В о - п е р в ы х, права собственника должны быть признаны обществом и государством в качестве *абсолютных и исключительных*, при этом *твердо фиксируемых, постоянных, неизблемых, охраняемых государством*, причем в качестве таких, когда право гражданина стать и быть собственником считается *неотчуждаемым*¹, т.е. по своей основе *естественным правом*².

В о - в т о р ы х, эти права и положение собственника в целом должны получить *всестороннее – предпочтительно законодательное – юридическое урегулирование*. В настоящее время вопросы права собственности регулируются в России в нескольких отраслях права, в том числе в конституционном праве (например, положения о признании и неприкосновенности частной собственности), административном праве (например, нормы об учете и регистрации имущества, о государственной фиксации титула собственника), в ряде других отраслей.

Непосредственно же с точки зрения наиболее существенных характеристик и сущности собственности, имеющих значение в практической жизни, вопросы права собственности определяются в нынешнюю эпоху гражданскими кодексами (уложениями), выработанными в соответствии с радикально-реформаторским духом Великой

¹ См.: Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 15.

² Приходится горько сожалеть, что содержащееся в проекте Конституции РФ положение о частной собственности как о «естественном праве человека» было неожиданно в результате завершающей «аппаратной проработки проекта» непосредственно перед референдумом в декабре 1993 г. исключено из текста Конституции.

французской революции: во Франции – Кодексом Наполеона 1804 г., в России – Гражданским кодексом Российской Федерации (далее также – ГК РФ) (его частью первой, принятой Государственной Думой 21 октября 1994 г.) – Кодексом, где наряду с общими вопросами¹ содержится и краткое определение права собственности, в соответствии с которым «собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом» (ст. 209 ГК РФ)².

В т р е т ь и х, права собственника в соответствии с Гражданским кодексом РФ, принципами его радикально-реформаторского духа (в той мере, в какой они оказались принятыми в России) существуют и функционируют на *частноправовой основе*, т.е. на основе таких начал (как это ныне прямо записано в ст. 1 Гражданского кодекса РФ), которые основываются на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

В ч е т в е р т ы х, гражданское законодательство и соответственно правовой статус собственника имеют *общедозволительный характер*. Право собственности по природе таково, что оно качественно, принципиально отличается от прав разрешительного порядка, когда определенные действия совершаются только в рамках обязательственных правомочий на основании нормативного или индивидуального разрешения управомоченных на то лиц. Права же собственника являются общедозволительными: они позволяют лицу (собственнику)

¹ Главы Кодекса посвящены основным вопросам, характеризующим понятие, функционирование и защиту собственности: общие положения (гл. 13), приобретение права собственности (гл. 14), прекращение права собственности (гл. 15), общая собственность (гл. 16), право собственности и другие вещные права на землю (гл. 17), право собственности и другие вещные права на жилые помещения (гл. 18), право хозяйственного ведения, право оперативного управления (гл. 19), защита права собственности и других вещных прав (гл. 20).

² Это определение предельно краткое, сугубо операциональное. В ряде гражданских законодательных актов других стран формулируется более полное, социально акцентированное определение. Так, по Германскому гражданскому уложению (§ 903) «собственник вещи может, насколько ему не препятствует закон или права третьих лиц, обращаться с вещью по своему усмотрению и исключать других от всякого воздействия на нее». Весьма развернутое определение собственности дано во французском Гражданском кодексе (ст. 544–546). В сущности, во *французском Гражданском кодексе формулируется концепция собственности, отвечающая требованиям Нового времени*. Об этом и пойдет речь далее (во второй части книги).

на основании и в пределах закона строить поведение в отношении объектов собственности *по своему усмотрению*. Благодаря абсолютности и исключительности своих прав собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества *любые действия*, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц. В том числе он вправе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом (п. 2 ст. 209 ГК РФ). Собственник, оставаясь таковым, вправе передать свое имущество в доверительное управление.

В той мере, в какой это допускается законом, в том числе закононами о земле и о природных ресурсах, оборот земли и других природных ресурсов, владение ими, пользование и распоряжение осуществляются собственником свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав государства, прав и законных интересов других лиц.

Такое понимание статуса собственника представляется особо существенным с позиций наиболее высоких ценностей и идеалов современной частнособственнической товарно-рыночной экономики. Как показал Д.Н. Сафиуллин, право на свои собственные действия как элемент субъективного права в статусе собственника «...включает возможность осуществления любой хозяйственной деятельности, не запрещенной законом, т.е. напрямую связано с общецивилистическим принципом: что не запрещено, то дозволено. Кроме того, признанием данного права субъект конституируется как самостоятельная деятельностная личность... С предлагаемых позиций субъект не одаривается правами, а признается обладателем права на собственную хозяйственную деятельность, гарантируемую государством и обществом. Реализация этого права покоится на своем интересе и своей инициативе»¹.

Причем именно указанная выше «триада»: право владения, право пользования, право распоряжения – раскрывает особенности стату-

¹ Сафиуллин Д.Н. Виды и формы собственности и права собственности в социалистическом обществе, тенденции их развития // Право собственности в СССР. С. 108. Вряд ли, однако, автор прав, когда именует рассматриваемый им принцип «общецивилистическим»: распространяемый на собственность, он не действует на иные формы обладания вещами, в том числе теми, которые базируются на лицензионной основе (включая природные ресурсы).

са собственника с юридической стороны — абсолютность и исключительность его прав в качестве общедозволительных¹.

3

В СВЯЗИ с правосубъектностью в области собственности существует наряду с признанием и освещением статуса собственника еще ряд требующих решения проблем. Две из них являются наиболее сложными и острыми.

П е р в а я — это необходимость обеспечения повышенной *определенности, юридической устойчивости, чистоты прав собственника*. От этого решающим образом зависят стабильность и прочность правопорядка в области гражданских правоотношений, всего гражданского оборота. Отсюда — необходимость не только более строгого отношения к сделкам и иным формам обретения собственности, точности и щепетильности в соблюдении всех существующих в этой сфере условий и процедур, но и достижения наряду со строгой законностью еще и надлежащей легитимности в положении собственника.

Акцент на последней из указанных категорий, выделенной первоначально на общетеоретическом уровне в отношении государственной власти², как выясняется ныне, имеет не меньшее значение в сфере собственности. И это несмотря на то, что и в предшествующие эпохи уже выработан ряд форм и институтов, которые достаточно полно, казалось бы, обеспечивают повышенную определенность, стабильность, устойчивость прав собственника. Это не только содержащиеся

¹ Как отмечено в юридической литературе, «в своей совокупности названные правомочия исчерпывают все предоставленные собственнику возможности. Теоретические попытки дополнить эту триаду другими правомочиями, например правомочием управления, оказались безуспешными» (См.: *Маттеи У., Суханов Е.* Основные положения права собственности. С. 311). В принципе, это верно. Первый ряд правомочий собственника, непосредственно выражающий содержание права собственности, исчерпывается данной триадой. Вместе с тем, думается, «управление», неотделимое от права распоряжения и представляющее собой вторичный слой правомочий («второй ряд»), может при обширных массивах и сложных комплексах объектов собственности приобретать известное самостоятельное значение.

² В начальном курсе по теории государства и права еще в 1990-х гг. отмечалось: «Понятие «легитимность» не следует смешивать с понятием «законность». Законность (по отношению к государственной власти) характеризует только ее соответствие требованиям конституционных юридических норм. Легитимность же более основательное понятие: оно дает ответ на вопрос, обоснованна ли власть с социальной стороны и с точки зрения права (позитивного и естественного), прав и свобод человека» (см.: *Алексеев С.С.* Государство и право: Начальный курс. М., 1996. С. 14).

в законах и непреложные на практике весьма строгие правила о формах приобретения и фиксации прав собственника, но и формирование такой системы институтов, как *нотариат*. Примечательно, что именно в условиях Средневековья, когда отношения собственности приобрели разветвленный, многослойный и утонченный характер, произошло возвышение нотариата, утверждение его сохранившегося до нынешнего времени положения как института, близкого по ряду моментов к учреждениям правосудия.

Тем не менее жизнь потребовала, чтобы при соблюдении всех законных требований права собственника не только соответствовали закону, но и получали легитимацию под углом зрения прочного государственно-общественного признания в отношении как утвердившихся в данном обществе принципов публичного порядка, так и морально-политической оценки со стороны населения, прежде всего элитного слоя населения, других влиятельных его кругов, господствующего общественного мнения.

Особо остро вопрос о легитимности прав собственника (при законности процедур приобретения собственности) возникает в переломные периоды жизни общества, когда осуществляются (как это произошло в России в 1990-х гг.) такие меры, как массовая приватизация государственной собственности, при которой произошло обретение теми или иными субъектами собственности хотя и на законных, но все же юридически зыбких основаниях (типа «залоговых аукционов», продаж по символическим ценам и др.). Это вызывает необходимость проведения со временем дополнительных государственно-правовых акций (таких как «амнистии» в сфере собственности, установление предельных сроков искового оспаривания правомерности самой законности приобретения собственности, что частично осуществлено в России в начале 2000-х гг.). Основное, надо полагать, значение в этой области имело бы придание юридически высокой и конечной значимости, определяемой только судебной властью, особому акту — знаку общегосударственного закрепления прав собственника — *титулу собственности*.

Приведенные соображения дают основание с большой осторожностью отнестись (и в принципе признать неприемлемыми) к предложениям об общем пересмотре приватизации, проведенной в России в начале 1990-х гг. Не исключая возможности оспаривания при соблюдении приведенных выше условий прямо противозаконных действий в этой сфере, надо отдавать отчет в том, что упомянутый «пересмотр» сразу же приобрел острый политический характер с неизбежными в этом случае тяжкими, возможно, катастрофическими последствиями.

В т о р а я проблема — *границы права собственности*. Собственник обладает *наиболее полными, но не безграничными правами* обладания принадлежащими ему вещами.

В соответствии с этим согласно гражданскому законодательству развитых стран правовой статус собственника характеризуется так называемым *бременем собственности*. Собственник несет бремя (ответственность) содержания принадлежащего ему имущества. На нем же, собственнике, лежит риск случайной гибели или случайного повреждения имущества (если в том и другом случае иное не предусмотрено законом или договором).

Есть основания для постановки вопроса о введении наряду с «бременем содержания имущества», о котором говорит Гражданский кодекс РФ, более широкого понимания *бремени собственности в целом*. Это «бремя», т.е. ответственность собственника перед всем обществом, всеми людьми, означающая (коль скоро она утвердится в человеческом сообществе), что собственник, который обрел возможности абсолютного и исключительного обладания имуществом (подчас весьма значительным), в социальном, духовно-моральном отношениях обязан строго следовать принципу, в соответствии с которым его право не безгранично — оно ограничено своим предметом (вещами), общими правовыми началами. Какими началами?

Думается, ответ на этот вопрос должна дать сама жизнь, и прежде всего данные судебной практики. Должны быть, разумеется, учтены и законодательные разработки, относящиеся к рассматриваемой теме. Так, на мой взгляд, даже в демократических передовых странах не в полной мере учтены, в частности, все аспекты возникающих по данному кругу вопросов, которые содержатся во французском Гражданском кодексе — нормативном документе, с которого началась эпоха гражданских кодексов в современном мире. Одна из таких граней (увы, до сих пор по-должному не оцененная ни теорией, ни практикой) касается положения Гражданского кодекса Франции, содержащегося в ст. 548. В соответствии с этим положением «плоды, произведенные вещью, принадлежат собственнику только с возложением на него обязанности по возмещению затрат на пахотные, посевные и иные работы, выполненные третьими лицами, стоимость которых определяется на дату возмещения». Очевидно, приведенное нормативное положение не относится целиком к трудовому праву, как представляется на первый взгляд, а касается самой сути отношений собственности в связи с произведенными вещью плодами. Не исключено, в частности, что затраты на произ-

веденные плоды должны быть по духу ст. 548 соотнесены с доходами от участия третьих лиц в производстве.

Есть основания полагать, что и в России по мере перехода общества из состояния «дикого и олигархического, кланового капитализма» на более высокие ступени цивилизационного и гуманитарного развития бремя собственности будет, как показывает опыт передовых стран, приобретать более весомое социальное и гуманитарно-правовое значение, которое, надо ожидать, придаст отдельным отношениям собственности (особенно тем, которые затрагивают права и свободы человека и суть ст. 548 французского Гражданского кодекса) значение публичной категории — проблема, которая требует и более широкой разработки (в частности, в связи с практикой водо-, тепло-, газоснабжения населения, использования заповедников, иных аналогичных природных объектов и др.).

И кратко — еще один проблемный вопрос. Возможно ли рассматривать статус собственника в качестве элемента правоспособности гражданина, иного субъекта гражданского права?

По всем данным, — да, возможно. Но в том социальном и юридическом значении, которое вытекает из общих начал гражданского права (в России согласно ст. 1 ГК РФ). Прежде всего в том значении, что:

— каждый гражданин, иной субъект гражданского права вправе на равных основаниях со всеми другими субъектами обрести право собственности;

— каждый гражданин, иной субъект гражданского права, став собственником, имеет на твердой и постоянной основе на равных основаниях со всеми другими субъектами сумму абсолютных и исключительных, общедозволительных прав, соответствующих началам частного права, принципам гражданского законодательства;

— защита собственности является неизменной и приоритетной задачей государства.

4

ВАЖНЕЙШАЯ сторона понимания собственности с юридической стороны — это ее характеристика в качестве *вещного права*, т.е. права, опосредующего прямую («без посредников») связь человека с вещью, иными предметами (благами). Именно здесь и таким путем — путем прямой связи «человек — вещь» — достигается та «полнота господства», «абсолютность и исключительность власти», которые столь необходимы для самого понимания, практического бытия и функционирования собственности. И которые в то же время имеют определяющее значение для всех сфер,

социальных механизмов и инструментария, способных упорядочить отношения собственности, поставить ее в социально необходимые рамки, предотвратить превращение ее в поприще для произвола, своеволия.

Такая характеристика, как уже отмечалось ранее, представляется принципиально важной, раскрывающей глубинный смысл собственности, ее предназначение в обществе. Ибо благодаря указанной характеристике и объясняются непосредственные возможности обладания человеком вещами, иными предметами окружающего нас мира, власть над ними, их использование во всех сферах жизнедеятельности, и особенно в сфере производства.

При этом надо сразу же отметить определяющую черту права собственности как вещного права — ее *всеобъемлющий характер*, что и придает праву собственности и статусу собственника универсальные черты, качество решающего фактора жизнедеятельности, основы производства, иных областей экономической, социальной и бытовой жизни.

Вместе с тем надо видеть, что в обществе по мере его развития складываются и *отдельные* вещные права. Права, которые, так же как и собственность, выражают обладание (пользование) теми или иными объектами, причем в ряде разновидностей весьма близкими к институту собственности. Здесь, в разработке вещных прав, реализуются в соответствии с требованиями жизни достижения аналитической мысли, позволяющие в конечном счете дать науке и практике широкий набор конструкций в сфере обладания материальными благами и, следовательно, решить самые разнообразные жизненные проблемы (начиная от права собственности, имеющего абсолютный характер — такой, как в узурфрукте, и кончая локальными вещными правомочиями типа сервитутов)¹.

Утверждение, что в данном случае «срабатывает» на весьма высоком уровне творческая мысль, опирающаяся на материалы практики, подтверждается тем, что юриспруденция общего (прецедентного) права англо-американского типа не смогла дать подобного обширного набора юридических построений, ограничившись в основном конструкциями залога и «траста» — доверительной собственности. А отсюда — доминированием однолинейных (довольно упрощенных) представлений в отношении собственности², перетекающих к тому же в современных

¹ См.: *Щенникова Л.В.* Указ. соч. С. 38 и сл.

² Поистине поразительным примером достоинств разработок юридических конструкций вещных прав, проведенных еще юристами Древнего Рима, является практика их применения в Южной Африке.

После того как колония на мысе Доброй Надежды перешла к англичанам, последние стали вводить на территории Южной Африки, освоенной к тому времени голландцами

условиях в категорию «целесообразность», ряд других неправовых критериев. Что совпало в ряде стран с однолинейными и одновременными процессами как в экономической области (утрата вещных характеристик собственности, ее роли по сравнению с отношениями оборота), так и в политической сфере, свидетельствующими об авторитарных тенденциях в обстановке бурно развивающегося рыночного хозяйства.

К разряду своеобразных вещных прав относятся узуфрукт, сервитуты и некоторые другие категории римского права, сохранившие с кон-

с их приверженностью к римскому праву, систему своего общего прецедентного права. Между тем ранее существовавшее римско-голландское право в немалой мере сохранялось. И сохранилось даже после того, как в начале XIX в. британская колония и бывшие бургские республики объединились в Южно-Африканский Союз. И хотя в новом государственном образовании в известных пределах действуют принципы и ряд институтов общего, прецедентного права, на первый план в правовой жизни ЮАР — и в деятельности южноафриканских университетов, и в практической юриспруденции — выступают *конструкции и принципы римского частного права*.

И это касается в особенности (в высшей степени примечательный факт!) именно отношений собственности, вещных прав, возникающих в связи с ними проблем. Здесь, при определенном влиянии общего права, реально действующее право, как свидетельствуют специалисты в данной области правоведения, «сохранило понятийную основу римского права, и часто при решении отдельных вопросов используются с большой эффективностью и к месту дигесты и тексты старых голландских юристов» (*Цвайгерт К., Кёмиц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. I. М., 1998. С. 352). С этой точки зрения весьма примечательно, как свидетельствуют имеющиеся в литературе данные, что южноафриканские судьи и адвокаты в своих аргументах по соответствующим делам постоянно оперируют такими понятиями и конструкциями римского права собственности, как завладение (*occupatio*), приращение (*accessio*), приращение во владении путем обработки и придания вещи нового вида (*specificatio*), передача вещи (*traditio*), приобретение владения через представителя (*constitutum possessorium*).

И, быть может, самое поразительное, что характеризует силу разработок вещных прав, — это то, что очень модный в нынешнее время и действительно юридически богатый институт доверительной собственности, сложившийся в англо-американском праве и все более используемый на европейском континенте, так и не был воспринят в Южной Африке. Вместо этого институтам судам удается решать соответствующие проблемы во многом с помощью конструкций римского права. Так, как будто уже вошедшая в жизнь западных стран конструкция доверительной собственности по завещанию конструируется по образу фиденкомисса, фигура доверительной собственности по устному поручению (*inter vivos*) — как вербальный договор в пользу третьего лица (*stipulatio alteri*), доверительная собственность, учреждаемая в общественно-благотворительных целях, — как дарение на благотворительные нужды (*donatio ad pias causas*).

Так что, как отмечается в литературе, следует признать «удивительным... тот факт, что в решениях южноафриканских судов преемственность римского права в его эволюционном развитии — от классических римских юристов через Юстиниана, глоссаторов, Вёта и Винния до современности — прослеживается гораздо явственнее, чем в наши дни на Европейском континенте, где эта преемственность благодаря посреднической миссии гражданских кодексов если и не прервана, то в значительной мере исчезла из сознания юристов» (Там же. С. 352).

структивной стороны свое значение до настоящего времени. Сюда же относятся особые права пользования, утвердившиеся в ряде северных, Скандинавских стран (оказавшиеся вполне совместимыми с современными товарно-рыночными отношениями). Аналогичное значение имеют также явно недооцененные виды вещных конструкций, сформировавшиеся в обстановке советского общества, такие как оперативное управление, полное хозяйственное ведение, пожизненное наследуемое владение — конструкции, правовая и социальная значимость которых в недавнее время, а нередко и сейчас оценивается чуть ли не исключительно с политических позиций, да к тому же с ориентиром на упрощенную трактовку прав собственности, сложившуюся в правовых системах стран англо-американской группы.

Вдобавок к этому современная экономическая и социальная жизнь демонстрирует значение вещных прав в составе обязательств, в частности в юридически строгих арендных отношениях, что нередко реально учитывается на практике, но полностью игнорируется иными идеологами, правоведами.

5

ТЕПЕРЬ несколько кратких замечаний о собственности в гражданском обороте.

Гражданский оборот (в рамках которого и существует рынок в современном его понимании) отличается не столько вещными отношениями, сколько *обязательствами*, т.е. такими гражданскими правоотношениями, которые характеризуются преимущественно не непосредственной связью лица с вещами, иными предметами, а взаимными юридическими правами и обязанностями между конкретно определенными лицами — кредиторами и должниками, и потому принадлежащих к разряду относительных в противовес отношениям собственности — отношениям абсолютным, где права лица действуют применительно ко «всякому и каждому». Сюда же, в этот круг юридических отношений, образующих особые, отличные от собственности сферы, входят отношения по *наследованию*.

Между тем и обязательства (как и наследование) очень тесно связаны с собственностью, неотделимы от нее. Более того, по сути дела право собственности возникает у тех или иных лиц, функционирует и реализуется именно через обязательства. Подтверждение тому — место и роль в отношениях собственности *обязательства купли-продажи* (и обязательства того же ряда — *мены и дарения*) и тем более отношений по *наследованию*.

Рынок, к которому в последние десятилетия чуть ли не целиком сводится современная экономика, — это с юридической стороны не что иное, как возникновение и движение многообразных гражданско-правовых обязательств. Вслед за куплей-продажей это — аренда, лизинг, подряд, заем, хранение, страхование, отношения кредитования и связанного с ним залога (ипотека), возмещения имущественного и морального вреда и т.д.

И вот что здесь наиболее существенно. На что, к сожалению, обращено мало внимания в юридической и экономических науке. Все эти многообразные гражданско-правовые обязательства в той или иной мере являются в принципиальном отношении *реализацией права собственности*, образующих его правомочий — права владения, права пользования и особенно права распоряжения. *Собственность живет в обязательствах, является с юридической стороны их источником, незримым (а нередко и зримым) их элементом*. Только в последнее время предприняты конструктивные разработки укрупненной классификации обязательств, учитывающей связь собственности с гражданско-правовыми обязательствами¹, — разработки, которые, можно надеяться, приведут не только к более четкой систематике обязательственных отношений, но и к пониманию последних как весьма своеобразных относительных отношений, известными своими сторонами входящих в сферу вещных прав, отношений собственности.

Так что в конечном счете обязательства гражданского оборота с некоторых сторон охватываются правом собственности — и как первоосновой обязательств, и как существенным элементом (в виде отдельных вещных прав) их существования, функционирования, и как постоянным, неизменным спутником обязательств, от которого последние в своем действии постоянно зависят.

6

СОБСТВЕННОСТЬ в жизни людей была и остается на всех этапах Истории настолько значимой, что с первых же этапов цивилизации стремление любой ценой овладеть собственностью вошло в один ряд со страстями, сконцентрированными вокруг власти (по большей части в неотделимом единстве с собственностью). И точно так же, как для завладения собственностью используются все доступные человеку методы, так и для ее защиты, охраны исторически начали применяться самые разнообразные методы, приемы и устройства — от военных,

¹ См. классификацию обязательств, разработанную С.А. Степановым, в кратком учебнике по гражданскому праву (Гражданское право: Учебник / Под общ. ред. С.С. Алексеева. М., 2006).

полицейских, технических до психологических, моральных, религиозных, подчас жестоких, на грани с криминальными, иногда — в виде разных приемов самозащиты и карательных акций.

Со временем по мере становления и развития права именно право и свойственные ему методы защиты стали с *провозглашением святости, неприкосновенности собственности* важнейшими элементами основы существования и развития права собственности.

Более того, защита права собственности в контексте ее неприкосновенности, святости ныне вообще *является важнейшим элементом статуса собственника*. А в более широком, общегосударственном масштабе — одним из факторов предназначения права как такового, всех его отраслей — регулятивного и охранительного профилей. Прежде всего — первостепенной задачей наиболее обширной, фундаментальной отрасли всей правовой системы — гражданского права в целом. По сути дела все подразделения и все институты гражданского права в итоге нацелены так или иначе на обеспечение неприкосновенности собственности, а при ее нарушении — на полное восстановление нарушенных прав. Это относится в том числе к таким институтам, как возмещение убытков — прямого ущерба и упущенной выгоды, возмещение имущественного вреда, возврат неосновательного обогащения, «вещные» способы защиты права собственности¹.

Особое место при защите права собственности занимает последняя из указанных категорий, т.е. так называемые *вещные иски*, строго сообразующиеся с вещной природой права собственности; иски, к которым относятся (далее используется специальная юридическая терминология, коренящаяся в стилистике древнеримского частного права) виндикационный иск, негаторный иск, владельческий иск и т.д.

Эта защита — и именно по своей вещной природе — уникальна. Так, по виндикационному иску «собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения» (ст. 301 ГК РФ). Истребовать — в натуре, как таковое. В Средние века данная формула нашла выражение в таком положении: «где и у кого собственник свою вещь найдет, там и у того он ее истребует».

Что же касается негаторного иска, то это иск собственника об устранении всяких нарушений его права, помех в осуществлении его

¹ Существенную роль при защите права собственности занимает *признание за тем или иным лицом права собственности на определенный предмет*. Такое признание, как правило, осуществляется судом при различных способах правовой защиты собственности (в частности, при «вещных» способах защиты). Но оно может осуществляться и самостоятельно в качестве особого способа защиты.

правомочий. Таких нарушений, которые, как говорится в ст. 304 ГК РФ, «не были соединены с лишением владения», в том числе нарушений, выраженных в фактических или юридических препятствиях в реализации права пользования и других правомочий¹. Существует еще и владельческая защита собственности, которая, впрочем, может рассматриваться и более широко — как право, принадлежащее любому владельцу (при отсутствии противозаконных оснований). Владельческий иск в предварительном порядке может использовать и собственник. И все же владельческий иск при широком его понимании имеет глубокое правовое значение, связан, как было замечено еще в дореволюционной литературе, с утверждением высоких прав личности².

Но хватает ли приведенных норм закона (а только что приводилось существо законоположений Гражданского кодекса РФ) для того, чтобы считать достаточной, эффективной защиту права собственности в стране? Как будто бы да, она достаточна, эффективна.

Тем более что в соответствии с основными началами российского гражданского законодательства (принципом неприкосновенности собственности) в случае принятия Российской Федерацией закона, прекращающего право собственности, государство обязано возместить убытки, связанные с таким прекращением, в том числе стоимость имущества; при этом споры о возмещении убытков решаются судом (ст. 306 ГК РФ). На основании этого нормативного положения и с учетом того, что Кодекс допускает национализацию имущества только посредством выкупа, может сложиться впечатление, что Гражданский кодекс РФ, не допуская в Российской Федерации произвольного насильственного изъятия собственности и иного имущества у граждан и юридических лиц, обладающих статусом собственника, предполагает на основе принципа неприкосновенности собственности, что любое изменение в правовом режиме (состоянии) имущества и переход права собственности могут совершаться только в правовом порядке и строго на основании и в соответствии с законом.

¹ Кроме того, при углубленном анализе защиты права собственности могут быть установлены и другие способы защиты, имеющие «вещный» характер. Так, есть основания отнести к указанным способам (проф. Б.Б. Черепахин) такие институты, которые нередко связываются только с приобретением права собственности — *находкой, кладом, безнадзорностью животного*.

И они наряду с только что упомянутой функцией могут обеспечивать сохранность имущества и возврат (передачу) его собственнику, на что и направлено большинство содержащихся в этих институтах норм.

² См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 229.

На самом же деле проблема защиты собственности, в том числе и у нас, в России, еще далека от достаточно удовлетворительного решения. О чем, кстати, часто говорят зарубежные партнеры наших отечественных коммерсантов, ссылающиеся на приведенные оценки как на основание, препятствующее вложению их капиталов (инвестициям) в российскую экономику. Такие же оценки можно зачастую слышать и от российских граждан, особенно бизнесменов.

Чем вызваны подобные оценки?

Главное здесь — слабая работа российской судебной и правоохранительной систем, недостаточная профессиональная, деловая и моральная подготовка кадров, существующая в этих сферах коррупция. А отсюда — стремление немалого числа бизнесменов обзавестись собственной охранной службой, а нередко — своего рода «политической» или «правоохранительной крышей», а то и «крышей» криминального порядка.

К сожалению, в ряде случаев подобная атмосфера подогревается и неадекватными, скажем так, действиями государственных инстанций, которые в условиях «приватизации» шли на льготную распродажу государственного имущества, на некие «залоговые аукционы» и в обстановке организованных акций передавали под прикрытием «залогов» высокоценное имущество в собственность назначенным олигархам. Сюда же относится фактическое приобретение государством и прогосударственными компаниями имущества у бизнесменов посредством налоговых механизмов (с привлечением некоторых бизнесменов к уголовной ответственности). В последнее время ситуация здесь еще более обострилась в связи с санкционированной законом линией на принудительное изъятие собственности граждан (в том числе земельной собственности) в связи с государственными нуждами на строительство спортивных и иных объектов Зимней Олимпиады 2014 г. в Сочи.

7

ВЕРНЕМСЯ, однако, к существу рассматриваемых проблем по вопросам теории права собственности, и прежде всего к тому, что *собственность вне единства с правом теряет свой смысл и предназначение*. Вне этого единства вещи, любые материальные и нематериальные блага, сконцентрированные в руках того или иного лица, становятся не более чем «разбойничьей добычей», грудой мертвых предметов, достойных всего лишь служить вольному использованию и разорению и — главное — лишенных принци-

пиально важных для людей, всего человечества, социальных функций (о них пойдет речь в одной из следующих глав).

И в связи с этим имеются некоторые тонкости, отчасти терминологического порядка.

Теоретически на высоком уровне абстракций можно различать три категории:

а) вещи, иные предметы, представляющие интерес для человека, сообщества людей;

б) собственность на эти объекты;

в) право собственности как юридическую форму собственности в ее реальном, фактическом бытии.

Но при развитых общественных отношениях, когда в жизни общества определяющее значение приобретают государство и право, *собственность на те или иные объекты («б») и право собственности («в») в сущности сл и в а ю т с я*¹. И, например, выражение «иметь собственность» по сути дела в современных условиях равнозначно выражению «иметь право собственности на те или иные объекты». В соответствии с этим юридически более корректно при характеристике собственности в любой ее разновидности и состоянии видеть каждый раз *п р а в о в у ю с о с т а в л я ю щ у ю с о б с т в е н н о с т и*.

Непонимание органического единства собственности и ее важнейшего компонента – правовой составляющей сыграло злую шутку с наукой, особенно правовой и экономической.

Правоведов, не получивших по проблемам собственности должной поддержки от знатоков экономики, это непонимание заставило замкнуться преимущественно на сугубо формально-юридической проблематике, в основном на правоотношениях в сфере собственности (что само по себе не дает полных, углубленных знаний и об общем понятии собственности, и о праве собственности).

Экономистам же, относящимся (за известными исключениями) подчас с пренебрежением к правовым знаниям, указанное непонимание не позволило в достаточной мере разобраться с сутью, смыслом и глубинами этого наверняка самого фундаментального явления в жизни общества, а отсюда – оценить собственность как основу экономических систем, а также важнейшую составляющую собственности – право (без которого собственность по-настоящему не может состояться и быть понятой).

¹ К.И. Скловский со ссылкой на современную трактовку ряда методологических положений не без оснований утверждает, что «собственность и право собственности можно теперь употреблять как синонимы» (см.: *Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособие. 2-е изд. С. 13).*

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ ВИДЫ СОБСТВЕННОСТИ

1

СОБСТВЕННОСТЬ нередко характеризуется в теории и на практике под углом зрения «форм», «видов», «типов». Причем преимущественно таких, которые закреплены в соответствии с идеологическими и субъектными критериями в законах.

Так, по законодательству России «признаются частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности» (ст. 212 ГК РФ). Слова «и иные» в тексте закона означают, что такого рода форм может быть признано неопределенное и разноплановое множество. И действительно, например, только за несколько лет начавшихся в российском обществе демократических перемен конца 1980-х — начала 1990-х гг. были названы в законодательных актах такие «формы» собственности, как «собственность граждан», «коллективная собственность», «государственная собственность» (Закон СССР от 6 марта 1990 г. «О собственности в СССР»), собственность «частная», «государственная», «муниципальная», «общественных объединений» (Закон РСФСР от 24 декабря 1990 г. «О собственности в РСФСР»), собственность «граждан», «юридических лиц», «государства» (Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.). Кроме того, в конституциях советского общества (и общесоюзных, и республиканских) весьма строго разграничивались такие «виды» собственности, как «социалистическая собственность (государственная и кооперативно-колхозная)» и «собственность граждан». А в идеологическом, мировоззренческом плане обособлялись «типы» собственности: первобытнообщинный, рабовладельческий, феодальный, буржуазный, социалистический и в перспективе — коммунистический (по официальной градации — «высший тип» собственности вообще).

В обстановке, когда в упомянутые годы в СССР (России) стремительно теряли значение идеологические критерии классификации собственности, а в законодательстве и на практике некоторые из упомянутых «форм» и «видов» лишались своих юридических преимуществ, реальное значение сохраняла главным образом подразделенность имуществ (собственности) *по субъектам*¹.

¹ Л.В. Шенникова обоснованно пишет: «С позиций гражданского права нет форм собственности, а есть различные субъекты этого права» (см.: Шенникова Л.В. Указ. соч. С. 24).

Ныне в России получает все большее признание то обстоятельство, что многообразие собственности по видам (точнее — по субъектам) не исключает того, что в основе развивающегося российского общества лежат начала частной собственности, получающие современное цивилизационное выражение в гражданском праве, его институтах. Определенное выражение начала частной собственности, особенно на уровне предприятий, иных хозяйствующих субъектов, находят и в собственности государственной (казенной), ее модификациях.

Как справедливо отмечено в литературе Ю.К. Толстым, «любой тип и любая форма собственности, как бы высок в том или ином конкретном случае ни был уровень обобществления, могут существовать лишь при условии, что кто-то относится к условиям и продуктам производства как к своим, а кто-то — как к чужим. Без этого вообще нет собственности. *С этой точки зрения любая форма собственности является частной*¹ (курсив мой. — С.А.). И, стало быть, *собственность вообще, собственность в полном объеме своих специфических качеств, — это по своей основе не что иное, как к с о б с т в е н н о с т ь ч а с т н а я.*

2

ВМЕСТЕ С ТЕМ наряду с иными модификациями собственности, трактуемой в качестве частной, особо все же выделяется *государственная (казенная) собственность*. Она занимает особое место по той причине, что причудливо соединяет определенные качества собственности вообще (правда, только в некотором, неполном их объеме) с государственной властью, ее возможностью императивного властвования под эгидой собственности.

В связи с этим необходимо иметь в виду следующее: то, что именуется «государственной собственностью» и ее модификациями, лишено в полной мере указанных выше качеств собственности вообще (частной собственности). И под этим углом зрения государственная собственность является главным образом формой фиксации «достояния», «богатств», в той или иной мере имеет черты публичного, государственно-властного явления, преимущественно служит основой для распределения и властного перераспределения материальных средств, прежде всего среди аппаратных структур и населения (бюджет), а в области производства может участвовать в решении экономических за-

¹ Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 9.

дач главным образом путем административного принуждения и принудительного труда (подробнее — глава двенадцатая).

3

ТАК ЧТО В ИТОГЕ перед нами оказываются д в е о с н о в н ы е разновидности собственности: *собственность как таковая* (собственность в полном объеме своих качеств, т.е. *частная собственность*) и *государственная собственность*.

С этих позиций выражение «частная собственность» как общая формула в законодательных актах в принципе, как обоснованно полагает Л.В. Щенникова, в какой-то мере отпадает¹ — здесь достаточно использовать термин «собственность» без каких-либо прилагательных.

Основания же для использования выражения «частная собственность» остаются *лишь для случаев, когда собственность в полном объеме своих качеств так или иначе, прямо или косвенно, непосредственно или в подтексте сопоставляется с государственной, казенной собственностью*. Такая же потребность существует и в практической жизни, когда оказывается необходимым выделить среди тех или иных объектов государственное (казенное) имущество. При этом, за исключением некоторых групп объектов (например, оборонных, иных военных, космических, общегосударственных национальных объектов), имеются факторы для признания *презумпции частной собственности*.

Что же касается всех иных модификаций и ответвлений собственности («коллективная», «собственность юридических лиц», «собственность объединений» и др.), то они легко распределяются между двумя указанными выше разновидностями².

Нужно только (и на этом пункте представляется важным сделать еще раз ударение — это принципиально важно для понимания собственности!) учитывать, что *выражения «собственность» (как таковая,*

¹ См.: Щенникова Л.В. Указ. соч. С. 24 и сл.

² Трудности, пожалуй, возникают лишь в отношении «муниципальной собственности». Но и здесь они решаемы, например, в таком варианте: собственность малых муниципальных образований (где все граждане «знают друг друга») является специфической разновидностью общей частной собственности — собственностью жителей данного муниципального образования; собственность же больших муниципальных образований, таких, в частности, как крупные города (Новосибирск, Екатеринбург и др.), которые и по конституционным соображениям нуждаются в возвышении своего статуса, является, по-видимому, известной модификацией государственной, казенной собственности на локальном, «муниципальном» уровне.

в полном объеме своих качеств) и «частная собственность» равнозначны, являются синонимами.

4

НАРЯДУ с двумя основными разновидностями собственности (частной и государственной) представляется важным выделить некоторые другие ее подразделения и модификации, позволяющие увидеть более дробную классификацию отношений собственности, проводимую по ряду критериев.

Здесь при рассмотрении собственности прежде всего следует различать следующие ее характеристики, выражающие ее значение в жизни людей:

– п е р в а я – характеристика в качестве *достояния*, и с этой точки зрения – богатства, накоплений, сокровищ.

При этом следует учитывать, что категория «достояние» в результате развития общественных отношений (особенно государственных, межэтнических, межнациональных) приобретает также применительно к тем или иным группам лиц, и особенно всему обществу, нациям, народностям, применительно к природным ресурсам страны и достижениям ее культуры свою самостоятельную значимость и положение, возвышающееся над всей системой отношений частной и государственной собственности, в которые оно, достояние, и призвано при решении практических вопросов воплотиться;

– в т о р а я – характеристика собственности в двух ее качествах: в виде *производственных и личных благ*, т.е. в виде вещей, предметов, которые используются, с одной стороны, в производстве, а с другой стороны, в личной жизни человека – для удовлетворения насущных и иных интересов, потребностей, обнаруживающихся в повседневной жизни, главным образом в сфере потребления.

Следовательно, необходимо с предельной строгостью наряду с учетом приведенных выше классификаций (в том числе в качестве «достояния») различать:

– собственность в производстве, т.е. собственность, способную «порождать новую собственность»: при приложении к ней труда давать экономический результат, плоды, «приращение», приносить доход, развивать и обогащать объекты и отношения собственности;

– собственность в сфере потребления (условно – «бытовую, личную собственность»).

Главное при такой еще более дробной классификации – *место и предназначение собственности в жизни человека, всего общества, и осо-*

*бенно в производстве*¹. Это касается ряда непростых жизненных проблем, которые в той или иной мере будут рассмотрены в следующей главе и в последующем изложении.

ГЛАВА ПЯТАЯ СОЦИАЛЬНЫЕ ФУНКЦИИ СОБСТВЕННОСТИ

1

ОСНОВНОЕ, ЧТО РАСКРЫВАЕТ СУЩНОСТЬ И СМЫСЛ СОБСТВЕННОСТИ, ее социальные функции, затрагивает прежде всего производство, экономику.

Именно здесь, по отношению к производству, к сфере экономической, хозяйственной деятельности, не только может быть зафиксирована инструментальная ценность собственности, но и раскрывается глубокая, сокровенная, поистине мирозданческая грань ее сущности. Тот ее смысл, социальные особенности и предназначение, которые выявляют природу собственности как того великого открытия (или откровения, а в чем-то и проклятия) человечества, с которого началась и развивалась от стадии к стадии цивилизация (о чем пойдет речь дальше, в следующих главах).

Нужно учитывать, что собственность в сфере производства неотделима от труда – физического и интеллектуального. Вещи, иные предметы, охватываемые этим понятием, – машины, производственные здания, транспортные средства, механизмы, минеральное сырье, а также технология, производственные идеи, новации и проч. сами по себе, вне прилагаемого к ним живого труда, теряют свое предназначение, ценность, в том числе неспособны дать какой-то материальный эффект. Они вне труда человека не более

¹ Кстати сказать, марксизм хотя и исходил (как уже было отмечено) из общих представлений о собственности и претендовал на глубокое проникновение в сущность экономических отношений, прежде всего товарно-рыночных, так и не раскрыл место и функции собственности в производстве, ограничившись общими фразами о собственности как «присвоении», «ядре» производственных отношений (формулами, которые до сей поры исповедует немалое число людей). Да марксизм и не мог бы сделать этого без отказа от своих центральных идеологических установок. Ибо ему пришлось бы с неизбежностью признать, что в производстве «работает» только собственность, выходящая на человека, на его интересы, волю и поступки и потому способная давать наиболее сильные стимулы к труду, импульсы ответственности, т.е. персонифицированная, частная собственность, уже преданная Марксом анафеме.

чем гряда «мертвых» вещей, иных, далеких от жизни опредмеченных объектов.

При этом если не принимать во внимание некоторые промежуточные и переходные формы (и учитывать известную условность далее используемых терминов), то можно выделить три основных исторических типа соединения труда и средств производства, связанных с отношениями собственности. Это:

- принудительный труд, т.е. труд на основе насилия, иных форм принуждения;
- наемный труд, т.е. труд, осуществляемый на основе найма (продажи) рабочей силы;
- свободный труд, т.е. труд на «собственных» средствах производства.

Развитие человеческой цивилизации в сущности во многом (а по своей основе и решающим образом) выражено в приведенной градации соединения собственности и труда. Здесь, в самой сути такого соединения собственности и труда, — одна из изначальных пружин общественного развития, которая, развернувшись в том или ином объеме и сочетании ее составляющих, сказывается на других сторонах жизни всего общества.

2

ПРИ ВЫДЕЛЕНИИ, казалось бы, дробных подразделений собственности — особенно собственности в производстве, являющейся основой многообразных экономических отношений, — в полной мере раскрываются определяющие *социальные функции собственности*. И хотя эти функции наиболее полно дают о себе знать в обстановке экономической свободы, они — пусть частично, в ограниченном виде, сквозь призму примешивающихся к ней факторов — проявляются на всех стадиях цивилизации.

Рассматриваемые социальные функции, во многом основанные на вещной природе собственности, состоят в том, что последняя способна стать:

во-первых, *главной и незаменимой мотивационной основой активной, в том числе творческой, созидательной деятельности человека*, прежде всего в области производства, экономики. Ибо отношение к вещам, иным опредмеченным составляющим, выступающим в качестве «своих», только и может быть таким же, как и к самому себе, — активным, изначально настроенным на рост и расширение объектов собственности, на созидательную деятельность;

во-вторых, *импульсом, толкающим производителя на предельный и жесткий риск в хозяйственной деятельности*, когда максимальный экономический успех получает приоритет перед возможной неблагоприятной альтернативой, в том числе разорением, – это последствие (тоже не имеющее альтернативы) самой сути отношения к вещам «как к своим»;

в-третьих, *силой, обременяющей собственника социальной ответственностью за результаты использования своего имущества, за успех своего дела*. Ибо при отношении к вещам, иным опредмеченным явлениям «как к своим» и социальная ответственность применительно к таким объектам и к связанной с ними хозяйственной деятельности также может быть лишь «своей», естественной, не навязанной в качестве какого-либо внешнего, дополнительного обременения;

в-четвертых, *фактором, обуславливающим вложение результатов деятельности в производство* («собственные» инвестиции – вложения, возможные только в системе отношений, построенных на частной собственности).

Приведенные функции имеют определяющее значение для жизни современного общества, в первую очередь для его экономики.

Во всяком случае необходимо, по мнению автора этих строк, отдавать отчет в том, что в современной экономике, утвердившейся в результате буржуазных революций на началах экономической свободы, процессы восходящего развития сопряжены не столько с рынком как таковым (при всем значении характерных для него механизмов, проявившихся с глубокой древности), сколько с раскрывшимися в указанное время социальными функциями собственности со всех рассмотренных выше позиций. Что, помимо всего иного, обуславливает необходимость именовать экономику, строящуюся на основе экономической свободы и конкуренции, не только и даже не столько «рыночной», сколько **ч а с т н о с о б с т в е н н о й**.

С рассматриваемой точки зрения стимулы, мотивы экономической деятельности, порождаемые собственностью, – решающие в экономике, сложившейся в интересах человека.

Мотивация же экономического поведения сугубо рыночного порядка (подороже продать – подешевле купить) при всей ее важности и незаменимости неизбежно сопряжена со спекулятивными факторами. Эта мотивация – предпосылка быстрого, порой стремительного обогащения (и быстрого разорения). Но по меркам нормальной, ес-

тественно развивающейся частнособственнической экономики — явление иного, более низкого порядка, чем рассмотренные в предшествующем изложении социальные функции собственности...

3

БОЛЕЕ ПОДРОБНЫЙ анализ социальных функций собственности выводит на уровень более широкого освещения смысла и предназначения собственности под углом зрения состояния и перспектив развития экономической и общественной системы страны в целом.

При таком более широком подходе оказывается необходимым принять во внимание весь комплекс особенностей собственности, ее характерных черт, и прежде всего вещную природу собственности и ее органическое единство с правом и с экономической свободой (включающей свободу и поощрение конкуренции в экономической жизни).

Принципиальное отправное положение в данном случае таково.

Если основные субъекты экономико-социальной структуры данного общества являются обладателями собственности во всем объеме ее качеств, то это независимо от устремлений власти (а нередко вопреки им) означает, что общество по самой своей частнособственнической природе:

- имеет твердую основу для *стабильности* в экономической, социальной и политической областях;
- содержит твердые предпосылки для утверждения в обществе строгих и незыблемых *правовых* ценностей и идеалов, т.е. развитой правовой системы с независимым и всесильным судом;
- предполагает утверждение во всем обществе и на всех его уровнях характерной для собственности *социальной ответственности*, дает импульсы развитию в обществе *демократического политического режима*.

При этом в случае, когда в обществе становятся все же доминирующими авторитарные или, хуже того, тоталитарные тенденции (либо дадут о себе знать негативные проявления собственности), это сразу же приводит политическую систему или иные феномены социальной жизни в противоречие с ее экономической и социальной основами, влечет за собой взрывоопасное социальное напряжение, другие неблагоприятные последствия.

В последующем изложении эти идеи прямо или в ином контексте будут конкретизированы, уточнены и развиты при рассмотрении ряда проблем теории собственности.

ГЛАВА ШЕСТАЯ ОБЪЕКТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

1

ОБЪЕКТЫ СОБСТВЕННОСТИ – это прежде всего (и изначально) в е щ и (в значении материальных объектов окружающего нас мира). Причем преимущественно в виде предметов природы (так или иначе обособленных, «вычлененных»), а также в виде инструментов и результатов деятельности (труда) человека, средств его существования, жизнедеятельности, предметов его деятельности, бытия, быта. В наиболее широком значении, как уже упоминалось ранее, категория «вещи» охватывает как весь комплекс участков земли, предметов, механизмов, устройств, сопровождающих каждого человека в его повседневной жизни, так и в современных условиях все многообразие предметов, механизмов, устройств, опредмечивающих технику, технологию, многообразный мир информации, нанотехнологии.

Особое значение среди предметов природы имеют необособленные (в виде участков, наделов, лицензионно ограниченных пространств) недра, которые признаются достоянием всего общества, как правило, являются объектом государственной собственности и могут служить лишь предпосылкой для предоставления объектов в пределах соответствующих участков земли, недр земли на основании лицензии или иного аналогичного правового основания во владение и пользование, а также распоряжение получаемыми при этом продуктами (плодами).

Принципиально важным является здесь сам факт включения плодов собственности в состав ее органических объектов. Это обстоятельство, являющееся принципиально важным для понимания одного из основных звеньев экономического развития в условиях экономической свободы, входит в число основополагающих нормативных положений о собственности, закрепленных в Гражданском кодексе Франции (а затем – в соответствующих нормативных актах и других стран). Согласно ст. 546 данного Кодекса «право собственности на вещь, как движимую, так и недвижимую, распространяется также на все доходы от ее использования, а также на все ее принадлежности, независимо от естественного или искусственного характера их присоединения к основной вещи»¹. Именно в рассматриваемом качестве собственности во

¹ Это качество собственности, которое иногда называют «правом присоединения», имеет глубокие исторические корни: оно заложено в древнеримском институте «прира-

многим раскрывается реальный смысл «самого полного права», которым обладает собственник. А это как раз и выражает позитивную перспективу собственности как основы экономической и социальной жизни людей в Новое время. Центральный пункт характеристики собственности в рассматриваемом ракурсе — это *доходы* от использования собственности, которые по Гражданскому кодексу Франции, как мы видели, определяются в качестве *плодов собственности*, включающих «промышленные плоды», возникающие в результате производственного использования объекта собственности — вещей¹.

По мере развития товарно-денежных отношений (и в не меньшей мере институтов и самосознания культуры, в том числе культуры права) в круг объектов собственности вошли также нематериальные блага (включая честь и достоинство человека, которые отчасти покинули внеправовые отношения, а отчасти сочетались с ними), а вслед за тем объективированные «свершения творчества и разума». Прежде всего это так или иначе *определенные результаты авторства, изобретательства, научных открытий* (а также средства индивидуализации), со временем утвердившиеся в качестве интеллектуальной собственности (см. главу седьмую).

В современную же эпоху обрели значение объектов собственности документальные или иным образом обозначенные и признанные в обществе документальные *знаки* (*знаки-носители*) таких предметов и «свершений творчества и разума», в особенности — ценные бумаги, в том числе в нынешних условиях их «электронные фиксаторы», в частности в бездокументарном обороте².

шения» (*accessio*), а главное — является предосновой широкого и разветвленного спектра юридических отношений; некоторые из них стали изначальной правовой предпосылкой формирования целых отраслей права (таких как трудовое право, земельное право, законодательство о недрах и др.).

¹ По ст. 547 Гражданского кодекса Франции следует различать естественные плоды (спонтанные результаты воспроизводства земли), промышленные плоды (использование объектов собственности в процессе производства), гражданско-правовые плоды (арендная плата, проценты по займу).

² В литературе было высказано мнение, что «представляется чрезвычайно важным с достаточной осторожностью относиться к признанию объектом права собственности ценных бумаг». Ибо, продолжает автор, здесь «основную ценность представляет все-таки право, а не бумага как вещь» (*Дозорцев В.А.* Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе // *Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 234*). Думается, в данном случае В.А. Дозорцев не учел, как и по вопросу интеллектуальной собственности (см. далее, главу седьмую), что наряду с самой «бумагой» ценная бумага является выражением и носителем особой социальной реальности, которую в принципе можно

ОБЪЕКТОМ СОБСТВЕННОСТИ еще с весьма древних времен стал хотя и вторичный, не являющийся продуктом непосредственно производительной сферы, но вместе с тем «всеобщий товар» во всех областях жизнедеятельности, бытия — д е н ь г и , д е н е ж н ы е з н а к и . По мере экономического развития общества деньги все более становились выражением особенностей собственности как «достояния», «богатства» — в отношении каждого конкретного лица, его с о с т о я н и я . Притом с характерными для них чертами — всеобщей меры стоимости и всеобщего средства обращения, и со специфически юридическими свойствами — абсолютной эквивалентностью, заменимостью, делимостью, потребляемым характером¹.

Более того, со временем в обществе, особенно непосредственно в гражданском обороте, правоотношения, предметом которых становятся деньги, не только обособились в самостоятельную ветвь правовых связей (денежные обязательства как таковые или часть двусторонних сделок), но и стали своего рода юридическим источником целой ветви своеобразных имущественных и юридических отношений, сопровождаемых созданием и быстрым ростом банковских, кредитных учреждений, отношений займа, кредитования и многих других, соединяющих кредит непосредственно с товарными связями (таких как лизинг).

Помимо иных моментов здесь мы встретились с явлением глобального характера, еще недостаточно осмысленным теорией собственности, — с тем, что деньги в указанном выше качестве, особенно в условиях развитого товарно-рыночного хозяйства, в значительной мере перекрыли традиционно понимаемый «мир вещей». И в связи с этим, концентрируясь в виде знаков-носителей в банках, иных кредитных учреждениях, характеризуют состояние экономики, ее развитие, кризисы и проч., а также отдельные экономические процессы — денежные потоки, состояния людей, коммерческих обществ и стран, успехи и провалы в экономической области. С этой точки зрения деньги, их обретение, объем (состояние) стали одним из ведущих стимулов экономической деятельности, притягательным центром и идеалом жизнедеятельности — явлений, с которыми связаны социальные процес-

поставить в один ряд с основным объектом права собственности — вещами в том значении, в котором о них говорится в этой книге.

¹ См.: Луиц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М., 1948. С. 14–15; Лавров Д.Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. СПб., 2001.

сы, служащие сигналом состояния экономики, вызывающие соответствующие коммерческие оценки, настороженность и тревогу.

3

ВЕСЬМА СУЩЕСТВЕННЫЙ ПОВОРОТ в самом характере собственности произошел после того, как в качестве объектов собственности (и предметов соответствующих сделок — купли-продажи, аренды и др.) стали выступать в целом предприятия, коммерческие общества, в том числе акционерные, иные имущественные комплексы.

Здесь обнаруживается ряд важных особенностей¹, которые по большей части дают о себе знать при переходе права собственности от одного субъекта к другому. Наиболее существенными из таких особенностей являются две следующие.

Прежде всего перед нами оказываются действительно *комплексы*, которые имеют свойства *систем*, притом нередко органического характера (хотя, например, в отношении предприятия в целом — характера «организованных совокупностей»), охватывающих разнородные элементы. В том числе в пределах предприятия — недвижимое имущество, имущества «движимые», включая оборотные и реальные денежные средства, объекты интеллектуальной собственности, индивидуализирующие персоналистические компоненты, а также в известной мере и то, что именуется «персоналом», его организационной структурой.

Отсюда, как это все более утверждается в литературе, и возникает необходимость *управления* в пределах всего комплекса, что, по мнению ряда ученых, экономистов и правоведов, обуславливает основания для включения в содержание права собственности наряду с известной «триадой» (прав владения, пользования и распоряжения) еще и управления как особого правомочия собственника — положение, которое, однако, не учитывает силу и широкий диапазон правомочия распоряжения и которое по указанной причине может быть воспринято в качестве вторичного, производного правомочия (но не правомочия, находящегося в одном ряду с упомянутой «триадой», что, как уже упоминалось, с предельной определенностью отмечено Е.А. Сухановым).

Правда, например, в акционерных обществах все упомянутые компоненты в качестве «вещей» как бы исчезают, ибо по отношению к каж-

¹ См.: Степанов С.А. Недвижимое имущество в гражданском праве. М., 2004. С. 98–205; Он же. Имущественные комплексы в российском гражданском праве. М., 2002, и др.

дому участнику (акционеру) общества все — без остатка — его имущество подразделяется только и исключительно в плоскости его денежного выражения, причем лишь на акции, воплощающие одни только обязательственные права (требования) и некоторые управленческие правомочия, принадлежащие акционерам. И если в акциях и может быть найден некий «вещный след», то в настоящее время он касается только каждой акции как таковой, ее значения как обладания вещным предметом (документом), вещной защиты, возможности отчуждения, иных сделок в этой области. Но, как бы то ни было, с организационно-экономической стороны имущественный комплекс акционерного общества имеет все же известную структуру, организационно-экономическую подразделенность со всей гаммой указанных выше компонентов.

И второе. Как бы ни прикрывался людской субстрат предприятия или коммерческого общества термином «персонал», все же при более детальном анализе оказывается, что в круг *объектов собственности в данном случае входит человек*. И, стало быть, полное господство, власть, характерные для собственности, могут распространяться на предприятиях и в коммерческих обществах не только на вещи, но и на людей. Что по ряду позиций отбрасывает действующий правопорядок, характерный для собственности, далеко назад — в эпохи, когда человек мог быть поставлен в один ряд с вещами, «говорящими инструментами» или же был предметом наемного рабства.

Казалось бы, ряд практически существенных вопросов решается в данном случае при помощи публичных императивов трудового права (например, путем регулирования отношений найма, времени труда и отдыха, требований почасовой оплаты труда и др.). Но, как бы то ни было, работодатель остается собственником, и с принципиальной стороны, касающейся пределов и императивности прав собственника, имеющих по традиции неограниченный характер, возникают сложные проблемы.

Так, в марте 2006 г. во Франции вспыхнули довольно серьезные волнения среди молодежи в связи с тем, что правительство установило некоторые правила для «контрактов первого найма», согласно которым работодатель по такому контракту может увольнять работника без объяснения причин. Может возникнуть вопрос: что же здесь особенного? Ведь работодатель — собственник, и он как будто бы вправе по своему усмотрению, ни перед кем не отчитываясь, решать вопрос о пригодности нового работника, о его профессиональных и моральных качествах, избегая в такого рода ситуациях каких-либо конфликтов. Но волнения среди молодежи, к которым присоединились проф-

союзы, приняли настолько массовый, а отчасти и «бунтарский» характер, что правительству пришлось уступить, пойти вопреки интересам собственников-работодателей и пересмотреть указанные правила.

Некоторые вопросы, относящиеся к данной проблематике, по ряду пунктов сообразно логике теоретических вопросов права собственности будут рассмотрены в следующих главах. Впрочем, один из них необходимо хотя бы в самом общем, постановочном виде обозначить уже сейчас (в последующем мы увидим, насколько он важен для понимания собственности и ее развития в современном мире).

4

СУТЬ ДЕЛА ЗАКЛЮЧАЕТСЯ В СЛЕДУЮЩЕМ. В принципе, предполагается, что, за исключением предприятий с индивидуальным собственником и ряда других случаев, при сложной структуре объекта собственности существует *множественность* участников соответствующих отношений. Как правило, такого рода структуры складываются по типу «товариществ», «кооперативов», иных объединений.

При этом участники данных отношений во многом остаются собственниками и под углом зрения вещных характеристик (как это характерно для обществ с ограниченной ответственностью, ряда других товариществ и обществ), в том числе и в отношении уставного, складочного капитала данного общества или товарищества.

Но среди хозяйственных обществ есть и такое, которое именуется акционерным обществом, где по законодательным формулировкам его участник остается «владельцем» или даже «собственником», но только в отношении определенной частицы всего капитала общества — а к ц и й, на которые подразделяется весь уставный капитал общества. Причем подразделяется так, что — и это принципиально важно — *права акционера теряют вещный характер, они переходят в разряд относительных (обязательственных и частично управленческих прав).*

Как будто мелочь — частичное изменение статуса и профиля субъективных прав.

В действительности же, как попытается показать автор в последующем изложении, здесь открываются врата в *новый мир собственных отношений*, которые уже изначально во многом порывают со сферой гражданского, частного права и, более того (пусть последующие слова будут в чем-то условными), ведут в неведомый праву мир, в немалой мере относящийся к внеправовой собственности и власти и их роли в жизни общества.

И ЕЩЕ ОДИН МОМЕНТ в отношении объектов собственности.

Конечно, при всем разнообразии объектов собственности в ней по самой ее природе неизменным остается одно. То, что вытекает из ее сущности и что позволяет охарактеризовать собственность в отношении ее субъектов как их *наиболее (предельно) полное, абсолютное обладание и власть над вещами, иными объективированными предметами, «знаками-носителями» (владение, пользование, распоряжение ими) и отношение к ним человека «как к своим» — такое же, как к самому себе.*

Вместе с тем с первых же этапов цивилизации некоторые объекты собственности (достояния) приобрели значение *в е р х о в н о й с о б с т в е н н о с т и* — церковной, королевской, государственной и т.д. Сюда же, как мы увидим, относится и рассмотренная выше разновидность собственности акционерного общества.

Эти объекты по их значению для государственной власти, а также по идеологическим основаниям приобрели верховенство и приоритет в сфере имущественных и иных социальных отношений. А в связи с этим — безусловную неприкосновенность такого рода «верховой собственности», ее неприкасаемость в самой строгой значимости, ее отчуждение от населения (граждан) и вместе с тем особое, привилегированное положение, нередко (как это было характерно для государственной собственности в советском обществе) специальные юридические преимущества. В том числе презумпцию государственной собственности на все спорные объекты, безусловную, неограниченную виндикацию всего имущества, объявленного «государственными», и т.д.

Учитывая сам факт возвеличивания определенных объектов собственности, надо видеть, что это в принципе несовместимо с исконной природой собственности, с изначально заложенными в ней глубинными, человеческими, истинно демократическими началами.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

1

ДЛЯ СОБСТВЕННОСТИ в процессе ее исторического развития характерно то, что в XX—XXI вв. утвердился институт *интеллектуальной собственности*, закрепивший исключительные права в области ав-

торства, изобретательства, научных открытий и другие «творческие» и смежные с ними права на средства индивидуализации, процедуру регистрационных отношений.

При этом оказалось, что эти права, с одной стороны, затрагивают самые глубинные, сокровенные черты, свойственные собственности, а с другой – выражены в таких своеобразных явлениях интеллектуальной жизни и средствах индивидуализации, которые как будто бы никак не вяжутся с привычными, прочно утвердившимися представлениями о собственности как институте вещного права.

Последнее из указанных обстоятельств послужило предпосылкой к тому, чтобы, согласно мнению ряда правоведов, рассматривать отношения авторства, изобретательства и иные «творческие» и смежные с ними отношения только под углом зрения института исключительных прав, но не института права собственности. При этом подчеркивается, что «на результаты интеллектуальной деятельности не может быть распространен режим, установленный для материальных вещей, а именно такой режим и является главным критерием для выделения правовых категорий, иначе юридические классификации превратились бы в чисто схоластическое занятие»¹.

Да, на отношения интеллектуальной собственности не может быть всецело распространен режим, установленный для материальных вещей². Но дело не только в том, что в сфере интеллектуальной собственности возникают своя структура и свой режим опредмеченных явлений (своего рода аналог «вещей»), но и в том еще, что, как это ни поразительно, именно здесь, в собственности как явлении человеческой цивилизации, раскрывается то глубокое, сокровенное и, пожалуй, даже философское (метафизическое), что как раз вытекает из вещной природы собственности и что позволило замечательным русским мыслителям, таким как Б.Н. Чичерин, Н.А. Бердяев, увидеть в собственности глубинные интеллектуальные, духовные основания.

В высшей степени примечательно также и то, что категория собственности, так сказать, в соответствии с требованиями нашего чело-

¹ Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 235. Автор поясняет, что «далеко не все объекты гражданского права могут быть объектом права собственности. К объектам права собственности относятся лишь материальные вещи и только они. Притом объектами субъективного права собственности могут быть только индивидуально определенные вещи» (Там же).

² Хотя, как справедливо подмечено в литературе, на первых порах юридического признания данного института соответствующие интеллектуальные объекты «первоначально охранялись именно по аналогии с вещами...» (см.: Суханов Е.А. Кодификация законодательства об интеллектуальной собственности // *эж-Юрист*. 2006. № 19. С. 1).

веческого бытия и практики пришла на помощь или даже пошла на прямое объединение и взаимное обогащение с реальными явлениями интеллектуальной жизни и средствами человеческой индивидуализации. Пришла для того, чтобы возвысить интеллектуальную собственность, утвердить, урегулировать и охранять ее, причем именно так, как это может сделать только один из важнейших юридических институтов, выработанных за многотысячелетнюю историю человечества, — институт права собственности. И к тому же сделать это наглядно (а не только путем одних умозрительных рассуждений, аналогий и ассоциаций), подтвердить свое достойное место как собственности не только в имущественной, материальной сфере, но и в духовной, интеллектуальной жизни.

Помимо этого здесь, в области авторства, изобретательства, иных «творческих» и смежных с ними прав, а также в средствах индивидуализации есть нечто более отвечающее самой природе собственности, чем в мире материальных предметов. Перед нами не просто ближайшее явление («вещи» — «вещное право»), что стало как бы продолжением человека — существа разумного в его взаимодействии с неодушевленной природой, а прямое выражение его разумной деятельности, творчества, созидания (и что затем, в полной мере реализовавшись через мир вещей, становится и объектом классической вещной собственности).

Ведь именно автор (изобретатель, селекционер, исследователь, сделавший научное открытие, и т.д.), как никто иной, не может не иметь по самому смыслу человеческого бытия и складывающихся в данном случае отношений высшего, абсолютного, исключительного права в отношении продукта своего творчества власти над этим продуктом. И отсюда, помимо всего иного, следует, что он, автор, по логике вещей относится к продуктам своего творчества «как к своим». Словом, по основным своим началам (которые были рассмотрены в первых главах книги) продукты интеллектуальной деятельности, других «творческих» и смежных с ними отношений буквально точка в точку согласуются с важнейшими чертами общего понятия собственности.

Это касается и правовой составляющей собственности в сфере интеллектуальной деятельности. По мере развития цивилизации права автора (изобретателя, исследователя и др.) получают в рассматриваемом отношении все большее нормативно-юридическое урегулирование и защиту. Причем такое, когда указанные права обретают статус не просто абсолютных, а прежде всего *исключительных* прав, отражающих отношение автора к результатам интеллектуальной деятельности «как к своим». Вершиной же этого процесса, надо по-

лагать, и стала выработка, а затем и признание категории права интеллектуальной собственности — по всем данным, одно из крупнейших достижений цивилизации и культуры человечества Нового времени.

С этой точки зрения выработка и принятие в сентябре—октябре 2006 г. части четвертой Гражданского кодекса РФ, посвященной интеллектуальной собственности, призвано не только завершить сложный, почти 15-летний процесс гражданско-правовой кодификации в обновляемой России (что само по себе является, быть может, одним из наиболее крупных и знаменательных достижений в демократическом преобразовании российского общества), но и по рассматриваемому кругу вопросов устранить существующие здесь противоречия и несогласованности, четко и строго закрепить исключительный характер прав автора творческой и «смежной» с ней деятельности сообразно самой сути и основным характеристикам собственности — явление, свидетельствующее о том, что и здесь, в сфере экономико-правовой основы жизни общества, соответствующий процесс может быть признан завершенным. В том числе, например, и тогда, когда тот или иной специалист осуществляет интеллектуальную творческую деятельность в служебном порядке. И в данном случае, как это теперь закреплено в Гражданском кодексе РФ, исключительное право на служебные произведения науки, литературы и искусства, за некоторыми изъятиями (такими как служебные программы для ЭВМ и баз данных информационных систем), принадлежит автору.

Чрезвычайно существенно то, что это сделано не в виде обособленных законов (как было до недавнего времени), а в составе всего фундаментального по своему значению кодифицированного гражданского законодательства. Причем так, что обеспечивается единство и согласованность в регулировании и защите всех секторов отношений собственности, а общие положения гражданского права, закрепленные в общих положениях Гражданского кодекса РФ, теперь распространяются и на интеллектуальную собственность. В частности — принцип равенства всех субъектов, недопустимость вмешательства кого-либо в авторские, изобретательские и иные отношения интеллектуальной собственности, восстановление нарушенного состояния, строгая судебная защита прав и др. К тому же введенная в Гражданский кодекс РФ часть четвертая, посвященная интеллектуальной собственности, предусматривает возможность включения в орбиту гражданско-правового регулирования и защиты новых объектов исключительных прав, что обеспечивает плодотворное действие указанных новых принципов и норм Гражданского кодекса РФ и в будущем.

ВЕСЬМА СУЩЕСТВЕННО, что продукты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, образующие объекты интеллектуальной собственности, при всем различии между ними и вещами из материального мира находятся все же в одном ряду с последними. И дело не только в том, что сами «вещи», особенно в нынешнюю эпоху, во многих случаях представляют собой овеществленные результаты интеллектуальных разработок, проявления интеллектуальных усилий тех или иных субъектов, их деятельности. Главное в данном случае то, что продукты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации — уже сами по себе *явления объективной реальности*, пусть и особой (о чем, в частности, при сопоставлении с правом говорили видные дореволюционные правоведы¹).

Более того, при более широком взгляде на явления окружающей нас действительности вполне допустимо с научной и практической сторон отнести объекты интеллектуальной собственности (впрочем, как и ценные бумаги) к специфической разновидности вещей, что и делали искушенные правоведы в древнеримской юриспруденции, выработав с этой целью понятие «бестелесная вещь» (по терминологии Гражданского кодекса Франции — «бестелесные права» — кн. 2, ст. 1689 и сл.).

И если автор этих строк в данной работе не склонен идти на такого рода расширение, то это обусловлено не столько тем, что и в том и в другом случае существуют все же довольно заметные и важные различия в юридических режимах регулирования, сколько тем, что не хотелось бы исключать из поля зрения особенности предметов интеллектуальной собственности, определяющие, кстати сказать, указанные различия. Предметов, как и положено в сфере интеллектуальной, духовной, творческой жизни, порой менее осязаемых, более хрупких, чем, увы, могут пользоваться корыстолюбивые, жестокие люди, порой близкие к криминальному миру, или во всяком случае того, что может разжигать и действительно нередко разжигает страсти, коллизии, корыстолюбивые, меркантильные импульсы, конфронтации. И что требует особых характеристик в их юридическом режиме, а еще более — приведения в действие всего арсенала правовых средств урегулирования, охранения и защиты, характерных для всей правовой системы данной страны.

¹ См., например: *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общая теория права. М., 1916. С. 336.

Сообразно этому мировые тенденции (и согласующиеся с ними соответствующие особенности части четвертой Гражданского кодекса РФ, посвященной интеллектуальной собственности) заключаются в том, чтобы придавать объектам интеллектуальной собственности все большую определенность, строгость и четкость при их закреплении, установлении способов и форм их реализации, правовой защиты.

Выражаются такого рода тенденции по крайней мере в двух основных направлениях.

Во-первых, в том, что права автора (изобретателя, исследователя и др.) в тексте закона выступают в системном, структурированном виде, когда статус и юридические возможности субъекта интеллектуальной собственности образуют комплекс его субъективных прав – и имущественных, и личных неимущественных, сугубо авторских (что, как уже отмечалось, находится в единстве и согласии со всей системой гражданских прав Гражданского кодекса РФ).

И во-вторых, принципиально важно и то, что закон предусматривает формы фиксации прав и, стало быть, придания им достаточно строгой формальной определенности. Причем в тех случаях, когда такая фиксация осуществляется в виде регистрации (что особо значимо, в частности, в патентном праве), последняя выполняет существенную содержательную функцию – имеет значение акта, определяющего на правовом уровне не только новизну результата интеллектуальной деятельности, но и в связи с этим сам факт первичного правообладания его «первородного» субъекта. Как обоснованно утверждает В.Ф. Яковлев, «регистрация изобретения – это и есть констатация того, что вот это техническое решение содержит в себе новизну, то есть является первым решением»; и в связи с этим, замечает автор, «без регистрации вообще нет патентного права»¹.

3

РАЗВИТИЕ института права интеллектуальной собственности не только определяет достойное место результатов интеллектуальной, духовной деятельности и средств индивидуализации среди явлений окружающей нас действительности, но и (что чрезвычайно важно в практическом отношении) предопределяет широкую, всестороннюю и действенную защиту авторских, патентных, иных «творческих» и смежных с ними прав – в принципе, такую же (или, быть может, бо-

¹ Яковлев В.Ф. Таланты и законники // Российская газета. 2006. 17 марта.

лее суровую и строгую), которая характерна для собственности вообще. Включая и вещную защиту, поскольку данная юридически значимая ситуация затрагивает рукописи, иные непосредственно вещные объекты творческой деятельности.

Ведь и здесь субъект интеллектуальной собственности — хозяин результата своей деятельности, и, как это предусмотрено действующим законодательством, его права могут перейти к другим лицам только по договору или иным основаниям в рамках закона. Эти права неприкосновенны, и определяемые ими правовые позиции обладают своего рода привилегированным положением. В соответствии с новыми нормами части четвертой Гражданского кодекса РФ на принадлежащее автору и исполнителю исключительное право не допускается взыскание — здесь предусмотрена ограниченная ответственность автора по авторским договорам.

Достоинно повышенного внимания и то, что включенные ныне в Гражданский кодекс РФ нормы по интеллектуальной собственности, сохранив все положительное предшествующего законодательства, не только затрагивают многообразные и сложные проблемы объектов, правомочий, защиты соответствующих материальных и иных прав (охватывая при этом договоры об использовании данных объектов¹), но и содержат общие положения, которые позволяют придать необходимое единство и стабильность всей системе интеллектуальной собственности².

Примечательно и довольно значительное расширение уже в настоящее время объектов интеллектуальной собственности, подлежащих строгой правовой защите. Это и смежное право на содержание баз данных, и смежное право публикатора произведения, право на доменное имя как на средство индивидуализации информационных ресурсов, и право на коммерческое обозначение как средство индивидуализации предприятия и др.³

Весьма характерны вводимые нормативные положения об издательском лицензионном договоре, об обязанностях издателя по этому договору. Издатель обязан использовать произведение по данному договору не позднее установленного в нем срока. Если же этого не произойдет, автор вправе расторгнуть этот договор и, более того, взыскать с издателя все вознаграждение, предусмотренное договором.

¹ См.: Суханов Е.А. Указ. соч. С. 3.

² См.: Яковлев В.Ф. Кодификация законодательства об интеллектуальной собственности // *Эж-Юрист*. 2006. № 16. С. 1.

³ Там же. С. 2.

В настоящее время назрела потребность значительно усилить санкции за нарушение авторских, иных «творческих» и смежных с ними прав, в том числе за контрафактную продукцию, «интеллектуальное пиратство», решить проблемы действенной конфискации контрафактных произведений, фонограмм, а также материалов, оборудования для их воспроизведения. Назрела необходимость ввести за интеллектуальное пиратство такую серьезную санкцию, как возможность ликвидации юридического лица по решению суда или прекращение регистрации индивидуального предпринимателя, допускающих интеллектуальное пиратство.

Крайне важны и санкции непосредственно в области собственности. Правообладатель согласно нормам Гражданского кодекса РФ может и в настоящее время потребовать взыскания убытков, так сказать, в общем порядке. Вместе с тем по новым положениям части четвертой Гражданского кодекса РФ ему дана возможность потребовать вместо взыскания убытков фиксированной компенсации (по усмотрению суда). Закон распространяет эту меру на большинство исключительных прав, включая права на товарный знак, на использование наименования места происхождения товара.

Вместе с тем самое существенное, на мой взгляд, при регулировании отношений интеллектуальной собственности — это не юридические санкции.

Главное здесь — это признание данных отношений *полнокровной собственностью*. И значит, нацеленность на всемерное использование ее созидательного потенциала, понимание того, что вместе и наряду с «вещной» собственностью ей, собственности интеллектуальной, принадлежит выдающаяся роль в развитии и модернизации нашей экономики, в переходе ее на стадию постиндустриального развития, а в перспективе — в развитии информационно-интеллектуального, нанотехнологического хозяйства.

* * *

РАЗРАБОТКА ВОПРОСОВ правового регулирования интеллектуальной собственности проходит в научных и иных правовых учреждениях с немалыми трудностями. Существенное влияние на ход работы оказывает здесь не только укоренившаяся в представлении ряда правоведов узко натурально-вещная характеристика собственности вообще и некоторые специфические авторские представления на сей счет (которые с самого начала осложняли работу над проек-

том Гражданского кодекса РФ), но и ведомственные позиции ряда учреждений и должностных лиц, безраздельно ведающих на основе «собственных» законов и еще более — подзаконных актов, ведомственных инструкций тем или иным сегментом интеллектуальной собственности с немалыми для себя преимуществами разного порядка¹. И, понятно, не нуждающихся в том, чтобы закон более высокого ранга — такой как Гражданский кодекс — связывал, подчас, увы, их своеобразную, порой граничащую со своекорыстной, коммерческую деятельность, не соотносящуюся с общими началами и категориями отработанного и высокозначимого отечественного гражданского законодательства.

Впрочем, ныне, после принятия части четвертой Гражданского кодекса РФ, все эти трудности, думается, во многом уже позади.

¹ Недаром против уже подготовленной части четвертой Гражданского кодекса РФ были мобилизованы довольно внушительные силы: и чрезвычайный и полномочный посол, и автор, как принято считать, законоположений о свободе информации, другие видные в своих сферах деятели. Причем критика тут мелкотравчатая, несерьезная. Верно пишет на сей счет проф. А.Л. Маковский: «Чем вызвана вся эта несерьезная критика, превратившаяся в своего рода шоу, когда через строчку с трогательной заботой обязательно напоминают об угрозе для России не быть принятой в ВТО?» (Кстати, задержка с принятием России в ВТО — как это видно из материалов встречи «большой восьмерки» в середине июля 2006 г. — оказалась связанной как раз с проблемами интеллектуальной собственности, которые, по-видимому, и были бы сняты принятием части четвертой Гражданского кодекса РФ). «Ответы на эти вопросы есть, и, к сожалению, они приводят нас к причинам весьма меркантильным, очень далеким от забот об отечественном законодательстве...» (см.: *Маковский А.Л. Несерьезная критика // эж-Юрист. 2006. № 19. С. 4*).

Часть вторая. Собственность в нашем мире

ГЛАВА ВОСЬМАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И ЦИВИЛИЗАЦИЯ

1

ПО ЛОГИКЕ МАТЕРИАЛА, излагаемого в книге, подошло время перейти к одной из центральных идей данной работы. К положению о том, что именно собственность (притом в изначальном качестве — как частная собственность в своем позитивном значении) *сыграла решающую роль как в переходе на такую ступень существования человеческого общества, которая именуется цивилизацией, так и в последующем ее развитии, модернизации, судьбе.* То есть в переходе человечества в состояние, когда сообщество разумных существ — людей наряду с императивами природы стало существовать, функционировать и развиваться на своей собственной основе — экономики, культуры, права, духовных ценностей.

Исходный момент здесь — сущность собственности.

Собственность (в ее активных, созидательных формах) — *это свобода*, причем свобода в решающей области жизни людей — в экономике (экономическая свобода), а также в деловой и повседневной жизнедеятельности. Б.Н. Чичерин так и писал: «Первое явление свободы в окружающем мире есть собственность»¹.

Собственность явила собой один из поворотных (или скорее начальных) пунктов в истории становления и развития человечества. И главное здесь то, что по своей сути собственность есть как бы продолжение человека, фактор его миссии как созидателя и творца материальных и духовных благ, а отсюда — господства, абсолютной и исключительной власти над внешними предметами, проявлениями или инструментами его физических возможностей и разума, умения и способностей, активности и творчества. Собственность в связи с этим становится фактором активности, озабоченности и ответственности человека за ее использование, судьбу, источником одного из наиболее мощных стимулов предельно интенсивной рискованной деятельности,

¹ Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 85.

импульсом, толкающим в сфере экономики не к «проеданию» доходов, а к их обратному вложению в производство. Всего того, что *способно многократно увеличить силу, мощь индивидов и их групп, коллективов — всего человеческого рода.*

Вот почему, по всем данным, собственность, являя собой один из поворотных или даже начальных пунктов не только в жизни человека, но и в истории, и при всех своих теневых сторонах и негативе *стала мощным, не имеющим альтернативы и аналога источником силы людей, некоего «Божьего дара»* (и, увы, одновременно «бесовских» проявлений), дающим людям мощные силы и одновременно ставящим их в ситуацию жизненных испытаний, соблазнов и искушений, что порой — пусть и с потерями — приводит в конечном счете к совершенствованию и возвышению человека.

При этом, разумеется, нужно постоянно иметь в виду, что собственность всегда существует в строго определенном обществе, уже долгие века — при определенном политическом режиме того или иного государства, утвердившемся в нем публичном порядке. И есть, надо полагать, смысл в том, что, по словам У. Маттеи и Е.А. Суханова, «структура властных полномочий собственника имущества (как движимого, так и недвижимого) позволяет считать ее тем, что экономисты назвали бы «остаточным требованием (residual claimant)». Под этим понимается такое положение, при котором право собственности вбирает в себя все то, что осталось после того, как оно проложило себе дорогу через сопряженные с ним общественные обязанности»¹.

2

ПО УКАЗАННЫМ ВЫШЕ основаниям собственность (и неотделимое от нее право — право частной собственности) после многотысячелетнего первобытного состояния стала важнейшей и притом постоянной составляющей человеческой цивилизации.

Прежде всего, по всем историческим данным и самой логике исторического развития, собственность выступила в качестве необходимого компонента в самом процессе выхода человеческого сообщества из первобытного состояния. Ведь ключевым пунктом такого выхода стала сама возможность выделения из такого сообщества, отличавшегося ранее, на первобытной стадии, органической монолитностью, *автономного человека.*

¹ Маттеи У., Суханов Е. Указ. соч. С. 179.

Правда, эта возможность имеет и свою весьма важную биологическую предоснову. По современным научным данным, инстинкт «своей собственности» в далекие времена доцивилизационной эпохи проявил себя как один из самых сильных и неодолимых инстинктов (биологических программ)¹ — обстоятельство, которое предопределило не только перспективу выделения автономного индивида из монолитного родоплеменного целого, но и возможность возникновения в будущем собственности со всеми ее качествами.

Но указанная возможность могла стать реальностью только при одном условии — в обстановке, когда автономный человек мог получить опору в вещах, являющихся его своеобразным продолжением и фактором умножения его силы через вещи, — в предметах внешнего мира, т.е. в собственности. И тем самым обеспечить существование своей семьи и даже наращивать известные материальные ценности, которые со временем смогли бы стать основой его нового положения в вещном мире — богатством, собственным материальным состоянием. А в рамках всего общества — верховной собственностью, в том числе религиозными и ритуальными богатствами, сокровищами.

И еще один момент, характеризующий факт постоянства собственности для людей.

Каждый человек в условиях цивилизации (а в чем-то даже в виде предпосылки и в обстановке первобытного состояния) имеет соотносительно своему первородному инстинкту и изменяющимся условиями жизнедеятельности «свою» собственность, которую можно, как уже отмечалось, рассматривать в качестве *личной, бытовой*. Она может быть весьма малой (даже ничтожной, практически нулевой для рабов и подданных при рабовладельческом и тем более теократическом строе). Но она всегда есть и разрастается порой для отдельных индивидов до внушительных объемов и значений, когда выражает тот или иной уровень богатства и отсюда нередко дает основание для перехода ее обладателя в новое, более высокое гражданское состояние (что было характерно и при рабовладельческом строе, и при многообразных феодальных отношениях).

¹ См.: Дольник В. Указ. соч. С. 52–53. Автор обращает внимание на то, что «у наших первобытных предков личная собственность являлась неприкосновенной. Поэтому после смерти человека никто не мог взять ее». На основе этих и всего комплекса исторических данных В. Дольник утверждает, что «лишение собственности или ограничение на владение деформируют психику и взрослого человека, делают его агрессивным, завистливым и вороватым». И дальше: «В наш век эксперимент по массовому лишению людей частной собственности ясно показал, что противодействия этому инстинкту (своей собственности. — С.А.) делает людей не лучше, а хуже, чем они могли бы быть, владей они собственностью».

И все же при всей важности отмеченных моментов главное, определяющее, что характеризует историческое, поистине глобальное значение собственности, — другое.

В чем тут дело?

Возникнув как удивительный феномен, утвердивший существование разумных существ — людей на Земле, собственность при становлении цивилизации долгое историческое время выступала *не в чистом виде, а «отягощенная»*, в соединении с другими отношениями, порядками, нравами, которые становились и долго оставались доминирующими. И не только теми отношениями, порядками, нравами, которые еще сохранялись в качестве остаточных и инерционных явлений прошлого — первобытной стадии существования человеческого рода. И не только, надо добавить, теми социальными явлениями, которые всегда так или иначе отягощают собственность существующими общественными и публичными порядками, требованиями морали и т.д. А главным образом теми, которые по своему содержанию оказались *близкими к отношениям собственности как отношениям господства и власти человека*. И потому как бы «примешиваются» к собственности, становятся для нее доминирующими, не дают ей в полной мере раскрыться, реализовать свои качества и социальные функции и по самому характеру складывающихся при этом отношений делают из собственности всего лишь *владение, опутанное к тому же формальными и неформальными обременениями, обязательствами*.

Особо в данной плоскости должна быть отмечена *политическая государственная власть*, которая, отделившись в принципе от собственности, все же не только окончательно не «порвала» с ней, но в том или ином виде неуклонно стремится охватить ее политическими, властными отношениями, обременениями и обязательствами (формальными и неформальными). Формируясь исторически по большей части на основе собственности на землю, государственная власть (как господство над людьми) довольно основательно и исторически долгое время, в том числе при господстве феодального строя и порядков, примешивалась к многообразным отношениям собственности, подчиняла их себе (отсюда множество разновидностей собственности, определяемых феодальными зависимостями, в том числе так называемая разделенная собственность и проч.).

Такого рода «примешанность» к собственности стала характерной и для других сфер социальной жизни общества, связанных с господством над людьми, прежде всего для *идеологии*, в том числе религии (и это сохранилось, например, для собственности в области семейных отношений ряда стран вплоть до середины XX в. или даже до ны-

нешней поры), а также для цеховых, «городских», сословных и иных феодально-корпоративных порядков и нравов феодального общества.

И все это, помимо иных последствий, превращало собственность преимущественно в одно лишь владение с множеством обременений и не позволяло собственности раскрыться, реализовать на практике свои возможности. За исключением, пожалуй, прорыва (или приближения) к «чистой» частной собственности в древнеримском праве, а также в какой-то мере института доверительной собственности, зародившегося в недрах британских феодальных отношений, а затем, уже в новую эпоху, проявившего новые свойства и немалую — хотя и весьма специфическую — регулятивную силу.

3

КАЧЕСТВЕННЫЙ ПЕРЕЛОМ в развитии собственности (а значит, и в развитии всей человеческой цивилизации) произошел в результате буржуазных революций, и в особенности их всепланетной вспышки и кульминации — Французской буржуазной революции 1789—1804 гг.

Нередко социальный смысл буржуазных революций, и прежде всего французской революции, сводится к констатации факта ниспровержения политического строя феодализма и перехода к принципиально новому конституированию политических отношений и ценностей. В том числе действительно великих и принципиально высокозначимых, таких как права человека, разделение властей, парламентаризм, верховенство права и др.

Между тем, отдавая должное указанным отношениям и ценностям, и не менее — самому реформаторскому духу, революционному настрою Великой французской революции — глобального, «поворотного» политического свершения человеческого духа, разума и деяния, нужно видеть, что главное и наиболее существенное здесь — это реальный, исторически высокозначимый, поистине великий *переворот в самой социально-экономической основе жизни общества*.

Здесь важно обратить внимание на то, что наиболее значимыми актами Великой французской революции являются вовсе не декларации, манифесты и конституции того периода. Последние лишь констатируют действительно существенные политические завоевания революции, они так или иначе сопряжены с наиболее мрачными, порой кровавыми ее страницами: бесчинством якобинства, своеволием революционных лидеров — и не стали выражением основного, глубинного в социально-экономической жизни Нового времени. И как это ни покажется неожиданным и парадоксальным, таким актом стал,

на первый взгляд, сугубо коммерческий документ — *Гражданский кодекс Франции 1804 г. (Кодекс Наполеона)*.

Изданный после бури революционных событий, в послереволюционное время, Кодекс, по свидетельству современных исследователей, является тем не менее вдохновенным порождением Французской революции, весь проникнут ее реформаторским духом и по большому счету, надо полагать, может рассматриваться в качестве документа, закрепляющего *основной позитивный итог Великой французской революции*.

Об этом перед кончиной сказал организатор и прямой участник разработки Кодекса — знаменитый полководец и государственный деятель Франции Наполеон (Бонапарт). Говоря о своей многолетней деятельности, он отметил, что выше самых значительных военных побед ценит подготовку и издание во Франции Гражданского кодекса. Вот знаменитые слова Наполеона, которые он произнес на острове Св. Елены: «Моя действительная слава заключается не в том, что я выиграл 40 сражений. Ватерлоо стерло в памяти все воспоминания о всех этих победах. Но что, несмотря ни на что, не сотрется в памяти, что будет жить вечно, так это мой гражданский кодекс»¹.

И суть не столько в том, что Кодекс в соответствии с самой сутью Великой французской революции возвеличил персональный статус каждого француза — гражданина и человека. И даже не в том, что Кодекс системно охватил весь комплекс имущественных и связанных с ними неимущественных отношений страны (дело в высшей степени существенное).

Величайшая, ничем иным не превзойденная заслуга французского Гражданского кодекса (а затем гражданских кодексов других стран) заключается в том, что сообразно требованиям эпохи он, упразднив властно-сословные привилегии и зависимости, решил основную задачу самой основы социально-экономической жизни — *в ы с в о б о ж д е н и е с о б с т в е н н о с т и*. И таким образом установил *п о л н о е р а в е н с т в о* всех граждан в обладании собственностью, ее приобретении, распоряжении и использовании.

А это значит, что собственность теперь становится действительно *с о б с т в е н н о с т ь ю*. Она оказалась способной выступить *в чистом виде*, освободившись от многого из того, что к ней примешивалось и препятствовало раскрытию заложенного в ней потенциала. И, стало быть, способной стать стержнем всей социально-экономической жизни — прежде всего *основой плодотворной активности человека-собственника в условиях экономической свободы*.

¹ Цит. по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 132.

Три основные статьи второй книги Кодекса — 544, 545, 546, им соответствуют следующие принципиальные положения о важнейших чертах собственности в Новое время.

Полнота, всеобщность и абсолютность собственности. В ст. 544 Гражданского кодекса Франции говорится: «Собственность представляет собой самое полное право пользоваться и распоряжаться вещами в той мере, насколько это не запрещено законами или регламентами». Ключевые слова здесь (согласно новейшему переводу текста¹) — «самое полное право пользоваться и распоряжаться вещами». «Самое» — значит «предельно» полное, что и разъясняет неясное положение в предыдущем переводе — пользоваться и распоряжаться вещами «наиболее абсолютным образом». Весьма примечательно, что приведенное положение означает и всеобщность данного права. Поэтому оно распространяется прежде всего на граждан, частных лиц².

Неприкосновенность собственности. Согласно ст. 545 Гражданского кодекса Франции «никто не может быть принужден к отчуждению своей собственности, если только этого не требуется в силу общественной необходимости и при условии справедливого и заблаговременного возмещения». Здесь ключевые слова — «никто не может быть...». Очевидно, что и в данном случае речь идет в основном об имуществе граждан, частных лиц, так как отчуждение имущества, не принадлежащего частным лицам, может происходить «только в особом порядке и в соответствии со специальными нормами» (ст. 537)³. *Качество*

¹ Речь здесь и далее идет о переводе текста Гражданского кодекса Франции, осуществленном в 2005—2007 гг. группой правоведов под руководством К. Вербар, В.В. Яркова и др.

² В ст. 537 Кодекса (абзац первый) прямо говорится: «Частные лица вправе свободно распоряжаться принадлежащим им имуществом, за изъятиями, установленными законом». Поразительно с этих позиций, что особый режим регулирования устанавливается не для имущества, принадлежащего частным лицам (как это характерно для государственно-феодалных порядков и тиранических режимов), а как раз наоборот — для имущества, частным лицам не принадлежащего. В абзаце 2 ст. 537 сказано: «Имущество, которое не принадлежит частным лицам, подлежит управлению и может отчуждаться только в особом порядке и в соответствии со специальными нормами».

Логично с точки зрения рассматриваемого подхода, что в Гражданском кодексе Франции государственной собственности вообще отведено довольно скромное место, о чем разговор пойдет далее.

³ Примечательно, что исключения из правила, закрепленного в ст. 545, допускаются лишь при наличии строго определенных условий. Это не только «общественная необходимость» (факт, который, по всем данным, может быть оспорен при состязательном процессе в Государственном совете), но и справедливое и заблаговременное (обратим внимание — заблаговременное!) возмещение имущественных потерь собственника, наступивших в результате общественно необходимого принудительного отчуждения его имущества, — обстоятельство, которое также может быть предметом правосудного рассмотрения.

собственности как доминанта — ее определяющее значение в имущественной сфере. Как говорилось выше, согласно ст. 546 Кодекса «право собственности на вещь... распространяется также на *все доходы* от ее использования, а также на все ее принадлежности». Именно это качество права собственности характеризует полноту власти собственника над вещью, а также утверждает собственность в качестве основы будущей социальной и экономической жизни людей.

Нетрудно заметить, что основные процессы, характерные для современной экономики, прежде всего отношения в сфере производства, исторически и концептуально коренятся в Гражданском кодексе Франции, главным образом в ст. 544, 546, 547. Даже сугубо рыночная трактовка современной экономики не может замкнуться на одних лишь процессах, свойственных рынку как таковому, где господствует преимущественно купля-продажа (рынок как место купли-продажи, иных возмездных сделок исторически появился, как будет показано дальше, с незапамятных времен вместе с разделением труда). Здесь неизбежно возникает — притом в качестве решающего фактора — сама основа всего комплекса отношения собственности¹.

Ну и будем все время держать в памяти то обстоятельство, что столь высокие статус и миссия права собственности получили закрепление в *кодексе*, т.е. в сводном системном нормативном акте, в котором — и только — оказывается возможным определить существо и значимость собственности как среди близких, тоже вещных отношений и образований (таких как узуфрукт, наследование, сервитуты и др.), так и среди отношений юридически иного порядка, обязательств — договорных и внедоговорных.

И в данной плоскости надо иметь в виду, что именно с Гражданского кодекса Франции (а также аналогичных документов, часто именуемых в иных странах уложениями) начался новый подъем юридической культуры. Наступила *эпоха кодексов*, когда системные начала выступили в качестве не только системообразующих факторов, но органических элементов всей данной национальной правовой системы, так или иначе влияющих на все иные ее составляющие.

4

ЗАКРЕПЛЕНИЕ определяющих черт права собственности на высшем законодательном уровне, в кодексах, сыграло исторически поворотную роль в развитии цивилизации.

¹ Думается, не все грани возникающей в данном случае проблематики учтены в науке и практической жизни в нашей стране, других странах.

Тогда-то и раскрылась экономическая и глубоко психологическая суть собственности как явления *вещного и правового порядка*, позволяющего владеть и неограниченно распоряжаться вещами, иными предметами как исключительно и сугубо с о и м и, и отсюда своей волей и в своем интересе использовать их мощь и возможности в активной, творческой, созидательной деятельности (хотя, увы, подчас — издержки! — и в деятельности сугубо мошеннически спекулятивной и в иной общественно порицаемой деятельности, порой граничащей с криминальной).

Именно с той поры стало очевидно, что вопреки широко распространенному мнению о собственности как всего лишь достоянии или богатстве (и вопреки ряду ее негативных свойств) именно она, собственность, выполняет глубинную цивилизационную и, если угодно, мирозданческую миссию — *обеспечивает возможность многократного усиления и развертывания силы и интеллекта человека через вещи, иные интеллектуально-объективированные предметы, т.е. прежде всего через производство, экономику.*

С исторических позиций именно вещи, иные «производительные» предметы, т.е. средства производства, на которых основывается строй экономической, социальной и правовой жизни, дали человеку такое же *абсолютное и исключительное право* над собой, как над ним самим, и раскрыли потенциал собственности. А это *возвысило* или, быть может, точнее и значительнее, — *перевернуло мир*, создало принципиально новую реальность, потенциально социально-активную среду. И тем самым открыло простор к тому, чтобы человек мог выступить в качестве творца, созидательной и активной силы в его взаимоотношениях с природой, окружающей действительностью.

И если это качество человеческого рода в прошлом (в частности, в условиях античности, эпохи Возрождения) имело в основном единичный, ситуационный характер, то с «высвобождением» собственности в эпоху буржуазных революций такое значение собственности — теперь уже по всем характеристикам частной собственности! — стало общей чертой нового экономического и социального строя (названного многими впоследствии строем «капитализма»).

С собственности в указанном значении и развернулась в полной мере история человеческого рода. Пусть и со всеми ее модификациями, сложными путями развития, зигзагами, поворотами назад, а также с ее историческим прошлым, которое, возможно, корректнее назвать «предысторией» цивилизации с точки зрения всех ее позитивных качеств. Пусть и с известным негативом в жизни людей — усилением эгоизма, стремления к богатству, несправедными, порой неправовыми методами

его достижения, возможностью присвоения собственником результатов неоплаченного труда (эксплуатацией человека). И все же, как бы то ни было, именно с раскрытием собственности *раскрылась цивилизация в высоком человеческом значении*.

Вот и получается, что собственность в условиях Нового времени, освободившись от всего того, что в предшествующие периоды общественного развития примешивалось к ней (и не давало возможности ей раскрыться в полной мере), упрочила свой *вещный* характер.

И это выявило с достаточной полнотой и определенностью социальные функции собственности (см. главу пятую), т.е. все то, что в обстановке реализуемой экономической свободы, частнособственнических товарно-рыночных, конкурентных отношений приводит к самовозрастанию вещественного состава собственности и отсюда — к развитию общества, наращиванию его богатства.

5

КОНЕЧНО, со всей очевидностью значение собственности в условиях цивилизации дает о себе знать прежде всего в отношении современной конкурентной товарно-рыночной экономики. Именно отношения собственности (их вещная природа), реализованные во всей системе конкурентных, товарно-рыночных отношений, и стали основной энергетической силой, породившей современную продуктивную экономику. Все дело лишь в том, что «вещи», как уже говорилось ранее, нужно понимать в данном случае в широком диапазоне, в их нынешнем технико-экономическом значении, т.е. в значении овеществленных результатов интеллектуального труда, средств и процессов современной передовой техники и технологии постиндустриальной эпохи. Причем вплоть до самых новейших их видов, свидетельствующих о начавшемся переходе экономики на новую, еще более высокую ступень, о развитии приобретающих доминирующую роль передовых информационных процессов в экономике, нанотехнологии, иных инновационных направлений — всего того, что приобретает осязаемый (и в этом смысле — вещный) характер.

И именно в таком значении «вещи» как объекты права собственности стали основой главного стимула к интенсивному труду, импульсом к собственным инвестициям, вложениям доходов в модернизацию производства, фактором риска, результативности и ответственности за свое хозяйское дело. Словом, как раз тем, что и обусловило в обстановке интенсивного, в чем-то скачкообразного технического прогресс-

са гигантский взлет конкурентной товарно-рыночной, капиталистической экономики, накопление «вещных» богатств, переход на этой базе к еще более мощному постиндустриальному развитию. Сработала здесь и другая фундаментальная основа современности (о которой речь пойдет далее) — произошедшее в это же самое время развитие демократии.

И вот в 1950—1990-х гг. основанный на указанных началах экономический строй, базирующийся на свободной («освобожденной») частной собственности, стал реальным выразителем и показателем благотворности порождаемого им экономического развития и модернизации, наиболее полно воплотивших в экономической жизни важнейшие составляющие Нового времени второй половины XX — начала XXI в. — мощнейший технический прогресс и возвышение человека, его высокого статуса, достоинства, его неотъемлемых прав и свобод. Что и определило быстрое экономическое развитие и процветание стран, последовательно исповедующих демократические ценности и идеалы.

Попутно следует заметить, что здесь, в экономической сфере, велика и роль права. Только при наличии неотделимого от частной собственности отработанного частноправового регулирования достигается мощная отдача в экономической и социальной жизни *вещной сути* собственности — той решающей ее особенности, которая через юридические механизмы «своей власти и своего интереса» позволяет в условиях сложившегося и даже формирующегося гражданского общества именно вещам сыграть решающую роль в создании и развитии современной продуктивной экономики.

Экономика экономикой, но сейчас пришла пора рассказать и о значении частной собственности для развития другой фундаментальной основы современной цивилизации — *демократии*. И притом в связи с пониманием собственности (при всей, по-видимому, неожиданности данного контекста) как явления вещного порядка.

И вот о чем свидетельствуют материалы более подробного рассмотрения данной проблемы.

Конечно, здесь, в отношении демократических процессов, влияние принципов, ценностей, идеалов, рожденных всей историей гуманитарного развития общества, и особенно эпохой Просвещения, значительно, оно имеет, пожалуй, решающее значение. Тем более на такие элементы демократических процессов, как духовные начала возвышения человека, его гражданского статуса, достоинства, неотъемлемых прав и свобод.

Вместе с тем выясняется, что, как это ни парадоксально, собственность, освобожденная от диктата политической власти и идеологии, весьма существенно — и здесь через свою вещную природу — опреде-

ляет само бытие, существо и развитие демократии в обществе (понятно, в обществе, вставшем на путь последовательно прогрессивного, демократического развития)¹.

Это значит, что собственность и сама по себе является обителью, выражением и гарантом центрального звена демократии — *надежной и обеспеченной свободы человека*. И это опять-таки сопряжено с вещной природой собственности! В чем тут дело?

Надо отметить два наиболее существенных момента.

В о-п е р ы х, собственность сама по себе уже является *обителью свободы*. Притом свободы по ее цивилизационной логике изначально, первичной, т.е. в отношении отдельного, автономного человека по кратчайшей природной связи «человек — вещь». Ибо она, состоящая в полном господстве и исключительной власти над вещью, дает простор для целенаправленной деятельности человека, развития его индивидуальности, его нередко уникальных способностей. И к тому же — достигающей по мере развития цивилизации наиболее высоких форм, выраженных в научном и художественном творчестве. Стало быть, таких форм, когда человек постигает и осваивает окружающий мир — раскрывает его тайны, глубины и вместе с тем оказывается способным ставить явления природы и продукты творчества на службу людей, человечества. Напомню уже ранее приведенное высказывание

¹ Конечно, здесь наряду с упомянутыми ранее гиперболизированно нейтральными и негативными чертами необходимо отметить и некоторые позитивные особенности рынка как такового. Ведь рынок даже при самых архаичных, тиранических цивилизациях и его бесчеловечных проявлениях (типа «невольничьего рынка») — с самых давних времен и до нынешней поры — был и неизменно остается под известным углом зрения неким «островком свободы». Тем участком товарно-рыночных отношений, где в том или ином виде присутствуют элементы фактического равенства, самостоятельности и свободы субъектов, их собственные интересы и «своя» воля, а отсюда — договорные компромиссы и арбитражирование. Величие мирового юридического шедевра — римского частного права (особенно в золотой век римской юриспруденции в I—II вв. н.э., в систематике Юстиниана — VI в. н.э.) в том и состоит, что упомянутые в нем юридико-экономические элементы реализовались в правовых началах и в этом качестве нашли предельно полное, строгое и конструктивно совершенное юридическое выражение, что и оказало непревзойденное влияние на мировой правовой и социальный прогресс. Еще в большей мере такое влияние стало существенным и значимым, когда в условиях развивающегося рынка труда и утверждающихся демократических форм соответствующие правовые начала воплотились в крупных законодательных и иных правовых свершениях Нового времени — Кодексе Наполеона, Германском гражданском уложении, Швейцарском гражданском кодексе, в фундаментальной структуре общего, прецедентного права, а также в других нормативных актах — таких, в частности, как законы (кодексы) по трудовым отношениям, в соответствующей судебной практике.

Впрочем, об этой и других сторонах «рынка» речь более подробно пойдет дальше (в главе девятой).

Б.Н. Чичерина о том, что «первое явление свободы в окружающем мире есть собственность»¹.

Правда, свобода, коренящаяся в собственности, может обернуться злом и несчастьем для людей, стать — как свидетельствуют факты истории и нынешней действительности — основой произвола и насилия. В этой связи принципиально важно постоянно учитывать те неперемennые условия, при наличии которых собственность раскрывает свое цивилизационное предназначение, а не превращается в фактор негативного порядка².

Среди этих условий следует прежде всего отметить необходимость строжайшего следования всему тому, что выражает вещную природу собственности, в частности положению о том, что собственность дает ее носителю *полную, абсолютную власть, но власть только на д е щ а м и*.

Это обстоятельство, к сожалению, не было воспринято юриспруденцией Нового времени, сориентированной на потребности капитализма периода первоначального накопления капитала, что предопределило практическое всевластие частных собственников в области хозяйственной деятельности. И хотя многие острые проблемы здесь были решены путем конституирования особой отрасли — трудового права, но довольно значимые элементы всевластия кое-где (даже в сфере акционерной собственности) сохранились до сих пор.

Другое важное условие, направленное против использования свободы собственника в негативных целях, — это *правовое упорядочение* отношений собственности. Причем упорядочение не путем ее административных ограничений, в особенности реанимации господства над ней политической власти и идеологии (они навсегда должны уйти в прошлое), а путем адекватного правового регулирования, которое бы ставило деятельность субъектов права в строгое юридическое русло. Главным образом — путем строгого следования всем нормативным требованиям реализации правомочий собственника в рамках действующей системы правоотношений (и вещных, и обязательственных), а также путем надлежашей судебной практики, построенной, в частности, на более широком применении законоположений о так называемой шикане — злоупотреблении правом.

¹ Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 85.

² То есть в фактор, который не только оборачивается злом и несчастьем для людей, но и служит предпосылкой для теорий и направлений практической деятельности (типа коммунистических теории и практики, которые приводят к отрицанию частной собственности вообще, и следовательно — к еще большим бедам и катастрофам в жизни общества, положении и судьбе людей).

В о-в т о р ы х, собственность дает ее носителю *значительные, незаменимые гарантии надлежащего правового положения человека, гарантии его прав и свобод.*

И дело не только в том, что собственность, ее величина предопределяют через статус собственника общий социальный статус гражданина, с которым принято считаться в современном обществе, а также реальные возможности использования эффективных средств правовой защиты (начиная от возможностей привлечения квалифицированных адвокатов и заканчивая, например, возможностью использования института залога по уголовным делам).

Самое существенное с точки зрения гарантийных функций собственности (в том числе только что упомянутых) заключено, как это ни парадоксально, опять-таки в ее вещной природе. В данной плоскости надо видеть, что гарантии прав и свобод лица определяются не усмотрением правоохранительных учреждений, произвольным решением тех или иных должностных лиц, а волей и активностью самого субъекта, а главное — прошу внимания! — самой природой собственности как вещного права.

Ведь для собственности характерно нераздельное единство права и его объекта (вещи). И это придает собственности значительную прочность и устойчивость, если угодно — независимость, дает высокую степень гарантии («забронированность») от произвольного усмотрения власти — отдельных должностных лиц, чиновников.

Следовательно, для того чтобы в рассматриваемом ракурсе подорвать, унижить возможности данного лица в обеспечении принадлежащих ему прав, необходимо лишить его собственности либо просто-напросто лишить соответствующие правоотношения их вещного значения (допустим, преобразовать правоотношения из вещных в обязательственные, что, например, и случилось в российском обществе в 2005 г. в области жилищных правоотношений, когда члены семьи собственника квартиры по новым законодательным установлениям утратили самостоятельное вещное право на жилую площадь, что и потребовало в последующем внесения в гражданское законодательство соответствующих корректив).

В связи с этим — примечательное наблюдение. Как показывает жизнь ряда стран, рост в этих странах авторитарных тенденций в синхронном соотношении сопровождается утратой социальной и юридической значимости вещных прав¹.

¹ Вплоть до полного отрицания данной категории даже при наличии соответствующих институтов, что, скажем, произошло в советский период российской истории, в 1922–1990 гг., и отражено в трудах крупнейших ученых-правоведов того времени, в том числе в работах выдающегося правоведа, проф. В.К. Райхера (см.: *Райхер В.К.* Абсолютные и от-

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

1

СОБСТВЕННОСТЬ в современном мире, ее правовые формы в начале III тысячелетия христианской эры представляют собой, как и многие другие институты в области экономической, политической и правовой жизни, картину многоликую, пеструю.

В ряде стран (особенно Африки, некоторых регионов Азии) сохранились даже остатки родоплеменных и колониальных порядков, в других регионах (преимущественно в странах Дальнего Востока) все еще действуют традиционные феодальные отношения собственности, основанные на философских и религиозных догмах, патерналистской идеологии, диктате политической власти, порой слегка осовремененного, но все же авторитарного теократического типа.

И все же главное в пестрой картине собственности, ее правовых форм в нынешнее время — это те направления развития в области собственности, которые характерны для развитых стран, следующих прогрессивным курсом демократических цивилизаций с частнособственнической, конкурентной товарно-рыночной экономикой. Причем в большинстве таких стран демократический курс возник на благодатных предпосылках греко-римской культуры, христианства. Это, как принято считать, страны Запада (Центральной и Западной Европы, а также Северной и частично Южной Америки), а теперь еще и ряд стран Азии, Южной Африки (КНР, ЮАР), впрочем, нередко с сохранением в той или иной мере традиционалистской идеологии и соответствующих проявлений в области собственности.

2

КАКОВЫ ЖЕ те направления развития в области собственности, которые характерны для демократических стран и в которых, как можно предположить, проявляются основные тенденции состояния и судьбы собственности в современном мире?

Здесь два основных процесса, в какой-то мере полярно противоположных в своем соотношении, даже курьезных.

носительные права (к проблеме деления хозяйственного права) // Известия экономического факультета Ленинградского политехнического института. Вып. 1. Л., 1928. С. 273–274).

Первый из них — это мощная отдача в экономической и социальной жизни *вещной сути* права собственности — тех решающих ее особенностей (в виде закрепленных, начиная с Кодекса Наполеона, персоналистической природы собственности в качестве частной и свойства абсолютности вещных прав), которые через механизм своей власти и своего интереса позволяют в условиях сложившегося и даже формирующегося гражданского общества именно вещам, иным объективированным предметам, являющимся, условно говоря, «свершениями разума», обрести могучую экономическую силу. И под этим углом зрения — стать основой главного стимула к инновационным процессам, к интенсивному труду, импульсом к собственным инвестициям, вложениям доходов в модернизацию производства, иного коммерческого дела, фактором риска и ответственности за него, в перспективе — к формированию нанотехнологии, информационно-интеллектуальной экономики.

При этом, разумеется, необходимо вещи, иные объективированные предметы рассматривать в том виде и значении, которые вытекают из современного бурного развития науки и техники — вплоть до представлений нынешнего времени, когда на первый план выступили технотронная нанотехнология, информационные блоки экономики, весь комплекс достижений инновационного технико-экономического развития постиндустриальной экономики, предпосылки и первые элементы интеллектуально-информационной экономики. Иначе говоря, то, что и обусловило в обстановке нарастающего технического прогресса гигантский взлет частнособственнической, конкурентной товарно-рыночной капиталистической экономики, накопление вещных богатств, переход на этой базе к еще более мощному постиндустриальному интеллектуально-информационному развитию.

Кроме того, важно, что результатом функционирования и развития собственности экономически и политически передовых стран стало *упрочение ее единства с правом*, притом правом в его развитых формах, адекватных собственности, ее вещной природе, — частным, гражданским правом. Но, кажется, никто не обратил внимания на то, что ныне юридически возвысившиеся права человека оказали наиболее мощное влияние именно на частное право, на основной предмет гражданских законов — человека, его статус и возможности, а отсюда — на силу содержащихся в гражданских законах частноправовых начал. С этой точки зрения представляется, что причиной взрывного экономического развития и процветания развитых демократических стран, отличающихся ныне продуктивной экономикой, доминирующим средним классом, устойчивым экономическим и социальным развитием — изменения-

ми, произошедшими в 1950–1960 гг., наряду с бурным научно-техническим прогрессом стал человек как главный «мотор» и источник энергии, знающий себе цену, уверенный и защищенный, раскрепощенный правом и обретший в праве необходимые основы для высокой активности, творчества, дерзновенного дела, основанного на предприимчивости, персональном риске и личной ответственности за результаты дела, для продуктивного воплощения в производственную и повседневную жизнь, быт и досуг научной мысли и технических свершений.

В т о р о й п р о ц е с с. Вместе с тем наряду с мощной отдачей в экономических и социальных отношениях вещной сути собственности (в ее единстве с развитым правом) есть в этой области и как бы *встречный процесс*, характерный для Новейшего времени, – процесс во многом противоположного, парадоксального и даже тревожного свойства.

Такого рода процесс выражается в следующих явлениях:

- «перелив» собственности в ценные бумаги;
- вхождение в экономическую и правовую жизнь категории «доверительная собственность»;
- включение в состав собственности категории «управление», в ряде случаев приобретающей в содержании собственности доминирующее значение;
- концентрация собственности в специфических общественных образованиях – акционерных обществах;
- размывание собственности, выход ее за пределы «правового поля» и одновременно обретение фактическим владельцем имущества супермощных юридических возможностей, охватывающих прежде всего отношения собственности.

Рассмотрим несколько подробнее указанный процесс в явлениях современной экономической жизни.

3

ОДНА ИЗ НАИБОЛЕЕ заметных особенностей собственности в современном мире, свидетельствующая об известном отходе собственности от ее вещной сути, – это прежде всего ее *«перелив» из вещных форм в ценные бумаги*.

Конечно, нужно еще раз обратить внимание на то, что по своему исходному предназначению во все предшествующие эпохи, а также при развитии и становлении современной частнособственнической конкурентной товарно-рыночной экономики собственность (ее функционирование) в основном концентрируется на доминирующем объ-

екте — вещественном составе, т.е. на орудиях труда, технике, технологии, информационных процессах. В этой плоскости, как мы видели, собственность — великий стимулятор, источник экономической энергии, активности: собственность дает ее носителю высокий хозяйский статус, экономическую свободу, интерес к напряженному труду, нацеленность на риск, ответственность за дело.

В последующем же в высокоразвитой капиталистической экономике собственность, развернувшись непосредственно в производстве, в малом и среднем бизнесе, запустив механизм саморегуляции, самовозрастания своего вещественного состава, уходит в отдаленные от непосредственного производства сферы — в финансовый капитал, ценные бумаги, акции. Собственность в этих формах уже не проявляет в полной мере свои качества стабилизирующего фактора, стимулятора и источника экономической энергии в производстве. Она сохраняет в основном лишь некую особую грань своего стимулирующего влияния, характерного для высокоразвитой конкурентной товарно-рыночной экономики, — стремление к прибыли, заинтересованность в выигрышных вложениях капитала и лишь при наличии соответствующих организационных форм (корпораций, акционерных обществ) опосредованную заинтересованность — через внутриорганизационные управленческие институты — в развитии и модернизации производства.

В немалом же числе случаев финансовые операции, игры на рынке, сделки с ценными бумагами, которые сами по себе могут приносить доход, стали чуть ли не решающим сегментом хозяйственной жизни, особенно в банках, на биржах. И сложился даже слой людей, которые, не участвуя непосредственно в экономической деятельности, живут на доходы от ценных бумаг, — рантье.

Но все это — обратим внимание! — предполагает, что существуют и плодотворно функционируют все «этажи» развитой капиталистической экономики: высокоэффективное товарное производство, развитые рынки товаров, труда и капиталов, развитая система малого и среднего бизнеса, отработанная система движения и перелива частной собственности, ее защиты и обеспечения, адекватная рыночная инфраструктура и т.д. — словом, целостная система плодотворно работающей современной экономики, одним из проявлений которой и является рынок ценных бумаг.

Так что в связи с тенденцией к концентрации капитала, его акционерными институтами (со всеми их противоречивыми последствиями — об этом дальше), а также в связи с развитием знаковых, письменных способов фиксации речи, усложнением и глобализацией форм информации собственность в области экономики, гражданского оборота

стала все более обретать новые знаковые, в чем-то «бумажные» и даже в электронном виде фиксируемые формы — формы ценных бумаг и, более того, переключаться в информационную сферу, вплоть до бездокументарного, через механизмы электронной техники оборота ценных бумаг, иных знаковых форм фиксации и реализации гражданских прав.

Указанные изменения даже при предельно строгом правовом подходе и соответствующих научных воззрениях¹ находят вполне удовлетворительное объяснение в фундаментальных гражданско-правовых категориях, например в понятии «бестелесная вещь», выработанном еще в древнеримской юриспруденции². Да и дальнейшее развитие категориального аппарата гражданского права на такой основе, особенно при признании гражданско-правовой материи как социальной реальности, — перспектива возможная, оправданная по ряду существенных научных и практически значимых позиций.

Озабоченность вызывает другое. Право собственности, перекочевавшее в информационную сферу — сферу ценных бумаг — и сохранившее правовое качество абсолютности, знака состояния, стимула наращивания абсолютного обладания материальными ценностями, вместе с тем все же в известной мере теряет ряд своих социальных функций, прежде всего функции *стимула к интенсивному труду самих обладателей ценных бумаг (притом с утратой в той или иной мере этого же стимула у работников на производстве, непосредственных производителей), персональной ответственности за свое дело*, т.е. приводит к последствиям, в чем-то близким к характерным чертам планового социалистического хозяйства при тотально огосударствленной экономике.

Поэтому даже в условиях развитого капиталистического хозяйства (где механизмы стимулирования на основе вещей во многом уже внедрены в сфере производства) социальная жизнь работников, ее гарантии сводятся всего лишь к «наличию рабочих мест» и «достойной зарплате» (с весьма неопределенными и зыбкими критериями заработной платы как «приличной»). А отсюда происходят явления исторически трагические — возвращение (прямо по Марксу) *наемного рабства*, сглаживаемого атмосферой потребительства, с его неэффективным трудом; а потом

¹ См.: Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 234.

² Д.В. Мурзин, отметивший это обстоятельство, пишет, что вопрос о бестелесных вещах «вторгается, пожалуй, в сферу психологии античной и современной цивилизации: бестелесное имущество появилось в римском частном праве в силу его непревзойденной логичности... бестелесное имущество было отвергнуто постантичным гражданским правом из-за практицизма западной цивилизации и ее излишнего увлечения философией материализма» (см.: Мурзин Д.В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. М., 1998. С. 70).

в ряде случаев и явления обратного свойства, поистине курьезные — обращение в виде аренды предприятий работников к ограниченным вещным отношениям, но именно к таким, в которых в силу большей «вещности» существует значительный потенциал стимулирования к труду, импульсов к собственным инвестициям и ответственности за дело.

Впрочем, как об этом будет говориться в заключительной, семнадцатой, главе, здесь не исключено восприятие «вещности» на уровне индивидуального правосознания, что может смягчить возникающие в сфере собственности проблемы.

4

СЛЕДУЮЩИЙ, притом весьма своеобразный отрыв собственности от ее исконной вещной сути — это вхождение в экономическую и правовую жизнь имеющей частнособственнический характер категории *«доверительная собственность»*.

Впрочем, здесь мы встречаемся не просто с неким «курьезным» случаем, а с явлением более крупным, значительным и в чем-то тревожным. С тем, что собственность с добавлением слова «доверительная» вообще во многом теряет свои изначальные качественные характеристики и в принципе обретает новый смысл. Причем настолько основательный, что в настоящее время в юриспруденции многих стран, особенно в национальных юридических системах общего, прецедентного права (Великобритании, США), этот институт стал чуть ли не визитной карточкой этих правовых систем, их достоинств. Ныне институт доверительной собственности, так сказать, в адаптированном виде получает распространение и в романо-германском праве, в том числе на территориях, где в «окружении» общего, прецедентного права продолжает действовать право романского типа¹.

И вот еще один, поистине поразительный момент, который может быть отмечен в отношении этого института.

Первоначально он возник в средневековой Англии по сугубо прагматическим мотивам в качестве своего рода юридической уловки, хитрости

¹ Любопытно, что хотя в штате Луизиана Единообразный торговый кодекс США не вступил в действие, «институт доверительной собственности, являющийся одной из наиболее отличительных черт общего права, был воспринят», впрочем, как отмечается в литературе, «в слегка измененном виде с помощью специального законодательного акта», хотя его положения — знаменательный момент! — все же «толкуются судами негласно и с точки зрения понятий, и по содержанию в соответствии с англо-американским правом» (см.: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. С. 180).

юристов-практиков в целях известного обхода существующих юридических порядков. И лишь затем в ходе самой практики с опорой на право справедливости (той составляющей права англо-американского типа, которая дополняет прецедентное право в строгом значении этого понятия) институт доверительной собственности был воплощен в весьма конструктивную, пожалуй, уникальную, уточненную правовую идею.

Дело в том, что в XII–XIII вв. вассалы в Англии, пытаясь избежать феодальной зависимости, связанной с использованием полученного от лендлорда поместья, передавали его по договору другому лицу — доверительному собственнику (trustee). Этот доверительный собственник считался по общему праву полноправным владельцем данного поместья, а практически по договору обязывался уступить вассалу имение во владение и пожизненное пользование и, что особо существенно, после смерти вассала или по достижении его наследниками совершеннолетия обязывался распоряжаться имением строго определенным образом в интересах третьего лица, именуемого бенефициарием.

Но тут возникли трудности. В XII–XIII вв. по общему праву Англии не существовало типового формуляра, на основании которого было бы возможно возбудить судебное дело против недобросовестного доверительного собственника с целью заставить его выполнить взятые в соответствии с договором обязательства по добросовестному управлению имуществом, по определению его судьбы. Между тем в Англии (и что воистину поразительно — точь-в-точь как тысячелетием ранее в римском частном праве) без соответствующего типового формуляра, выдаваемого строго определенным должностным лицом, возбудить судебный процесс было невозможно.

И тогда на помощь вассалам, передающим имение в доверительную собственность (и бенефициариям), пришел лорд-канцлер — одно из высших должностных лиц в сфере судебной деятельности. Он на основании права справедливости стал рассматривать нарушения договорностей доверительными собственниками как бессовестное и аморальное поведение — преступление против чистой совести. А потому и настаивал на том, что хотя спорное имение и принадлежит доверительному собственнику «по закону», т.е. в соответствии с нормами общего права, но согласно праву справедливости доверительный собственник в то же время обязан так распоряжаться имением, как это оговорено в договоре. И вот именно «эта основополагающая идея была постепенно подробнейшим образом разработана в судебной практике лорда-канцлера и уже после отмирания феодальных отношений стала эффективно использоваться в различных отраслях права. Причем

значение доверительной собственности стало столь велико, что в наши дни институт доверительной собственности является наиболее характерной отличительной чертой стиля англо-американского права»¹.

Что в этом сложном процессе формирования института доверительной собственности особо примечательно? Не только то, что указанный институт в современном его виде и значении сложился спонтанно, в ходе судебной практики, в процессе судебной деятельности по характерному для общего права принципу — обоснования от прецедента к прецеденту, в итоге движения от юридической уловки к фундаментальной идее. И не только то, что складывающиеся правоотношения, касающиеся доверительной собственности, сообразно условиям социальной жизни, и прежде всего условиям формирующегося «современного рынка» и акционирования, потребовали их правового упрочения, обеспечения их надежности и юридической силы.

Главное заключается в том, что эти отношения хотя и остались существовать под названием «собственность», в своем единстве утратили вещный характер. Эти отношения в ходе самой прецедентной практики постепенно утвердились в качестве (действительно крупной) *правовой идеи или принципа распределения (дележа) прав на имущественные блага* в области комплекса многообразных имущественных отношений². Непосредственно вещный характер (и то зависимый от договора) сохранили здесь, в сфере имущественных отношений, лишь права лица, осуществляющего непосредственное владение и оперативное использование имущества.

Здесь и надо видеть одно из оснований того, что предпринятая в России в начале 1990-х гг. попытка под флагом «приватизации» заменить государственную собственность «доверительной собственностью» в конечном итоге — хотя и не без труда — вполне обоснованно не была принята ни теорией, ни практикой. И это, естественно, предопределило тот диссонанс,

¹ Цвайгерт К., Кёмц Х. Указ. соч. С. 286.

² Как отмечается в современной литературе, в основе доверительной собственности «лежит до гениальности простая идея. Имущественными правами на какой-либо определенный предмет наделяются несколько лиц таким образом, что одно из них может управлять и распоряжаться им в качестве доверенного лица, в то время как другие — часто в порядке временной очередности — обладают определенным объемом прав на часть доходов от этого предмета. Эта основополагающая концепция общающего характера применяется в различных отраслях общего права: в семейном праве, наследственном праве, праве компаний и даже в отношении неосновательного обогащения. Словом, в англо-американском праве с помощью одного лишь этого правового института удовлетворяются потребности также правового оборота, которые, разумеется, известны праву континентальной Европы. Но удовлетворяются они с помощью гораздо большего числа правовых институтов, совершенно различных по своей природе» (см.: Цвайгерт К., Кёмц Х. Указ. соч. С. 56).

который возник между органически связанными между собой принципами «современного рынка», общим прецедентным правом и акционированием, с одной стороны, а с другой – не воспринятыми на практике принципами доверительной собственности (от которых все же остался сам термин «траст»), а в России была выработана особая разновидность обязательственных отношений, именуемая «доверительное управление».

Этот диссонанс наряду с иными противоречивыми или прямо негативными моментами привел к тому, что на практике в России даже после принятия современного Гражданского кодекса РФ закрепленные в Кодексе традиционные положения о собственности не сыграли ожидаемой позитивной роли. И если во многих передовых странах Европы принципы и категории, пришедшие на европейскую землю вместе с «рынком», были все же как-то адаптированы к общей системе европейского континентального права, в том числе и по вопросам собственности, то в России в ходе кардинальных реформ, знаменем которых стал рынок в его наиболее, казалось бы, привлекательных характеристиках, положения о собственности по Гражданскому кодексу РФ оказались в стороне от реформ, от общего потока экономического развития. Хотелось бы попросить читателя запомнить только что приведенные положения: к ним придется вернуться по ряду вопросов собственности в последующем.

5

ВЕСЬМА СУЩЕСТВЕННУЮ РОЛЬ в мировом развитии собственности сыграли акционерные общества. Они стали формой концентрации собственности в экономике, причем такой, когда собственность сначала «переформировалась» в обезличенные доли в праве (акции), потеряла для каждого владельца акций вещные черты, а затем оказалась способной стать доминирующей силой в отношениях собственности.

При этом в акционерных обществах нужно видеть ту вполне естественную логику, которая характерна для капиталистического развития. Ту логику, которая выражена в становлении коммерческих обществ, вовлечении мелких собственников в процессы, раскрывающие потенциал концентрированного капитала в его обороте, в процессах слияния, переменах субъектов собственности, ее легитимных переделах, «дружеских поглощениях» и т.д.

Вместе с тем стремительное распространение глобального акционирования на американском и европейском континентах, в других мировых регионах, охватившее и крупные производства, выявило и то обстоятельство, что в связи с акционированием и, так сказать, «внутри»

возникающих здесь отношений складываются и приобретают доминирующее значение *особые процессы и тенденции*, выходящие за пределы ранее существовавших капиталистических отношений и довольно существенно влияющие на отношения собственности.

К числу таких процессов и тенденций, частично уже упомянутых, относятся:

– значительная утрата отношениями собственности вещного характера;

– обретение имуществом, сконцентрированным в акционерном обществе, значения неприкосновенной верховной собственности;

– возможность овладения доминирующими владельцами акций полным контролем над имуществом общества, когда, в частности, владелец контрольного пакета акций фактически становится владельцем имущества всего общества;

– выход складывающихся отношений за пределы действующего в стране права, прежде всего действующих законодательных установлений по вопросам собственности.

Эти процессы и тенденции, а также их последствия требуют особого самостоятельного рассмотрения, и оно будет осуществлено в последующем с учетом данных и материалов, относящихся к российскому праву (главы десятая, пятнадцатая).

6

ЧИСТОТА И ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ отношений собственности, их вещной сути оказались в немалой мере поколебленными также и в связи с тем, что в последние десятилетия в содержание собственности со все большей настойчивостью включается компонент *управления* и некоторые другие близкие по значению функции и правомочия.

Конечно же, здесь в немалой степени срабатывает экономическая необходимость, создание и развитие крупных производств. Это — формирование компаний, фирм и корпораций, в особенности многопрофильных, повышение удельного веса организаций и предприятий, действующих в ряде случаев на базе государственной собственности, а также, как мы видели, развитие акционерных обществ. Везде здесь собственник, по принятым представлениям, не может ограничиться традиционной триадой правомочий: правом владения, правом пользования, правом распоряжения.

Поэтому нередко в содержание права собственности наряду с указанными тремя правомочиями в одном порядке с ними включаются

еще и другие, и в первую очередь правомочие управления, понимаемое в смысле основанного на правомочии распоряжения права собственника строить и осуществлять по своему усмотрению целенаправленное руководство всеми подразделениями данной компании или общества, их функционированием в целом¹.

Отсюда — известная трансформация самих представлений о собственности, при которой, в частности, новое правомочие — управление воспринимается с точки зрения общих представлений об управлении (к тому же с известным акцентом на привычное понимание данной категории в публичной сфере административной государственной деятельности). Еще в большей мере, о чем разговор особый, трансформируется управление в акционерных обществах, где управленческая деятельность приобретает действительно немалое самостоятельное значение, заслоняющее даже отношения собственности как таковые. Понятно, что при таких трактовках вещи, их значение в отношениях собственности нередко вообще отодвигается на второй план или не принимается во внимание.

Конечно, отношения управления при всем их многообразии и специфике требуют внимательного подхода, отлаженного регулирования и отработанности на практике.

Вместе с тем с принципиально правовых позиций управленческая деятельность в сфере отношений собственности, строящаяся на началах частного права (в том числе в крупных фирмах, компаниях, корпорациях), может быть понята только *под углом зрения правомочия распоряжения, принадлежащего собственнику*². Со всеми вытекающими отсюда особенностями, характерными для правомочий собственника, когда правомочие управления понимается в качестве *второго ряда прав*, входящих в содержание собственности и всецело зависящих от правомочий «триады» (в данном случае — права распоряжения).

Если же категория «управление» используется для характеристики отношений собственности и иных имущественных отношений предприятий и организаций, действующих на основе государственной собственности, то тут управление, в особенности при определении основ правового положения субъектов, во многом имеет *публичную, непосредственно административно-правовую природу*, отвечающую принципам властно-централизованной деятельности по формуле «власть и подчинение».

Есть здесь, в проникновении в содержание права собственности «правомочия управления», и потенциально тревожная тенденция,

¹ См.: Зинченко С.А. Государственная собственность в СССР: проблемы правового регулирования. Ростов н/Д, 1986.

² См.: Маттеи У., Суханов Е. Указ. соч. С. 311.

относящаяся к основополагающему началу демократической организации общества — праву, его верховенству. Но это требует более обстоятельного, конкретизированного анализа, который сопряжен с указанными метаморфозами в области собственности, главным образом с фактом глобального развития акционерных обществ (проблемы, которая по ряду существенных аспектов, связанных с собственностью, будет рассмотрена дальше).

7

НАКОНЕЦ, о том, что выше было названо «размыванием» собственности, ее выходом за пределы «правового поля» и одновременно обретением фактическим владельцем имущества супермощных возможностей.

Здесь прежде всего, как попытается показать автор этих строк в последующем, речь идет об акционерных обществах (в том варианте построения, который принят в России), о возникающих в их недрах тенденциях, приводящих к тому, что у определенных лиц происходит внеправовая (хотя и «законная») концентрация фактической власти в области собственности.

Кроме того, и в более широких масштабах в странах развитой рыночной экономики зреют подходы, в соответствии с которыми правовые принципы в отношении собственности должны быть заменены непосредственно экономическими принципами, что как раз и свидетельствует о «размывании» значения собственности в экономической жизни.

Суть дела тут в ряде идей влиятельных ныне экономических исследований, прежде всего в модных ныне идеях В. Познера, содержащихся в его труде «Экономический анализ права» (1977 г., переиздание — 2004 г.)¹. Автор в этом труде исходит из того, что недостаток ресурсов в обществе является одним из главных факторов, определяющих отношения собственности. Этот фактор заставляет передавать ресурсы в интересах повышения уровня благосостояния в руки тех, кто сможет их использовать с наибольшей эффективностью.

Но как, каким путем передавать? Рыночными методами? Путем товарного обмена?

В. Познер как бы склоняется к этому. Согласно цитируемому изданию, он утверждает, что при определенных условиях сумма обмена становится «оптимальной», так как все недостаточные ресурсы бла-

¹ Здесь и далее изложение по: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 371—372.

годаря рыночному механизму достигают места своего наиболее эффективного применения, а дальнейшие обмены не приведут к увеличению общей полезности.

Но – внимание! – спрашивается: каким же образом все это может происходить на практике? Если нет сомнений в том, что исходя из необходимости оптимального распределения ограниченных ресурсов «правовые нормы можно исследовать с такой точки зрения: способствуют ли они «эффективному» распределению недостаточных ресурсов»¹, то в сугубо практической плоскости неизбежно возникает принципиально иная ситуация.

Дело в том, что «недостаточные ресурсы» не в состоянии «достигнуть места своего наиболее эффективного применения» *только* «благодаря рыночным механизмам» и строго соответствующим таким механизмам частноправовым формам регуляции. И здесь – во всяком случае на том участке экономических отношений, когда «ресурсы» должны достигнуть «места» их наиболее эффективного использования, – не обойтись одними правовыми институтами, адекватными рыночным отношениям, – институтами частного права.

Как же быть? И вот здесь, строго говоря, нет иного варианта, кроме как прибегнуть к силовым методам, в том числе к императивной, регулирующей роли государственной власти. А такой вариант (пусть и с использованием известных «рыночных механизмов») реализован, как свидетельствует мировая практика, не в опыте демократических стран с современными правовыми системами, а в идеологии и практике социалистического планово-административного хозяйствования с соответствующими, в основном силовыми методами. А все это как раз и приводит к тому, что несмотря на будто бы престижный юридический антураж олицетворяет собой фактическое «размывание» права. И что – с прискорбием приходится констатировать в отношении реалий ряда стран с рыночной экономикой – согласуется с пренебрежительным отношением к «юридической догматике», являющейся в действительности по своей глубокой сути выражением и носительницей основательной юридической культуры².

¹ Или, добавляют авторы, «другими словами», идут ли «действия индивида, который преследует свой частный интерес, одновременно... на пользу всего общества» (см.: Цвайгерт К., Кёцх Х. Указ. соч. С. 372).

² Любопытно (под углом зрения того, что «экономический анализ» неодолимо влечет к социализму), что примеры сторонников «экономического анализа» приводятся не из договорного, как этого требует логика материала, а из деликтного права. И они по своим выводам сводятся к тому, что «суды считают «небрежным», а потому и виновным такое поведение, когда ответчик мог бы принять, но не принял никаких мер для предотвращения

В связи с этим ряд авторов¹, исследующих экономические процессы с точки зрения указанных выше позиций, высказывают идеи, которые (опять-таки неизменно связываясь с «болевым точкой» нынешней хозяйственной жизни — ограниченностью ресурсов) напрямую переводят категории частнособственнической экономики из преимущественно вещных в категории оборота, обязательственных отношений, контрактного права, в частности такие, как акт, сделка, трансакция (Р. Коуз).

Вот некоторые суждения на этот счет:

— отношения собственности выводятся из редкости ресурса, причем так, что «без какой-либо предпосылки редкости бессмысленно говорить о собственности и справедливости»²;

— «не ресурс сам по себе является собственностью; пучок или доля прав по использованию ресурса — вот что составляет собственность»³.

Обратим внимание на приведенные положения (прежде всего на то, что собственность в сфере ресурсов образует пучок или долю прав по использованию вещественных объектов). При более обстоятельном анализе (о чем пойдет речь в последующем) оказывается, что это не некие досужие или даже экзотические академические рассуждения, а выражение реальных, порой тревожных

ущерба и когда сумма издержек, связанных с принятием этих мер, оказалась бы ниже ущерба, нанесенного несмотря на то, что эти меры были бы приняты». Или другой пример, когда «применение оговорки об освобождении от ответственности может объясняться нарушением принципов «взаимного доверия», «осмотрительного поведения» или «добросовестности», и это зависит от того, освобождает ли она от риска ту сторону в сделке, которая могла бы избежать его с меньшими потерями, чем другая, и застраховаться от него с меньшими издержками, чем другая сторона, если риск или убытки неизбежны» (см.: Цвайгерт К., Кётиц Х. Указ. соч.). Но при чем тут, спрашивается, «экономический анализ»? Аналогичные, а пожалуй, еще более точные с юридической стороны выводы следуют и при корректном использовании категорий юридической догматики.

¹ См., в частности: Коуз Р. Фирма, рынок и право: Пер. с англ. М., 1993; *Alchian A. Some Economics of Property Rights. II Politico. Economic Forces at Work. Indianapolis, 1977.*

² *Toumanoff R.G. Theory of Market Failure. Kyklos, 1984. P. 320.*

³ Следует признать весьма поразительным, а возможно, и вполне понятным, естественным явлением то обстоятельство, что проведенная в России в 1990-х гг. приватизация земли ограничилась тем, что члены колхозов и совхозов получили не участок земли в натуре, а именно «долю в праве на землю». Чем вызвано подобное совпадение с приведенным в тексте высказыванием? Едва ли авторы указанных земельных преобразований были знакомы со специальными разработками американских авторов по данному вопросу. Больше оснований, думается, предположить, что сама органика рыночных отношений, непосредственно не связанных с собственностью (а сконцентрированных на обороте, на обязательствах), стала побудительной причиной таких преобразований, когда крестьяне получили не землю, а всего лишь некий «пучок прав», точнее — «долю в праве».

тенденций. К тому же таких существенных – не исключено, в перспективе трагических, – как чуть ли не одновременное (или синхронное) падение роли собственности и права, относящихся к самим основам цивилизации, самой возможности благополучной судьбы человеческого рода на Земле. Впрочем, как мы увидим, когда уже в одной из следующих глав придется затронуть модную ныне проблему корпоративных отношений, то окажется, что и здесь в конечном счете прорываются научные идеи, ведущие к размытию права как вещного института.

Высказанные суждения по сути касаются и состояния в развитии отношений собственности, связанного с распространением в современном российском обществе государственных корпораций. Острота потребности в их формировании подчас оказывается не менее острой, чем проблема «недостаточных ресурсов» (подготовка в короткие сроки Олимпийских игр, острые оборонные потребности, тупиковое состояние в решении вопросов ЖКХ, необходимость быстрого внедрения нанотехнологии и др.). И под этим углом зрения оказывается, что выходом из указанных сложных ситуаций является наделение государственных корпораций не только значительными денежными ресурсами, но и известными государственно-властными функциями. То есть по сути дела грядет такой же оборот событий (просоветского образца), к которому склоняются авторы, озабоченные проблематикой «недостаточных природных ресурсов».

8

ХАРАКТЕРИСТИКА метаморфоз и причудливых процессов, свойственных развитию в современном мире собственности в экономически передовых странах, может создать впечатление, что собственность в том вещном виде, в каком она завоевана Французской и последующими революциями и в каком качестве продемонстрировала свою невиданную мощь, уходит на второй план, теряется, лишается ведущей роли в жизни общества. А на первый план выступают «бумаги» – акции и облигации, инвестиции и вклады в банках, другие определяемые контрактами феномены да управленческие отношения, среди которых все больший вес вновь приобретает государственно-управленческая деятельность.

Во многом такое впечатление ошибочно. Наряду с действительно тревожными фактами и тенденциями, о которых уже говорилось и будет сказано в последующем, надо отчетливо видеть, что истоки

и сущностные начала собственности неизменно коренятся в явлениях вещного порядка. «Вещного», как уже отмечалось ранее, в широком современном значении, которое принято в этой книге, когда к категории «вещь» относятся разноплановые явления окружающего нас мира — от земли, зданий, фабрик, трубопроводов и др. до опредмеченных идей, объективированных элементов технотронной нанотехнологии, информационных блоков экономики и т.д. — все то, что осваивается человеком, опредмечивается им и становится предметом его владения, пользования, распоряжения.

А теперь самое существенное. О чем ранее упоминалось только мимоходом или даже в подтексте, без соответствующих акцентов (в последующем это станет одним из решающих пунктов завершающих выводов книги).

Речь идет о малом и среднем предпринимательстве.

В настоящее время об этом секторе хозяйственной деятельности говорят буквально все, кого волнуют вопросы экономического развития, особенно такой страны, как наша Россия. Но при всех словословиях о значимости малого и среднего бизнеса внимание концентрируется в основном на его роли в промышленности или его значении для формирования среднего класса.

И никто, насколько известно автору этих строк, *не связывает суть и развитие данного сектора экономики с собственностью*. В частности, с тем хотя бы фактом, что в самых экономически передовых странах, в которых, казалось бы, вся собственность в строгом ее значении потонула в денежном «бумажном и электронном вихре», а на первый план экономической жизни выходят супергиганты постиндустриального хозяйства, малый и средний бизнес занимает чуть ли не половину всего объема хозяйственной деятельности страны по производству и услугам.

В чем тут дело?

А вот в чем. В малом и среднем предпринимательстве при всех его связях с институтами господствующего бизнеса *со стороны собственности ведущей основой остается вещная составляющая*. Сами по себе объем и характер деятельности предприятия малого и среднего бизнеса не позволяют ему уйти от реальных, осязаемых вещей — оборудования, механизмов электроснабжения, канализации и т.д.

И отсюда благодаря тому месту, которое занимает малое и среднее предпринимательство в экономике страны, оно *сохраняет для нее (всей экономики!) свою «вещную привязанность» и, стало быть, продолжает играть роль доминирующего системного начала, накладывающего свой отпечаток на все народное хозяйство страны*.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В ЭКОНОМИКЕ И РЫНОК

1

НАИБОЛЕЕ КРУПНЫЕ и далеко идущие изменения собственности в современном мире оказались сопряженными с известным центром нынешней экономической жизни — *рынком*.

Известно, что состояние и успехи экономики в современном мире связываются именно с *рынком*. Высшим эталоном оценки достоинств экономики того или иного государства при таком взгляде на современную экономическую жизнь стало ее обозначение в качестве «рыночной». Более того, все чаще такого рода оценки распространяются на государство в целом и даже порой на политические институты.

Вместе с тем в подобных оценках специалистов, хозяйственников-практиков и еще более политиков (а за ними — в доминирующем общественном мнении) существует известное смещение акцентов и приоритетов. В немалой мере — терминологического плана, но в то же время и по ряду позиций — принципиального сущностного порядка.

Да, рынок как таковой в современной экономической и социальной жизни не только играет немалую, порой ключевую роль, но и является наиболее зримым, наглядным экономическим явлением («видимой картиной»), где оказание услуг и производство при помощи торговли, главным образом в виде «продаж» и «купи» (купи-продажи), смыкаются с потреблением.

Но при этом мало кто обращает внимание на то, что рынок в его строгом классическом понимании вовсе не примета новейшей экономики и социальной жизни. Рынок как таковой — одно из самых древних и неизменных явлений вообще, характерное для экономических отношений, построенных на разделении труда и торговле. Рынок в указанном значении всего лишь поприще, на котором вполне естественно, в силу самой «природы вещей» хозяйственной жизни, реализуются по товарно-денежным законам плоды экономической деятельности, иных богатств, где, помимо всего иного, огромное значение имеет отработанное юридическое регулирование — право¹. И вместе с тем рынок в строгом значении — ме-

¹ В связи с отмеченными обстоятельствами поражает прохладное отношение, а то и презрение наших экономистов-реформаторов к правовой материи (явно навеянные Марксом и советскими догмами). Тогда как именно рыночная идеология должна была бы органически вывести экономистов, претендующих на теоретическое осмысление «рынка», именно на право. Ведь рынок по своим деловым характеристикам есть

ханизм, оказывающий через систему спроса и предложения существенное влияние на развитие экономики, ее направления, структуру и темпы, а порой на быстрое внеэкономическое обретение товаров, пользующихся спросом. В древние времена и в последующем рынок как таковой был характерен и для строя рабовладения, и для строя крепостничества, и даже (хотя в узких пределах и в деформированном виде) для строя теократического государственного абсолютизма, включая строй коммунизма.

Принципиально существенное, в чем-то качественно новое значение рынок обрел в Новое время в качестве звена современной свободной экономики. Но именно звена, взаимодействующего с другими звеньями, такими как развитое товарное производство индустриального, а потом постиндустриального уровня, наличие единых и обязательных для всех «правил игры» на основе общеобязательного законодательства, независимости и самостоятельности субъектов рынка в отношении друг друга, достаточности и незыблемости условий для конкуренции, независимости суда. А главное – существования в самой его основе абсолютной персонифицированной частной собственности, отличающейся четкой определенностью и защищенностью, что стало результатом процессов, порожденных Великой французской революцией и юридически строго, даже возвышенно выраженных в Гражданском кодексе Франции 1804 г. И что на деле, в практической жизни, воплотилось в капиталистической системе ряда стран, в том числе в капитализме большинства Скандинавских стран или в так называемом прорейнском капитализме.

Так что по своей сути рынок как таковой в современных условиях представляет собой одно из ярких выражений или зримую сторону *целостной, многогранной и многоэлементной экономической системы, имеющей характер свободной конкурентной частнособственнической экономики, в основе которой лежит «освобожденная», не обремененная иными социальными силами частная собственность.*

Стало быть, *терминологически* слова «рынок», «рыночное» и производные от них выражения благодаря особой роли и наглядности рынка как такового в строгом его значении в повседневной жизни *являются по большей части знаками, своего рода символами, обозначающими всю сумму элементов передовой современной экономики – взятую в целом*

не что иное, как поприще купли-продажи, иных сопряженных с ней юридических отношений и конструкций. Знаменательно при этом и то, что мировой шедевр – римское частное право – сложилось именно на основе рыночных отношений (включая невольничий рынок, рынок реализации военной добычи и др.), и, стало быть, как закономерно «положено» для гражданского права, на основе частнособственнического, товарно-рыночного хозяйства в целом, в основе которого собственность, вещные отношения.

свободную конкурентную частнособственническую экономику в полном объеме всех ее составляющих.

Вместе с тем парадокс здесь вот в чем. В деловой жизни теми же терминами и выражениями может обозначаться и рынок как таковой (со своеобразной системой своих специфических механизмов и законов, достоинств и минусов). В последующем изложении нам придется встретиться с таким, прошу прощения за неуклюжее выражение, «узкорыночным» рынком или во всяком случае с его влиянием на современную свободную частнособственническую экономику в ее развитом виде.

2

МЕТАМОРФОЗЫ в области собственности (перелив вещных отношений в ценные бумаги, утверждение начал доверительной собственности и др., особенно концентрация экономических, товарно-денежных отношений в акционерных обществах) во многом и привели к тому, что рынок как таковой – рынок сам по себе приобрел «самостоятельное», повышенное значение, во многом заслонив свою собственническую основу, другие важнейшие элементы и характеристики свободной конкурентной частно-собственнической экономики.

Здесь возникает целый ряд высокозначимых проблем, во многом связанных с акционерными обществами, когда в тесной и мощной взаимосвязи происходит небывалое возвышение рынка и деформация собственности.

Остановимся пока на одной из проблем, которая касается каждого отдельного акционера.

Суть дела в том, что каждый отдельный акционер становится не носителем вещных прав (как только он, вступая в акционерное общество, утрачивает вещные права на вносимое им в общество имущество), а главным образом *субъектом все го ли ш ь о б я з а т е л ь с т в е н н ы х о т н о ш е н и й* – соискателем дивидендов, носителем некоторых управленческих и процессуальных правомочий.

И вот тут, как только акционирование и массив акционерных обществ (в основном «открытых» – ОАО) приобретают в данной социальной и политической системе глобальное, общее и доминирующее положение, *происходит своего рода принципиальный п е р е в о р о т* в содержании и даже облике всего комплекса экономических отношений, в их строе и даже их духе (природе), затрагивающих само существо экономической жизни. Короче говоря, происходит *всеобщий качественный фронтальный переход от вещных к обязатель-*

ственным отношениям, в том числе к отношениям личным, включающим систему «свободного» наемного труда.

Словом, получается так, что в связи с массовым акционированием основное пространство хозяйственной жизни, которое после освобождения от пут феодальной или тотально-тиранической власти как будто бы должно было состоять прежде всего из собственности как вещного права и других вещных институтов (а именно они — основы суверенности личности, частной инициативы, экономической стабильности, активности и состоятельности), заполняется лавиной отношений оборота, обязательств, личных и наемных связей. То есть для одних лиц, по большей части обретающих положение рантье, реальный труд заменяется «стрижкой купонов», а для других труд собственника превращается в труд наемного лица.

Конечно, принципиально важно, что рынок в современных экономических условиях является под известным углом зрения «площадкой свободы», где в том или ином виде присутствуют элементы фактического равенства, самостоятельности и свободы субъектов, их собственные интересы и «своя свободная» воля, а отсюда — согласования, договорные компромиссы и арбитражное.

Но дело в том, что рынок открывает простор для *с в о б о д ы* в экономических отношениях в многообразных ее проявлениях. И не только в позитивном значении — как важнейшего элемента экономических процессов, когда обеспечивается для собственника развитие и модернизация производства, реализация его успехов путем продажи товаров и оказания услуг. Но также в произвольном экономическом действии, связанном со спекулятивными интересами, нелегальным оборотом, внеэкономическим обретением ходовых товаров, «пирамидами», первоочередной направленностью на обретение доходов любой ценой. Еще страшнее вовлечение в оборот *ч е л о в е к а*, когда предметом сделок становятся спортсмены, фигуранты шоу-бизнеса и т.д. (нередко, как это происходит в последнее время, с прямой констатацией того, что совершается «купля» и «продажа» спортсменов, передача их в «аренду» и пр.).

3

УВЫ, СЛОЖНЫЕ ПРОЦЕССЫ «перехода к рыночным отношениям» в их противоречивом, парадоксальном значении во многом оказались в жизни, на практике односторонними. Эти процессы прокатились начиная с североамериканского региона волна за волной по миру — и в западном (отчасти северо-западном), и в южном, и в восточном направ-

лениях, достигнув в последние десятилетия и России. Они оказались односторонними, потому что сложная система частнособственнических товарно-рыночных отношений повернулась главным образом одной стороной – рынком как таковым, рынком, всепоглощающей целью которого является получение несмотря ни на что максимальных доходов. Причем так, что другие составляющие этой сложной многоэлементной системы оказались отодвинутыми на обочину экономико-социальной жизни и даже в той или иной мере деформированными.

Это наряду с правовой составляющей относится, к сожалению, к собственности, которая стала, в особенности после широкого акционирования, все более и более «уходить» в ценные бумаги, другие аналогичные феномены, когда теряется основа основ собственности – *ее вещная природа*. И за каким-то порогом (с учетом развития банковского дела, рынка ценных бумаг, практики доверительной собственности, масштабов и темпов акционирования) собственность локализуется на категориях и механизмах *состояния*. Состояния, для которого в полной мере сохраняется правомочие распоряжения, но вместе с ним вступают в действие такие категории, как сохранность, «биржевая и банковская доходность», надежность, фактическое участие в «денежных потоках» и т.д. Вещная же составляющая собственности в данном круге собственнических отношений в области рынка как такового оказывается в основном утраченной. Происходят передел и концентрация собственности, которая в условиях рыночных отношений как таковых вообще *не нуждается в «вещности», а сразу же сосредоточивается в состояниях определенных лиц* и плюс к тому еще выступает как *другая собственность* (о чем пойдет речь в главе шестнадцатой).

Вместе с тем во всех рассматриваемых процессах мы встречаемся с парадоксальным явлением. Утрата «вещности» как составляющей собственности, другие метаморфозы в собственнических отношениях *позволяют настроить всю хозяйственную жизнь, минуя эту канитель с «вещностью», сразу же на «быструю выгоду»*.

В данном случае коварную роль (с позиции автора этих строк) сыграла идеология доверительной собственности. В обстановке высокой общей и технической культуры своего рода «освобождение» от собственности в ее классическом значении, помимо всего иного, *р а з в я з а л о р у к и* участникам хозяйственной деятельности, и сообразно логике они в первую очередь устремились к тому, что может дать предельный экономический успех, в том числе к *максимальному использованию новейших техники и технологии* (получивших гигантское развитие не только на основе свершений фундаментальных наук, но и в результате стреми-

тельного взлета военного дела и производства в условиях победоносно закончившейся тяжелейшей Второй мировой войны, угрозы и подготовки к новому столкновению и непрерывной серии «малых» войн).

Все другие элементы свободной экономики (кроме «самого» рынка в узком его значении) оказались отодвинутыми, как бы потерявшими смысл и начали нередко выступать в виде упрощенных механизмов, порой — с весьма значительными негативными последствиями. Или даже — с последствиями, уводящими в сторону от экономики, которая может быть определена в качестве свободной. Особенно в обстановке нарастающего глобализма, когда формируется некий «надрынок», отличающийся невиданной ранее мощью «притяжения» и «отталкивания».

Хотя со временем многие страны, особенно европейского континента, стали вновь возвращаться к адекватным представлениям о частнособственнической конкурентной экономике, все же гипертрофированный взгляд на рынок как таковой (с его действительными достоинствами и с не меньшими минусами) в той или иной мере остается, весьма существенно влияя на сумму слагаемых свободной экономики и прежде всего на такой ее компонент, как развитое право.

Так, не менее существенные метаморфозы при «узкорыночной» экономике или даже ее влиянии на обобщенные представления о современной экономике случились со свободной конкуренцией, оказавшейся также перекрытой «свободным оборотом» (в котором неизбежно господствует экономически сильный субъект) и плюс к тому еще — могущественными корпорациями и преимущественно государственной или клановой инфраструктурой капитала, которая стала распространять «диктатуру хозяина» и его «свободу» хозяйского диктата на весь спектр имущественных отношений и оборота.

И еще такой существенный момент. Нацеленность в свободной экономике на собственные инвестиции производителей товаров в немалой мере обернулась при «узкорыночных» ориентациях расчетами на заемные средства, кредитные отношения, отсюда — на доминирование банковского капитала, что еще более умножило силу могущественных, в том числе транснациональных, корпораций, клановых начал в экономике, породило новые пласты процессов экономической глобализации и «надрынка», не всегда соотнодящиеся с интересами и особенностями тех или иных стран и регионов, интересами их населения.

Эта жесткая, никем не сформулированная, но сразу же дезориентирующая людей идеология (во многом освобождающая от ответственности за дело, стабильности и других импульсов, порождаемых частной собственностью в экономике) может дать блестящий и стремительный

экономический эффект, но одновременно в конце концов приводит к такому положению общества, которое может быть обозначено как «благоденствующая стагнация», а одним из философов названо «концом истории». Ибо, как подробно говорилось в предшествующих главах, собственность в классическом, вещном виде — это не только источник и поприще негативных и низменных страстей и процессов, но по своей сути — *основа реальной свободы личности, жизненного интереса, экономической стабильности, хозяйской заботы, социальной ответственности, расчета и веры в успех, в оптимистическое будущее.*

Впрочем, и блестящий экономический эффект, достигаемый в результате концентрации внимания и деятельности на одних только доходах, — явление противоречивое даже с сугубо прагматической стороны.

Так, акционерные общества способны дать, пусть и ограниченный, с упомянутыми негативами, но блестящий эффект только при полностью сложившемся таком типе капиталистического хозяйствования, где в одной связке находятся «оборотная часть» частнособственнического хозяйства — рынок как таковой (т.е. в «узкорыночном» его восприятии), доверительная собственность, система общего права, причем с направленностью на сугубо рыночные критерии, и независимый суд. Да и в этом случае они нацелены на то, чтобы привести в основном к фантастическому обогащению элиты (владельцев крупных пакетов акций, особенно контрольного, их приближенных, аффилированных субъектов, ключевых менеджеров), а интересы многих тружеников, занятых непосредственно в производстве, на научных, технических и технологических участках работы, свести всего лишь к пониманию ценности «рабочих мест» и «достойной заработной платы» (пусть и по весьма высоким меркам развитого капитализма).

Все это наряду с другими факторами (в том числе — с проникновением в систему экономических отношений силовых элементов, отчасти скрытых, а отчасти демонстративно рейдерских, подчас соединенных с военными акциями) значительно упростило весьма сложную структуру нового экономического строя, позволило путем активных действий в сфере рыночных отношений и упомянутых экономико-правовых и иных институтов достичь резкой интенсификации производства и обогащения в области потребления, начав с потогонной системы, выйти на критерии и соблазнительные идеалы потребительского общества. И при этом создать могущественные корпорации, кланы сверхбогатых людей, мультимиллионеров — фактических верховных хозяев всего экономического организма, нередко уже уставших от всевозможных земных утех, наслаждений и роскоши.

В какой-то мере это произошло и в нашей стране, в России, начиная с 1990-х гг., когда государственная власть начала интенсивно проводить «рыночные реформы».

Первоочередная ориентация в России на свободный рынок как таковой (т.е. понимаемый в «узкорыночном» его значении) сразу же сделала приоритетной сферу торговли и оборота, «пирамид» и спекулятивных операций, скупку и перепродажу товаров, и прежде всего таких, которые имеются в стране в изобилии и могут дать максимальную прибыль при относительно минимальных затратах — природных ресурсов (в особенности нефти, газа, угля, металла, леса, рыбы и морепродуктов).

В этих условиях преобразование и упорядочение собственности, охватывающей производство и техническое развитие, не представились столь уж важными и неотложными, не потребовали упрочения вещных качеств собственности как основы свободной экономики, а также тесной увязки ее с ростом производительности труда, модернизацией производства, инновационными процессами. Напротив, народное хозяйство по ряду пунктов начало строиться так, чтобы преобладающими оказались состояние и функционирование ценных бумаг, институты, близкие к доверительной собственности, а следовательно, с социальной стороны — интересы правящей элиты, бюрократии, выходящей из бывшего партаппарата и комсомольского актива, кланов теневого капитала. Это в немалой мере и обеспечила как раз акционерная форма собственности.

Увы, такие пертурбации собственности в российском обществе не только не способствовали ориентации сознания людей на напряженный личный труд и на отход от всеохватного патернализма, но, напротив, вызвали стремление людей к неукротимому обогащению как к самоцели, к добыванию денег любой ценой, в том числе путем хищений, распродажи национальных богатств, коррупции и спекулятивных операций. Более того, все это породило настроения вольницы, порой разгула вседозволенности, резко ухудшило криминогенную обстановку в стране.

Причем в переходных условиях (таких как в России) при отсутствии развитой системы и культуры частной собственности в производстве, обеспеченной правом и независимым правосудием, формирование непосредственно рыночных отношений как таковых, породив всеобщее стремление к обретению денег, привело главным образом к образованию отдельных «островков рыночной экономики», связанных с государственной бюрократией (главным образом — через систему лицензий, «организованных конкурсов», прямых раздач имущества, налоговых льгот, коррупции). Причем таких «островков», которые лишь в малой

степени касаются отечественного производства, а в основном ориентированы на экспорт сырьевых ресурсов и импорт зарубежных потребительских товаров и поэтому открывают простор для легализации и широкого развития спекулятивных, криминальных отношений — к всему тому, что и ведет к дальнейшему расслоению общества, к безбрежному обогащению отдельных групп субъектов коммерческой деятельности.

4

ВОТ ПОЧЕМУ в России, несмотря на достигнутые успехи на стадии индустриального развития и достижения в области науки, а также на исключительно благоприятные людские, природные и воистину сказочные внешнеэкономические условия, в результате реформ, уже растянувшихся более чем на 15 лет *не произошло главное*: экономика страны в целом не перенастроилась на производство высококачественных конкурентоспособных товаров, соответствующих требованиям мировой экономики, на всестороннюю модернизацию, на формирование свободного конкурентного рынка, а в ближайшей перспективе — постиндустриального информационно-интеллектуального хозяйства. Труд, его производительность на основе новейших технологий не стали повсеместно основным фактическим критерием экономической эффективности.

В России при отсутствии надлежащего преобразования собственности, действительной приватизации, конкурентной среды и эффективной юридико-судебной системы заданная властью сугубо «узкорыночная» направленность в реформировании экономики породила наряду с некоторыми положительными результатами также и неблагоприятные последствия. Прежде всего доминирование сырьевой направленности в развитии экономики, стагнацию техники и технологии в области собственного невоенного производства, сохранение и даже рост могущественного бюрократического аппарата, оставшегося по большей части с коммунистических времен, невиданное имущественное расслоение населения на небольшую группу сверхбогатых людей (олигархов) и обездоленное, подчас нищенствующее большинство. Со всеми вытекающими отсюда последствиями в экономико-социальной и политической сферах — криминализацией экономики, коррупцией, утратой у людей социального оптимизма, потерей настроения на свободный и напряженный труд и веры в демократическую власть, в законность и правосудие.

В последнее время (2000—2007 гг.) в России на основе гигантских доходов от нефтегазового сырья сделаны некоторые шаги по созданию

реальной конкурентной товарно-рыночной экономики и упорядочению некоторых сфер социальной жизни (хотя такие меры 2004–2005 гг., как монетизация льгот и подготовка к 100%-ной оплате услуг ЖКХ, вызвали массовые, порой уличные, стихийные выступления населения).

С точки зрения возможной позитивной стороны упомянутые шаги не привели и не могли привести к сколько-нибудь существенным результатам из-за общей *гражданско-политической обстановки (публичного порядка)* в стране и сложившегося вслед за демократическими переменами 1989–1990-х гг. *политического режима*. И дело не только в том, что в стране при формальном сохранении ряда демократических институтов и форм (все более нарушаемых) не произошло основного, что свидетельствовало бы о реальном разрыве с коммунизмом, – кардинального демократического и гуманитарного перелома, важнейшим показателем которого стало бы верховенство права, его приоритет перед властью. Такого перелома, который выражал бы на деле *общенациональное покаяние* страны за тотальное разрушение в ходе коммунистического эксперимента нормальных условий жизни общества, государственной террор и бесчеловечные беды прошлого и настоящего.

Это, помимо иных причин (в России, в частности, прежде всего в результате гигантских доходов нефтегазовой промышленности в обстановке небывало благоприятной внешнеэкономической конъюнктуры), в немалой мере сопряжено с тем, что вещная природа собственности в строгом ее значении оказалась в системе экономических, социальных, правовых отношений на обочине экономико-социальной жизни.

И здесь надо себе отдавать отчет в том, что известные наши «рыночные успехи» не компенсируют потери от утраты значения собственности в ее вещном качестве во всей жизни общества и, думается, в перспективе развития нашей человеческой цивилизации. И потому вызывают острую тревогу.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И КОРПОРАТИВНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

1

В ПОСЛЕДНИЕ ДЕСЯТИЛЕТИЯ положение собственности в современном мире (в ряде случаев под углом зрения тенденций, о которых рассказывалось в предшествующей главе) оказалось связанным с так называемыми *корпоративными отношениями*.

Такого рода направление в науке и хозяйственной практике представляется странным и даже в чем-то загадочным. С технико-юридической стороны существование корпоративных норм и отношений — дело не новое, особенно при видовой интерпретации всего массива социальных норм (чем занимается общая теория права). Внутрихозяйственные или внутрифирменные нормы, которые имелись в виду при определении понятия «корпоративные нормы», в общей системе институтов нормативного локального регулирования социальных норм уже давно выделены в особую рубрику. То есть в принципе в такую же особую разновидность социальных норм и отношений, как и нормы национального права, моральные или нравственные нормы, порядки, которые относятся к обычаям, традициям, обычкновениям.

Известное объяснение особого внимания к корпоративным нормам можно, пожалуй, найти лишь в том, что в области хозяйственной жизни подобная рубрикация оказалась необходимой в связи с укрупнением хозяйствующих субъектов, усложнением их структуры. Даже малое или среднее предприятие отличается особой структурой, строем своеобразных организационных порядков и правил. Такого рода проблематика многократно возрастает в отношении крупных предприятий — фирм, комбинатов, корпораций (отсюда с учетом последнего из названных образований утвердилось и название — к о р п о р а т и в н ы е нормы и отношения, что, кстати сказать, было сделано в общетеоретической правовой литературе).

Такого же рода архитекtonика присуща нормам и отношениям в области собственности.

Характерно при этом то, что по своей сути корпоративные нормы и отношения охватывают не собственность, а почти исключительно организационные проблемы, частично — нормы этические, деловые обычкновения, традиции. И в капиталистической экономике, и в плановом социалистическом хозяйстве корпоративные нормы до последнего времени неизменно рассматривались в качестве сугубо «внутренних», вторичных по отношению к нормам общего национального права, зависимых от них (строго по модели «подзаконности», точнее — соотношения общей и локальной нормативности). В особенности это касается юридических норм о собственности, в частности собственности в социалистическом огосударствленном хозяйстве. Предприятия здесь, как бы они ни были значительны (вплоть до уровня, допустим, гигантских металлургических комбинатов типа Магнитогорского, Нижнетагильского и проч.), в условиях тотального огосударствления народного хозяйства реализовали лишь тот предоставленный высшими инстан-

циями объем государственных функций в области собственности по владению и пользованию государственным имуществом и использованию особых вещных правомочий, входящих в состав права оперативного управления, который устанавливался в юридических нормах и распоряжениях вышестоящих инстанций.

И вместе с тем вот какой парадокс.

Уже в начале XX в. (в Италии еще в 1920-х гг.) дала о себе знать некая странность при использовании понятия «корпоративные отношения». Термин «корпоративное» в ряде стран получил известное применение в политическом ракурсе независимо от внутривладельческой сферы корпораций и иных хозяйствующих субъектов: он нередко использовался для характеристики общества и государства в целом.

Чем это объяснить? Быть может, называя, например, Италию корпоративным государством, его идеологи стремились отодвинуть на второй план классовые или демократические характеристики государства, придать государственное значение вместо этого началам сотрудничества, достоинствам благоденствующей корпорации?

Едва ли, однако, на этом пункте в данном месте стоило бы останавливать внимание. Хотя бы потому, что в последующем (уже с середины 1930-х гг.) идея корпоративных отношений в политической и общесоциальной плоскостях в странах, именовавших себя корпоративными, была перекрыта идеологией и порядками фашизма (что, в общем-то, весьма знаменательно), которые выдвинулись на первый план под эгидой геополитического курса нацистской Германии в ее стремлении утвердить в Европе и во всем мире «новый порядок», основанный на прямой силе, националистических идеях и геноциде.

Но как бы то ни было, едва ли стоит выбрасывать из памяти указанный исторический эпизод. Он, можно предположить, еще поможет в решении некоторых сложных проблем нынешнего времени.

2

НАПРЯМУЮ КОРПОРАТИВНЫЕ ОТНОШЕНИЯ проявили себя, пожалуй, в последнее десятилетие (или чуть-чуть раньше), на пороге перехода человечества в III тысячелетие христианской эры. Причем тут-то они как бы вернулись в свою обитель — в сферу крупных компаний, фирм, холдингов, корпораций. Главным образом — в связи с развитием акционерных обществ и идеологии ценных бумаг, к тому же таким развитием, которое оказалось тесно связанным с массовой приватизацией. Такой, которая в 1990-х гг. прошла в России.

При этом на первых порах, когда в российском обществе одно за другим государственные предприятия переоформлялись (или, по официальной версии, приватизировались) в акционерные общества, что считалось знаком обретения ими статуса частнособственнических субъектов, употреблялись нормативные положения, категории и терминология Гражданского кодекса РФ и основанных на нем особых законов об акционерных обществах (при этом первоначально с акцентом на их североамериканскую модель).

Но спустя некоторое время при рассмотрении «приватизированных» путем акционирования бывших государственных предприятий все чаще в хозяйственной жизни начали употреблять выражение «корпоративные отношения вообще».

Более того, где-то в середине и к концу 1990-х гг. возник даже своего рода бум при характеристике этих отношений. В них, корпоративных отношениях, отдельные теоретики и практики в области практической экономической жизни увидели не просто одну из разновидностей локального регулирования (что существовало, как мы видели, и ранее), а новый тип хозяйственных связей, отличающихся единством интересов и задач в пределах данного хозяйствующего субъекта или их группы. А это позволяет, казалось бы, при такой ситуации в имущественной сфере соответствовать требованиям рыночных отношений (когда собственность при обороте лишь маячит в отдалении), напрямую придать отношениям оборота, минуя официальные юридические процедуры, последовательно деловой и динамичный характер, сгладить и смягчить возникающие здесь проблемы во имя некоторых будто бы более высоких интересов, именуемых «корпоративными». То есть воспринять, надо сказать прямо, что-то близкое и привычно благообразное от социалистических отношений, от сопровождающих их мифов — знаки и перспективы, как еще веруют многие люди, возможности доминирования организационных отношений и пренебрежения формалистскими сложностями в сфере собственности во имя оптимистического будущего.

Если не явно, то подспудно специалисты в области экономических отношений сразу же уловили глубинные начала корпоративных отношений, рассматриваемых с такого рода сугубо «рыночных позиций». Стало выясняться, что подобное понимание корпоративных отношений в коммерческих обществах, построенных по западному образцу (особенно в акционерных обществах по американской модели), преимущественно отражает их трактовку с точки зрения госкапиталистических или просто силовых воззрений. Или в бытовой плоскости — представления о кор-

поративных отношениях касаются главным образом неких совместных акций, взаимодействия и взаимной выручки, известных «корпоративных привилегий», «корпоративных благ» и развлекательных акций типа «корпоративных вечеринок» и т.д. Либо просто-напросто — это мода, когда использование самого термина «корпоративное» (вместо терминов «групповое», «объединенное», «солидарное» и др.) является будто бы знаком передовых подходов в хозяйственной и социальной жизни. Или, напротив, во имя своих интересов некоторые олигархические группы придают своим монопольным акциям значение всего лишь неких будто бы «корпоративных действий».

Но по большей части на указанных моментах понимание корпоративных отношений и остановилось, не пошло дальше, в том числе в сферу собственности (за исключением, пожалуй, монопольных порывов отдельных хозяйствующих субъектов и их групп да некоторых научных разработок «собственности под углом зрения корпоративных отношений», что потребует краткой характеристики проблемы уже в этой главе).

3

ВОЗВЫШЕНИЕ категории «корпоративные отношения» в экономической сфере, где доминирующее положение приобрели акционерные общества, привело к тому, что в России с начала 2000-х гг., особенно в 2005–2006 гг., возникли и вышли на правительственный уровень по крайней мере две проблемы:

- во-первых, необходимость корпоративного управления;
- во-вторых, необходимость разработки особого корпоративного законодательства.

Не исключено, что обе эти проблемы являются следствием специфических условий приватизации в России в 1990-х гг.

Но если отвлечься от этих специфических вопросов (они будут рассмотрены далее, в главе четырнадцатой), то окажется, что указанные проблемы как будто бы при всей их важности, возведении их в особую концепцию не представляют собой ничего принципиально нового по сравнению с тем, что содержится в действующем общем гражданском законодательстве и законодательстве об акционерных обществах и практике их применения. Если, конечно, ограничиться тем пониманием, в основном терминологического и стилистического порядка, корпоративных норм и отношений, которое достаточно убедительно и полно обосновано в юридической науке. В том числе — видеть в корпоративных отношениях сферу внутривозрастных связей, причем таких, которые по юридиче-

ской сути неизменно остаются *относительными* и всего лишь, как условно можно сказать, «*внутриевещными*» (как и многие гражданско-правовые обязательства), реализующими правомочия собственника. Причем включающими и другие внутрихозяйственные связи и вырабатываемые на их основе нравственные начала, хозяйственные обычаи.

Именно так, в принципе, может быть интерпретировано так называемое корпоративное управление. Важное значение для него имеет, какие в настоящее время взаимоотношения сложились между действующими акционерными обществами и государством. *Управление* в этой сфере в строгом его значении, именуемое «*корпоративным*», зависит (при акционерном построении корпорации) от количества акций, которое принадлежит государству. В корпорациях монопольного типа, где государство обладает контрольным пакетом акций, оно играет решающую роль в формировании внутрихозяйственных управленческих органов, их состава, выносимых ими решениях вплоть до того, что именно государственное должностное лицо, нередко из состава высшего эшелона власти, возглавляет совет директоров. Характер собственности в этом случае оказывается по своей сути таким же, как и при любом построении собственнических структур, возглавляемых владельцем контрольного пакета акций (см. главу пятнадцатую).

Теперь – о корпоративном законодательстве. Проблема, тем более нуждающаяся в рассмотрении, поскольку на правительственном уровне ей придавалось до последнего времени повышенное принципиальное значение, так как уже несколько лет (с начала 2000-х гг.) ведется ее разработка, которая началась с определения к о н ц е п ц и и корпоративного законодательства.

По опубликованным в российской печати данным, – пусть, как можно предположить, и недостаточно полным¹, – концепция корпоративного законодательства охватывает вопросы:

- прозрачность деятельности российских компаний;
- публичный характер их деятельности;
- снижение количества «корпоративных захватов»²;

¹ См.: Холостой ход // Коммерсантъ. 2006. 22 мая; *Наумов И.* Греф напал на «крышу» // Независимая газета. 2006. 19 мая.

² На заседании Правительства РФ отмечалось: «Как только на рынке появляется лакомый кусочек, со всех сторон на него устремляются взоры, государство в то же время пока не может обеспечить защиту собственников от таких грабительских действий». При этом «правоохранительные органы зачастую рассматривают корпоративные конфликты как сферу своих интересов. Госструктуры шантажируют собственников и менеджмент компаний». И еще: «Любой вид имущества, попадающий в лапы чиновников,

- уточнение определения аффилированного лица;
- придание максимальной прозрачности системе конфискации и реализации изъятого правоохранительными органами имущества.

При выработке концепции определяются и другие известные теории и практике вопросы (в том числе, казалось бы, давным-давно решенный вопрос – об оправданности деления акционерных обществ на открытые и закрытые).

На первый взгляд, именно характер указанных вопросов и вызывает известное недоумение (тем более когда речь идет о выработке «концепции законодательства»). Ведь, по сути дела, все упомянутые вопросы так или иначе касаются известных норм гражданского и основанного на нем законодательства об акционерных обществах! В том числе и проблематика собственности, которая, если и затрагивается в публикациях о данной концепции, то в основном в той их части, которые касаются не самой сути складывающихся здесь отношений, а лишь особого их ответвления, подпадающего под действие уголовного и уголовно-процессуального права (в том числе конфискованного имущества).

Зачем же тогда, спрашивается, вновь начиная с концепции идти на принципиальную разработку (под новым именем – корпоративных отношений) того, что уже достаточно полно и притом в актах высокого законодательного уровня, в Гражданском кодексе РФ, в основанных на нем федеральных законах, практике их применения уже получило необходимое нормативное регулирование и правоприменительную конкретизацию? Недаром же и в известном тексте концепции говорится о перспективе внесения корректив в действующие законы.

Ну, а может быть, под термином «корпоративные отношения» все же в конечном счете имеется в виду закрепление в структуре акционерного общества особых отношений собственности?

Подтверждением подобной догадки служат попытки некоторых монополизированных олигархических кругов оправдать, ссылаясь на «корпоративные отношения», свои, по сути монопольные, планы и действия, а также некоторые разработки в научной литературе, в том числе такие, которые именно через корпоративные отношения дают новую трактовку собственности. Остановимся несколько подробнее на последнем из указанных пунктов.

продается через аффилированные структуры по стоимости, заниженной в десятки раз. Сегодня объем собственности (отчужденной, арестованной, конфискованной), реализуемой через судебные структуры, выше, чем объем приватизируемой собственности» (Независимая газета. 2006. 19 мая).

РЯД НАУЧНЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ, и зарубежных, и отечественных, свидетельствует о том, что рыночная экономика, представляя современную многоярусную, многоэлементную экономическую систему в «рыночном срезе», в котором экономическая жизнь оказывается выраженной главным образом в отношениях оборота (обязательств), нуждается все же в надлежащем присутствии в этой системе, во всех ее сегментах, самой основы этой системы – отношений собственности, притом в их вещном значении (или – аналога вещей в сфере интеллектуальной собственности).

Может быть, как раз достойное присутствие этого элемента в обширном сегменте рыночных (обязательственных) отношений и вызвало к жизни совершенно новый феномен – корпоративные отношения?

Но если это верно, то скажу сразу, без обиняков, что вряд ли подобная попытка (коль скоро речь идет о собственности) могла быть успешной, плодотворной. И такого рода вывод обусловлен не только тем, что корпоративные отношения принадлежат по своей природе к особым обязательственным (организационным, учредительным и т.д.) отношениям и сами по себе лишены качеств, характерных для собственности или интеллектуальной собственности.

С этой точки зрения следует признать, что указанная попытка оказалась безуспешной даже в таком многоплановом исследовании, отличающемся основательной цивилистической культурой, как книга Н.Н. Пахомовой «Цивилистическая теория корпоративных отношений»¹.

Автор определяет корпоративные отношения как «социально-экономические взаимосвязи субъектов, направленные на объединение их имущества и деятельности для достижения общих целей и удовлетворения однопорядковых интересов, представленные в различных организационных формах»².

При этом в книге выдвигается ряд юридически оригинальных конструкций, в том числе конструкция «соприсвоенности». Опираясь на нее, автор и ведет разработку отношений собственности и корпоративных отношений.

Вот, казалось бы, весьма утонченные юридические построения, которые формулируются в книге так, что признание состояния сопри-

¹ См.: Пахомова Н.Н. Цивилистическая теория корпоративных отношений. Екатеринбург, 2005.

² Там же. С. 41.

своенности имущественных объектов преобразующими свою власть на них индивидуальными собственниками происходит через признание ими взаимной возможности проявления власти над этими объектами. И дальше, как полагает автор, состояние соприисвоенности имущества свидетельствует о модернизации независимой индивидуальной собственности (монособственности) нескольких лиц в отношении собственности с множественным составом субъектов-собственников. Эти отношения создают «внутреннюю» динамику собственности — динамику при формировании состояния соприисвоенности за счет — внимание! — процесса перераспределения объемов власти между несколькими субъектами и признания ими такого состояния соприисвоенности (тут-то, как говорится, и «собака зарыта»: лучшего оправдания различного объема присвоения сотрудниками компании благ в науке и на практике никто еще не предложил; замечу попутно, как изящно вплетается сюда старомодная, по-марксистски безупречная трактовка собственности как «присвоения» с ее модификацией «соприисвоения»).

Таким образом, объединение имущественных объектов, продолжает дальше автор, индивидуальными собственниками может происходить только через перераспределение их власти на эти объекты, путем чего создаются, как полагает Н.Н. Пахомова, отношения собственности «второго» порядка — отношения с множественным составом субъектов-собственников (множественная собственность)¹.

Своеобразие предложенных в книге юридических конструкций при всей их оригинальности (достойной дальнейшего обсуждения) не решает поставленных в книге вопросов. Главный недостаток рассматриваемой трактовки заключается в том, что сконструированные в книге «отношения собственности второго порядка» действительно возможно отождествить с корпоративными отношениями, но с одной оговоркой — *они не есть отношения собственности*.

«Множественная собственность», о которой говорится в книге, лишена тех определяющих качественных характеристик, которые присущи собственности по самой ее природе. Она для каждого субъекта лишена в данном случае качеств вещиности, абсолютности прав, отношения к объекту «как к своему». Даже, как полагает автор, «принцип возмездности в корпоративных отношениях может быть представлен формулой: «взамен возможности индивидуального собственника субъект получает возможность корпоративных отношений»².

¹ См.: Пахомова Н.Н. Указ. соч. С. 159.

² Там же. С. 62.

Впрочем, не исключено, что и автор в своих размышлениях учитывает дистанцию, существующую между отношениями собственности и корпоративными отношениями. Пишет же она сама: «Корпоративные правоотношения, будучи особой формой перераспределения вещной власти, выступают как «внутривещные» и относительные»¹.

Что ж, здесь по данному пункту все верно. Корпоративные отношения как отношения организационного порядка могут известным образом перераспределять вещную власть, которая сосредоточена в собственности. А по юридической сути они неизменно остаются *относительными* и, условно говоря, «*внутривещными*», как и многие гражданско-правовые обязательства (иной раз даже со структурным обособлением вещного элемента, как в обязательстве аренды, хранения и т.д.). Можно лишь добавить, что своим содержанием они охватывают еще некоторые внутрихозяйственные связи и вырабатываемые на их основе нравственные начала, хозяйственные обыкновения.

И такой, в дополнение к ранее сказанному, момент. Если еще более упростить проблему и посмотреть на нее со стороны каждого отдельного акционера, то перед нами окажется человек, который, вступив в акционерное общество, утратил свою собственность в ее классическом вещном значении, променяв ее на акции, имеющие с юридической стороны обязательственный характер (дивиденды), и некоторые управленческие и процессуальные функции. Не окажется в этом случае известным утешением для акционера все же видеть себя участником неких корпоративных отношений, которые будто бы несут в себе — пусть и весьма странные — элементы собственности (хотя бы даже в виде «соприсвоенности»)?

И завершающее замечание по данной теме. Термин «корпоративный» имеет ряд смысловых оттенков. Скажу откровенно, очень бы не хотелось употреблять этот термин в отношении нашей страны: многие из упомянутых оттенков уведут нас в сторону от требований, пострадавших нашей цивилизацией. Но ничего не поделаешь. В нашей жизни есть нечто такое, что делает (надеюсь, не навечно) необходимым использование подобной терминологии.

¹ Пахомова Н.Н. Указ. соч. С. 129.

Часть третья. Собственность в России

ГЛАВА ДВЕНАДЦАТАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В РОССИИ. ТОТАЛЬНОЕ ОГОСУДАРСТВЛЕНИЕ

1

СОБСТВЕННОСТЬ В НАШЕЙ СТРАНЕ, В РОССИИ, как бы в миниатюре и вместе с тем со своей спецификой (притом немалой) соответствует многосложной, пестрой и противоречивой картине состояния и развития собственности во всем мире.

Специфика ее пестроты, многоликости и (увы) неопределенности в настоящее время во многом обусловлена историческими тенденциями формирования и функционирования собственности, ее юридических форм на российской земле в течение столетий вплоть до начала XX в.

Наиболее существенное значение имеют здесь следующие две противоречивые по своей сути и значению тенденции.

В о-п е р ы х, это общая историческая феодальная, точнее даже феодально-крепостническая, притом восточно-тиранического типа, предоснова отношений собственности в России. Со всеми общеисторическими и своеобразными российскими чертами феодальных отношений (барщиной, многообразными формами зависимости, вотчинами, уделами, свободой сугубо торговой ориентации и т.д.). И все же с такими отношениями собственности, которые изначально имели и сохраняют твердый вещный характер, пусть и осложненными общинными началами, но не охватывающими порядки, которые бы породили какой-либо отход от их вещной природы.

Вместе с тем отношения собственности в российском обществе отличаются тем, что по мере исторического развития, особенно в царствование Ивана Грозного, Петра I и в последующие годы, неумолимо возрастали величина и роль бюрократической казенной собственности, сохранялась вплоть до второй половины XIX в. собственность на человека (крепостничество), и частная собственность с развитием капитализма первоначально во многом воплотила особенности характерного для России торгового, купеческого капитала.

В о-в т о р ы х, это исторические предпосылки быстрого, в чем-то закономерного появления и упрочения в России частной собственности в ее развитых («европейских») формах и вытекающая отсюда тенденция формирования соответствующих передовых институтов права собственности. Исторические предпосылки этой тенденции — довольно интенсивные торговые отношения в IX—X вв. России с Византией (и заключенные в связи с этим «договоры с греками», имевшие нормативный характер и отражавшие достижения римского права), а также восприятие на основе контактов с «варягами» северо-западной европейской правовой культуры с характерными для нее институтами ограниченных вещных прав. Рассматриваемая тенденция имеет и собственные исторические корни, заключающиеся в исконных для России и до нынешнего времени по-должному не оцененных способах семейного или товарищеского *артельного* хозяйствования, по сути дела, аналога, по современной терминологии, «малого бизнеса» (в том числе в области сельскохозяйственного производства — хозяйства-подворья) — основы передовой современной частнособственнической товарно-рыночной экономики вообще.

Первые десятилетия XX в. Россия встретила европейской страной, настроенной на мощное развитие экономики на основе передовых форм частной собственности — и в виде индивидуального предпринимательства, и в виде коммерческих товариществ. Этому способствовали реформы П. Столыпина, формирование фермерских хозяйств (хозяйств-подворий), развитие на российской территории зарубежного предпринимательства, значительная эффективность артельных способов хозяйствования, соответствующая требованиям современной товарно-рыночной экономики, продемонстрированная при строительстве европейско-азиатских железнодорожных магистралей. До сих пор представляются поразительными и требующими дальнейшего осмысления разработки вопросов собственности одного из основателей российского гражданского права К.П. Победоносцева, его исследования вещной природы собственности, притом с акцентом на «вотчинную собственность».

К середине 1910-х гг. был в основном подготовлен к рассмотрению Государственной Думой отработанный проект российского Гражданского уложения, в котором с учетом собственных («вещных!») традиций и разработок европейской законодательной культуры, ее лучших образцов, прежде всего Германского гражданского уложения, содержались передовые нормативные установления по вопросам собственности по типу европейского континентального законодательства.

Но тут в обстановке народных бедствий, связанных с Первой мировой войной, и резко обострившихся социальных и политических отношений,

25 октября 1917 г. «грянула» Великая Октябрьская социалистическая революция, по существу — насильственный захват власти во имя коммунистических целей в России левым радикальным крылом социал-демократической партии — большевиками. И последовавшее на этой основе жесткое, насильственное проведение коммунистическим режимом согласно марксистским догмам курса на строительство коммунизма — на «разрушение до основания» существующих отношений и порядков (и прежде всего собственности в ее фактическом состоянии и тенденциях развития) и создания нового общества с принципиально новой системой собственности, невиданной в мире после крушения древних восточных теократических деспотий, с превалированием партийных идеологических начал.

2

ОДИН ИЗ ОСНОВНЫХ пунктов, характерных для воплощаемых в России с октября 1917 г. марксистских догм, заключается в том, что коммунистические идеологи увидели в негативных сторонах частной собственности, а затем и в ней самой главное зло в человеческом обществе. Уже в первом программном документе коммунизма, в «Коммунистическом манифесте», основатели коммунистического мировоззрения К. Маркс и Ф. Энгельс объявили, что истинный приверженец коммунизма — только тот, кто не признает, решительно отрицает частную собственность. В соответствии с этим основой общества и счастливой жизни людей была объявлена собственность общественная, прежде всего государственная, названная впоследствии в конституциях и законах советского общества «всенародным достоянием».

Так и поступили большевики при осуществлении гигантского коммунистического эксперимента по разрушению старого и созданию нового («советского») общества, начатого после большевистского переворота 1917 г. в России.

Большевики даже, как это повелось на Руси, пошли еще дальше своих западных наставников. Согласно радикальным, воинственным идеям вождя большевизма В.И. Ленина в советском обществе утвердилась линия на *тотальное огосударствление собственности*. Свидетельством тому стала не только фронтальная национализация всех отраслей народного хозяйства в годы «военного коммунизма» 1918–1921 гг., достигшая максимума к концу Гражданской войны, но и то, что в первые же дни после завоевания государственной власти большевиками были, как это ни странно, отменены, казалось бы, малозначимые с социальной стороны гражданско-правовые инсти-

туты — дарение, мена — юридические формы, реализующие правомочия собственника.

Да и вся хозяйственная жизнь в стране стала строиться по идеалам коммунизма, понимаемым по-ленински, — на предельно централизованной основе по модели «одной фабрики», охватывающей все народное хозяйство страны. Сообразно этому в СССР с начала 1930-х гг. и установилась государственная суперцентрализованная плановая система хозяйствования.

Линия на тотальное огосударствление собственности проводилась в советском обществе с непреклонной решительностью и последовательностью.

В первые десятилетия советской власти были предприняты *две* мощные массивованные атаки в этом направлении с использованием всей мощи партийно-государственной власти, партийной большевистской системы, всей мощи карательно-репрессивных, военных учреждений.

П е р в а я из них — это только что отмеченная эпоха «военного коммунизма», которая, однако, ознаменовала по своим итогам крах коммунистического эксперимента (хотя идеологи коммунистического мировоззрения впоследствии упорно насаждали мысль о том, что будто бы порядки того времени были вызваны чуть ли не исключительно сложными условиями Гражданской войны и иностранной интервенции).

Знаменательно, что введенная в 1922 г. новая экономическая политика (нэп), частично восстановившая в условиях наступившей после Гражданской войны общей экономической разрухи порядки частной собственности и свободного рынка, с самого начала была объявлена как вынужденная мера временного отступления от военно-коммунистического направления в экономике.

И действительно, с конца 1920-х гг. была предпринята уже под руководством ленинского преемника И.В. Сталина в т о р а я массивованная, жестокая и кровавая атака по утверждению на практике идеи тотальной государственной собственности также по модели «одной фабрики». Причем она выразилась не только в политике сплошной коллективизации в сельском хозяйстве (сопровождаемой во многих регионах страны «голодомором» — разорением и голодом, доходящим порой до людоедства), но и в ныне малоизвестных попытках введения в промышленности коммунистического принципа прямого продуктообмена¹.

¹ Возможно, только смерть Сталина в 1953 г. помешала, так сказать, третьей атаке в рассматриваемом направлении в 1940–1950-х гг., в одной из своих статей тех лет он вновь восхвалял идею прямого продуктообмена.

Не меняет ситуацию и то обстоятельство, что под угрозой быстротечного обвального краха экономики в условиях «военного коммунизма» и затем нового наступления на частную собственность и рынок в конце 1920-х — начале 1930-х гг. в тотально-огосударственную систему оказались внедренными также и некоторые материальные стимулы, стали использоваться известные элементы рынка, товарно-стоимостных отношений (в 1920-х гг. напрямую — частная собственность, а в 1930-х гг. — «хозрасчет», «самоокупаемость»). В целом народное хозяйство советского общества продолжало основываться на монопольной государственной собственности. И потому оно, имеющее характер мобилизационной экономики, сохраняло неспособность к нормальному динамичному функционированию, ориентированному на человека, на его потребности и интересы; в нем оставались неуничтожимыми всеильный бюрократический аппарат, принудительный и полупринудительный труд.

3

ТОТАЛЬНОЕ ОГОСУДАРСТВЛЕНИЕ собственности в России, особенно с 1930-х гг., когда российское общество стало именоваться «социалистическим», приобрело всеобщий, всеохватный характер.

Оно охватило не только те предприятия, организации, объединения (такие как тресты), бюджетные учреждения, которые изначально и официально обретали статус «государственных», но и практически все кооперативные организации (колхозы, организации потребительской, жилищно-строительной, иной кооперации), а также в части хозяйственной деятельности — общественные организации и объединения.

Все они по экономическим вопросам должны были действовать по правилам «обобщественного хозяйства». То есть по правилам, в соответствии с которыми единым и единственным хозяином собственности на территории всей страны является государство (точнее, партийно-государственная власть, концентрируемая в высших эшелонах правящей коммунистической элиты), а все остальные субъекты действуют — как в былые времена, при феодализме, — в строго определенных пределах, с множеством различных обременений. Не случайно, например, в 1950 г. и последующих годах все колхозы того или иного административного района одним росчерком пера в правительственном или даже ведомственном акте могли быть разом, что и происходило на практике, «преобразованы» в совхозы. В правительственных актах (таких наиболее значимых, как совместные постановления ЦК пар-

тии и Правительства) «рекомендуемые меры» для колхозов, иных кооперативов трактовались как безусловно императивные.

Поэтому деление собственности на «государственную (общенародную)» и «кооперативно-колхозную», введенную Конституцией СССР 1936 г., потеряло какой-либо реальный смысл.

Тотальное огосударствление собственности в России затронуло даже личную собственность граждан, о которой с восторгом (и в принципе, и по составу объектов) также говорилось в общесоюзной Конституции 1936 г. Она в соответствии с марксистскими догмами, воплощенными в советском законодательстве, была отнесена к числу «производных» и должна была носить «строго потребительский» характер, что предполагало строгие границы и пределы, регламентированные в нормативном порядке. И потому, например, в так называемых коллективных садах размеры участков каждого садовода и находящихся на них строений не должны были (ни на один сантиметр) превышать нормативы, предусмотренные в действующих нормативных актах, преимущественно в инструкциях ведомств.

Что же касается частной собственности производственного характера, то она (в имуществе городских ремесленников, «единоличников» в сельской местности) была по официальным критериям искоренена в народном хозяйстве.

Вместе с тем в действительности, реально, частная собственность производственного характера, доказавшая свою историческую неизбежность, фактическую неуничтожимость и органическую активность, была загнана в подполье. И приобретая по тем же самым официальным критериям «криминальный характер» (а в ряде случаев реально смыкаясь с криминальным миром или его нравами, например при негласном паразитировании на обобщественной собственности, в деятельности групп фарцовщиков), она существовала в уродливом виде – в деятельности таящихся от органов правопорядка лиц, «оказывающих услуги», «цеховиков» и т.д.

К сожалению, эта «подпольная частная собственность» после либерализации экономической жизни в России к концу 1980-х гг., хотя и сыграла позитивную роль движущей силы в активизации бизнеса, оказала в то же время чем-то и негативное влияние на становление нормальных экономических порядков в стране, соответствующих требованиям цивилизованной частнособственнической товарно-рыночной экономики, привнесла в нее известные нравы подпольного, отчасти полукриминального мира. Чем, кстати, ортодоксальные противники восстановления в России нормального, цивилизованного частнособственнического конкурентного хозяйства воспользовались, и не раз.

ОСОБОГО ВНИМАНИЯ требует более обстоятельное, чем это обычно принято в экономической и юридической литературе, рассмотрение государственной (казенной) собственности в советском обществе, в обществах других социалистических стран.

Дело в том, что государственная собственность лишена основных качеств собственности как отношения к вещам «как к своим» и отсюда ее главных социальных функций, раскрывающих ее суть, смысл, — продолжения человека в вещах, с соответствующим ее влиянием на волю и сознание человека. А если и касается этого, то лишь частично, в деформированном виде и главным образом в отношении властвующих персон, чиновников. Вот почему в странах с развитой частнособственнической экономикой государственная собственность изначально¹, а в настоящее время — как правило, занимает в принципе довольно скромное место.

По существу, социалистическая государственная собственность представляет собой *своеобразный симбиоз ряда качеств собственности, с одной стороны, а с другой — проявлений авторитарной, тиранической власти*. И она, выступая преимущественно в виде *достояния*, сама по себе не содержит импульсов к активной созидательной деятельности, риску и ответственности за успех хозяйственного дела. Казенное имущество, напротив, создает поле для свободного, по вольному хотению чиновничьих персон и инстанций маневрирования материальными и интеллектуальными ресурсами, произвола бюрократического аппарата, государственного своеволия, порождает бесхозность, условия для паразитирования, коррупции, которые даже при самых жесточайших карательных-репрессивных мерах становятся неуничтожимыми.

Так что по своей структуре государственная собственность при социализме имела вид многоэлементного образования, в котором переплелись и властно-государственные, и собственнические элементы. Наряду с принудительно-мобилизационными механизмами, отнесением к национальному достоянию наличных природных, материальных и интеллектуальных богатств во всех их разновидностях, она обеспе-

¹ Довольно скромное место государственной собственности изначально отведено во французском гражданском законодательстве. Согласно ст. 538—541 Гражданского кодекса Франции государственной собственностью считается довольно ограниченный круг объектов, прямо названных в упомянутых статьях (проселочные дороги, дороги и улицы, находящиеся на содержании государства, реки, впадающие в море, судоходные и сплавные реки, берега, места морских приливов и отливов, порты, гавани, рейды; выморочное имущество; оборонительные валы на полях сражений и др.).

чивалась финансовыми потоками из государственной казны, бюджета, формируемыми во многом путем почти полного изъятия прибавочного продукта из труда работников, и формами прямого доступа к природным богатствам, и последующим их присвоением преимущественно структурами, деятелями и работниками государственного аппарата.

Отсюда – свободное или привилегированное обретение государственной элитой в бесконтрольное обладание природных ресурсов, в том числе через предприятия добывающих отраслей, и иных богатств, контролируемых властной элитой.

Конечно, нужно учитывать, что подобная тотально-огосударствленная принудительная система собственности в ряде сфер жизни общества является в известных пределах суровой необходимостью. И не только в областях экономики, науки, развития новейшей техники, оборонного потенциала, содержания и развития вооруженных сил, учреждений поддержания общественного порядка, но и в сферах экологии и культуры (в частности, образования природных заповедников, музеев и т.д.).

Да и практически, на деле, государственная собственность под рассматриваемым углом зрения реально – увы, с непомерными издержками, тратами и потерями – дала в СССР, других социалистических странах известный, даже впечатляющий результат военно-мобилизационного характера.

В том числе в создании мобилизационной экономики в целом, ее индустриальной базы, быстрой мобилизации людских и материальных ресурсов, концентрации научных кадров на военно-прикладной тематике, на решении грандиозных по своей сложности задач предвоенного, военного и послевоенного времени и др.

А в другом (перспективном) отношении господство государственной собственности обернулось для страны, для народа непреходящими трудностями, национальными бедами.

Реальная жизнь советского общества, в котором была проведена тотальная национализация собственности, показала, что сама по себе общественная (и в особенности государственная) собственность не стала, как это ожидалось, источником прогрессивного общественного развития, всеобщего благоденствия, благосостояния. Она в принципе, что выяснилось в практической жизни и подтверждается научным анализом, не способна обеспечить нормальное динамичное функционирование и развитие всей народно-хозяйственной жизни, ориентированной на человека, на его потребности и интересы.

И ныне эта собственность, подвергшаяся в отношении государственных предприятий в основном формальному акционированию

и потому именуемая теперь «приватизированной», остается слабым местом, трудно решаемой проблемой и в условиях современного реформируемого российского общества.

В связи с этим следует заметить, что довольно популярный ныне лозунг «многообразия собственности», когда государственная собственность ставится в один ряд с частной, ложен, коварен.

Государственная собственность как основа экономической и социальной деятельности изначально (по определению) неэффективна, растратна, бременем ложится на общество. Она может быть социально оправдана (если высказать гипотетическое предположение) лишь в условиях общего доминирования частной собственности, в сочетании с нею в силу общественной необходимости, когда общество с учетом сложившихся реалий или намеренно, во имя стремительного, взрывного развития определенного направления науки, техники, технологии или, напротив, устранения крупной национальной беды, других иначе не решаемых трудностей идет на известные жертвы. Хотя надо заметить, что ее пороки, неэффективные последствия могут быть по крайней мере смягчены тем, что в режим и порядок ее функционирования могут быть «привнесены» отдельные формы и институты, в какой-то мере учитывающие практику частнособственнических отношений (конструкции типа узфрукта — самокупаемость, хозрасчет, оперативное управление, хозяйственное ведение — институты и формы, о которых речь пойдет дальше).

Но все это (если отвлечься от гипотетических предположений) не устраняет тех принципиально негативных черт государственной собственности, о которых говорилось в предшествующем изложении.

При этом на практике подтвердилось и то, что из самой природы государственной собственности неизбежно следует мощное использование императивной власти, принудительного и полупринудительного труда, и следовательно, создание небывалой по масштабам и могуществу бюрократической административной чиновничьей системы, без которой «все-народное достояние» не может ни существовать, ни функционировать.

Отсюда становится понятно, почему, когда в ходе начавшихся с 1985 г. демократических преобразований партийно-государственный аппарат стал утрачивать свою властно-репрессивную мощь и из народного хозяйства начал выпадать его стержень — всеохватное принуждение, возникли необратимые процессы саморазрушения экономики, основанной на тотальном огосударствлении собственности. И именно банкротство и бессилие монопольной государственной собственности в условиях ослабления бюрократической системы и нарождающейся демократии (а вовсе не сами по себе ошибки в ходе реформ, не распад Союза, не порочность

«всевластных» Советов, не другие тоже, в общем-то, разрушительные факторы) стали основной причиной, своего рода сверхпричиной той экономической и социальной катастрофы, которая обрушилась на Россию на первых этапах демократических преобразований.

Глубокая деформация собственности, случившаяся в социалистических странах, является обстоятельством, позволяющим понять и сложности реформ в странах социализма, и опасности, таящиеся в самом феномене государственной собственности. В перспективном же отношении нужно отдавать ясный отчет в том, что феномен государственной собственности, совершенно необходимый в ряде сфер жизни общества, в то же время по самой своей природе содержит опасность «соскальзывания» экономических отношений в сферу административного управления со всеми вытекающими отсюда негативными, печальными экономическими и социальными последствиями. В обстановке же корпоративно-олигархического общества, несущего на себе следы и импульсы тоталитарной системы, акционирование имущества вполне сочетается с методами власти авторитарного (и даже тиранического, тоталитарного) типа и по самой своей сути не может привести к модернизации общества, исповедующего идеалы и ценности демократии и права.

Как более подробно будет рассмотрено в последующем, единственный путь, способный вывести общество из создавшейся ситуации, грозящей разрушительными последствиями (смягченной ныне эффективными очагами действительно плодотворно работающей частной собственности и гигантскими доходами от реализации природных ресурсов, особенно нефти, газа), — это *поворот к собственности в ее классическом вещном значении* — продолжение экономических реформ в соответствии с требованиями частнособственнического конкурентного товарно-рыночного хозяйства.

К сожалению, в последние годы этот процесс затормозился. Напротив, в народном хозяйстве России возникли симптомы нового огосударствления с появлением «нового издания» былого феномена — огосударственной собственности. Причем такой, которая не исчерпывается одной лишь государственной собственностью, а включает и другие компоненты, прежде всего прогосударственную собственность, складывающуюся в определенном круге акционерных обществ (см. главу шестнадцатую).

5

КРАТКО ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ при тотально-огосударственном хозяйстве отдельных форм и институтов, в какой-то мере учиты-

вающих практику частнособственнических отношений. Такое использование при обобществленном (социалистическом) хозяйстве первоначально имело сугубо ограниченный, прагматический, вынужденный характер. В основном в связи с тем, что отдельным частицам обобществленного хозяйства (этой «одной фабрики») — государственным предприятиям — потребовались юридические и материальные возможности для решения некоторых оперативных хозяйственных вопросов.

Тогда-то в 1930-х гг. и была введена одна из первых конструкций типа узуфрукта — «право оперативного управления», — которая позволяла государственным предприятиям совершать отдельные хозяйственные операции и оформлять плановые задания в виде договоров (такую конструкцию заимствовали и некоторые крупные капиталистические зарубежные фирмы и корпорации для организации внутриуправленческой, внутрифирменной работы).

Когда же в конце 1980-х — начале 1990-х гг. возникла потребность заменить плановую систему хозяйствования частнособственнической, конкурентной товарно-рыночной системой экономики, оказалось, что отдельные предприятия, действующие на основе права оперативного управления, даже после принятия новых законов о предприятии, расширивших их права, не способны включиться в новые экономические отношения. В этой обстановке в СССР, а затем, после его распада, в России возникла необходимость так расширить права предприятий, чтобы они смогли стать полноправными и эффективными участниками товарно-рыночных отношений. С этой целью была выработана категория, уже в значительной мере выражающая сам принцип узуфрукта, — «хозяйственное ведение» (сначала — «полное хозяйственное ведение» — Закон о собственности в РСФСР 1990 г.), при этом в законодательных органах началась деятельность по выработке законов, иных нормативных актов, которые бы наполнили указанную категорию современным («рыночным») содержанием.

Эта работа, однако, не была доведена до конца. Ибо в качестве общей политики приватизации в 1992—1993 гг. неожиданно, как будет показано в последующем, была принята программа общего (сплошного) акционирования, когда государственные предприятия «переоформлялись» в акционерные общества. Хотя акционерные общества, по своей сути и конструктивному построению совершенно не приспособленные для приватизации, могут создать только видимость ее, и в хозяйстве, и социальной жизни возникли наряду с положительным эффектом («видимость» тоже может как-то работать) и серьезные отрицательные явления (продолжающийся экономический кризис, громадное имущественное расслоение людей, доминирование олигархов, овла-

девших контрольными пакетами акций, скупка контрольного пакета акций по нехозяйственным мотивам и др.). Сама идея существенного («рыночного») расширения прав государственных предприятий была отодвинута в сторону. Она не нашла достаточной реализации и в последующем, когда в ноябре 2002 г. был принят Закон о ГУПах — государственных и муниципальных унитарных предприятиях (№ 161-ФЗ). В связи с этим практически получилось так, что в настоящее время категории «хозяйственное ведение» и «оперативное управление», закрепленные в Гражданском кодексе РФ и упомянутом Законе от 14 ноября 2002 г., хотя и являются вещными правами, в чем-то близкими к праву собственности и основанному на ней узурфрукту, стали в немалой мере носить разрешительный («госплановский») характер и поэтому не позволяют в полной мере и эффективно участвовать государственным (и муниципальным) предприятиям в современной частнособственнической конкурентной товарно-рыночной экономике¹.

¹ Здесь небезынтересны краткие характеристики особенностей права хозяйственного ведения и права оперативного управления.

Право хозяйственного ведения (ст. 294 ГК РФ) — вещное право, как и право собственности, включает в себя триаду собственнических полномочий — права владения, пользования, распоряжения. Но и в Гражданском кодексе РФ, и в Федеральном законе от 14 ноября 2002 г. это вещное право сформулировано так, что указанные правомочия существуют в небольшой мере «в разрешительных пределах», определяемых и в нормативном порядке, и собственником (ст. 295 ГК). В качестве же собственника фактически выступают органы государственного (административного) управления, существенно ограничивающие права предприятия, в ряде случаев по «госплановской» модели, и — как и в советское время — решающие за предприятие многие вопросы хозяйственной деятельности. «Предприятие, — говорится в ст. 295 ГК, — не вправе продавать принадлежащее ему на праве хозяйственного ведения недвижимое имущество, сдавать его в аренду, отдавать в залог, вносить в качестве вклада в уставный (складочный) капитал хозяйственных обществ и товариществ или иным способом распоряжаться этим имуществом без согласия собственника». В этой же статье сказано: «Остальным имуществом, принадлежащим предприятию, оно распоряжается самостоятельно» и вместе с тем добавлено: «за исключением случаев, установленных законом или иными правовыми актами».

Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. действительно установил ряд других ограничений, в том числе широкий список сделок, которые допустимо совершать только по разрешению («с согласия собственника»), ввел ряд норм, заимствованных из законодательства об акционерных обществах (о «крупных сделках», о сделках, совершаемых «заинтересованными лицами»), но он все же, сославшись на Гражданский кодекс РФ, оставил элементы имущественной самостоятельности предприятия, в том числе принцип свободы договора, пусть и с очень существенными ограничениями. И это позволяет на практике использовать соответствующие нормы Гражданского кодекса РФ и указанного Закона под углом зрения основных начал гражданского законодательства.

Гражданский кодекс РФ и указанный выше Закон установили для организаций, действующих на основе права хозяйственного ведения и права оперативного управления, единые нормы о приобретении прав (передача собственником имущества) и их

И это в высшей степени прискорбно, потому что сообразно первоначальным замыслам бывшие государственные предприятия, да еще обогащенные практикой акционерных обществ (например, через институт совета директоров), могли вполне встать в один ряд с предприятиями индивидуальных предпринимателей и реальных акционерных обществ. И вообще, думается, такого рода ограниченные вещные права (так же, как и иные аналогичные юридические конструкции, например, право пожизненного наследуемого владения землей гражданами) могут иметь и перспективное значение. Об этом, в частности, свидетельствует опыт северо-западных стран Европы (таких как Норвегия), где при высоко-развитой частнособственнической товарно-рыночной экономике наряду с частной собственностью широко (сообразно историческим традициям) используются ограниченные вещные права типа «право на временное владение и пользование известными угодьями» (притом в ряде

прекращение (по решению собственника и правилам прекращения права собственности), а также о том, что приобретенное этими организациями имущество поступает им «в порядке, установленном... для приобретения права собственности» (ст. 299). Для них же предусмотрено своеобразное «право следования»: при переходе права собственности на предприятие как имущественный комплекс и на учреждение сохраняется право хозяйственного ведения или соответственно оперативного управления (ст. 300), что отяняет вещный характер указанных прав.

Теперь о *праве оперативного управления* (ст. 296 ГК РФ). Это право по сравнению с правом хозяйственного ведения имеет еще более узкие пределы имущественной самостоятельности субъектов — оно носит строго разрешительный характер и в целом строится по модели административных правоотношений.

При этом необходимо различать:

— право оперативного управления, установленное для деятельности *казенных предприятий* (их деятельность на основе Гражданского кодекса РФ урегулирована тем же указанным выше Законом);

— право оперативного управления, на основе которого осуществляется имущественная деятельность *учреждений*, в том числе организаций, выполняющих функции государственного или муниципального управления.

Право оперативного управления, так же как и право хозяйственного ведения, включает правомочия владения, пользования, распоряжения. Но они поставлены здесь в строгие рамки отношений разрешительного порядка (кроме самостоятельной реализации продукции казенными предприятиями), определяемого актами собственника и финансовыми документами (сметой). В то же время в Гражданском кодексе РФ установлено правило, в какой-то мере выходящее за пределы права оперативного управления, — правило о том, что «если в соответствии с учредительными документами учреждению предоставлено право осуществлять приносящую доходы деятельность, то доходы, полученные от такой деятельности, и приобретенное за счет этих доходов имущество поступают в самостоятельное распоряжение учреждения и учитываются на отдельном балансе» (п. 2 ст. 298 ГК РФ). Такое правило по смыслу ст. 298 ГК РФ представляет собой особое ограниченное вещное право, которое расширяет имущественные возможности учреждения.

случаев с учреждением нескольких «угодий» в отношении одного и того же объекта).

Разумеется, при этом сами категории хозяйственного ведения и оперативного управления должны быть доработаны. Но не в «госплановском», административно-управленческом ракурсе, а с позиций хозяйственной самостоятельности и иных требований современной товарно-рыночной экономики сообразно принципам и институтам Гражданского кодекса РФ. Тогда они — есть основания надеяться — могут оказаться незаменимой формой включения в хозяйственную жизнь тех предприятий, для которых окажется неизбежным в соответствии с острыми государственными интересами не перевод их исключительно на «иждивенческий» статус — статус казенных предприятий, а сохранение в качестве исходной основы деятельности государственных начал с использованием адекватных для товарно-рыночного хозяйства экономических и правовых форм, основанных на ограниченных вещных правах. Не исключено, что получающие ныне интенсивное развитие государственные концерны встанут перед необходимостью использовать упомянутые конструкции (в особенности институт хозяйственного ведения) для полноценного включения в экономическую жизнь частнособственнического товарно-рыночного хозяйства.

Думается, в настоящее время могут быть использованы также данные науки, законодательства и практики, которые во время выработки наших доморощенных категорий (оперативного управления и хозяйственного ведения) не могли быть даже приняты во внимание по причинам официальной политики, категорически отторгавшей в то время любые разработки частного права.

В данном случае наряду с практикой ограниченных вещных прав северо-западной правовой культуры имеется в виду и известный еще древнеримскому праву институт под названием *узифрукт*, по типу которого, как уже говорилось, и были фактически сконструированы и право оперативного управления, и право хозяйственного ведения.

Весьма показательно, что в относительно недавнее время этот институт получил детальную, подробную разработку в акте, утвердившем с наибольшей строгостью и последовательностью «освобожденную» частную собственность, — в Гражданском кодексе Франции (ст. 578—624). И тем более в связи с этим привлекает внимание само определение узифрукта в Кодексе (ст. 578: «...узифрукт представляет собой право использования вещей, право собственности на которые принадлежит другому лицу, так же как сам собственник, но с возложением

ем обязанности по сохранению их субстанции»), определение, которое, как и ряд других нормативных положений по рассматриваемому институту, могло бы лишь с небольшими коррективами быть воспринято нашим российским законодательством, допустим, по вопросам права хозяйственного ведения.

Следует сказать еще об одном феномене ограниченных вещных прав, сложившихся при тотально огосударственной собственности. Это *развитие отдельных вещных прав в содержании обязательственных отношений* (таких как аренда, имущественный наем жилых помещений гражданами). По всем данным, именно сейчас, особенно в связи с «идеологией рынка», когда обязательственные отношения как таковые приобретают доминирующее значение в экономике, в практике жизнедеятельности людей, использование конструкции «вещные права в обязательстве» окажется, быть может, решающей юридической гарантией всего комплекса прав и свобод граждан.

6

ТОЛЬКО ЧТО ОТМЕЧЕННАЯ проблематика по вопросам государственной собственности выводит на тему значительной общественной и правовой значимости — в чем-то иного порядка, нежели рассмотренные выше феномены.

Здесь нужно обратить внимание на те нетерпимые ситуации последних (или недавних предшествующих) лет, возникшие в современной России, когда (увы, порой со ссылкой на действующее гражданское законодательство) административные органы всемогущих энергетических монополий односторонне, по своему усмотрению (словом, как в советские времена) под предлогом неправомερных действий посредников отключают за неплатежи электроэнергию потребителям. Отключают именно за неплатежи (а не в силу природных, особенно стихийных обстоятельств, хотя и тут нужны четкие нормативные регламентации). Причем получается так, что потерпевшими, несущими подчас громадные материальные и иные потери, нередко оказываются граждане-потребители, аккуратно оплачивающие счета за пользование электроэнергией. Такого же рода ситуации встречаются и в области водоснабжения и теплоснабжения.

И здесь возникает следующее предположение (которое, разумеется, требует тщательной научной проработки и обсуждения). Современный этап развития общества, особенно его либеральная, постиндустриальная стадия, когда в полной мере раскрываются возможности

и достоинства гражданского общества, требует того, чтобы определенные объекты собственности, независимо от ее формы, получили признание в *качестве публичных*.

При этом речь идет не об «огосударствлении» или «неогосударствлении». Огосударствление собственности как основа жизни общества, хотя в настоящее время и возрождается в виде ряда институтов, в том числе в определенном круге акционерных обществ, государственных корпораций (глава шестнадцатая), все же в принципе (именно как основа жизни общества) навсегда, будем верить, ушло в прошлое. Речь о другом.

Определенные объекты собственности (электро-, тепло-, водоснабжение, структуры медийного порядка, объекты общего пользования городского и пригородного лесного хозяйства, некоторые другие объекты «в исчерпывающем перечне») обрели в современных условиях общественную и в этом смысле — *публичную значимость*, такую же, как и известные договоры, которые официально в законодательстве закреплены в качестве «публичных» (ст. 426 ГК РФ), или, скажем, категория «публичная оферта».

Это значит, что такого рода объекты, имеющие публичное значение, не должны быть предметами вольного обращения, по одному лишь произвольному усмотрению или по подсказке власти, делом одного только собственника, тем более властвующих персон, фактических владельцев акционерных обществ (насчет чего оправданно ввести жесткий запрет).

Главное же — право пользования и тем более право распоряжения в указанной сфере правомочий собственника должно быть поставлено в четкие рамки в соответствии с принципами и иными нормами *гражданского законодательства*, притом с выработкой таких гражданско-правовых конструкций, при которых в полной мере учитывались бы (на том же уровне, что и правомочия частного собственника) личные права, права на нематериальные объекты иных субъектов, в своей деятельности и жизни связанных с указанными объектами, благами. Для этого, как уже говорилось, представляется совершенно необходимым использование, наряду с иными институтами, конструкции гражданско-правового договора в области медийных отношений, когда бы в полной мере были обеспечены и защищены права творческих коллективов и отдельных творческих работников, использующих те или иные объекты, принадлежащие на праве интеллектуальной собственности тем или иным субъектам.

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ РЕФОРМЫ В ПОСТКОММУНИСТИЧЕСКОЙ РОССИИ И ПРЕОБРАЗОВАНИЕ СОБСТВЕННОСТИ

1

НУЖНО СКАЗАТЬ СРАЗУ, что ни одно общество, кроме нашего, российского, никогда в истории человечества не решало такой грандиозной задачи, как *избавление от тирании, включающее* (внимание!) *преодоление тотального огосударствления всей общественной системы, и прежде всего — отношений собственности*. Впрочем, такой задачи в условиях Нового времени и не выдвигалось Историей. Хотя бы по той очевидной причине, что после ушедших в далекое историческое прошлое древних восточных деспотий таких стран «всеобщего огосударствления», включая отношения собственности, кроме коммунистической России (и по ряду позиций — других социалистических государств, построенных по советскому образцу), просто не было.

Поначалу, как только в России (тогда еще СССР) с середины 1980-х гг. обозначился отказ общества от коммунистического пути развития и начались демократические преобразования, решение вопросов собственности в связи с демократическими идеалами, насущными и все нарастающими экономическими проблемами представлялось делом не очень сложным. Достаточно было, как виделось в то время, усовершенствовать систему управления народным хозяйством, избавиться в ней от командно-административных элементов, расширить права государственных предприятий, основательно использовать передовые методы хозяйствования, такие как арендный подряд, развить систему кооперации, наконец, дать простор индивидуальной трудовой деятельности — вот и все, что нужно для упорядочения на основе демократических начал отношений собственности и решения трудных, все более обостряющихся экономических проблем, чтобы в перспективе возникла и у нас, казалось бы, столь продуктивная и привлекательная, по канонам Запада, «рыночная экономика».

В соответствии с этим в 1985—1989 гг. были предприняты под названием *перестройки* известные шаги по преодолению командно-административного хозяйственного управления, привлечению к управлению, к делам всего общества «широких трудящихся масс», приняты законы о расширении прав предприятий, о кооперации, об индивидуальной трудовой деятельности. Началась работа по развитию передовых методов хозяйственной деятельности, таких как «арендный подряд».

Но вскоре выяснилось, что указанные меры, объявленные через некоторое время радикальными реформаторами «горбачевскими полумерами», не дают ожидаемого результата и что в обновляемом обществе нужны более решительные экономические реформы, в первую очередь по преобразованию собственности. Такого рода представления в отношении собственности зрели и в науке. Ю.К. Толстой писал в 1992 г., что основная цель перемен в наши дни — это «вернуть отношениям собственности их подлинное содержание, освободить общество от идеологических химер и пут, придать каждой личности уверенность в своих силах. А для всего этого необходимо признание за каждым человеком неотчуждаемого права быть собственником, что служит гарантией осуществления интересов и свобод личности»¹.

2

В КОНЦЕ КОНЦОВ в перипетиях сложной, порой ожесточенной борьбы за власть российское государство (конститутированное после распада СССР) встало в начале 1990-х гг. на путь преобразования собственности путем *радикальной приватизации*, осуществляемой, как было объявлено, в *рамках рыночных реформ*. Притом с построением собственных отношений по зарубежному образцу, в основном по образцу наиболее экономически развитой страны — США (хотя мало кто принял во внимание то обстоятельство, что отношения собственности, их организационно-правовые формы сложились в США в результате долгого, двухсотлетнего, сложного, противоречивого развития, отмеченного и войнами, и стадиями разбойничьих нравов, и мучительным выходом из мирового экономического кризиса конца 1920-х — начала 1930-х гг.).

Процесс (приватизации) и в концептуальном, и в практическом отношении оказался и в России делом трудным, многосложным, по итогам во многом неудачным. Эти неудачи обусловлены главным образом тем, что не были с достаточной строгостью и полнотой определены научные основы преобразований. Решающими в этом деле оказались политические мотивы, в ряде случаев механическое заимствование зарубежного опыта (далеко не всегда лучшего, оправданного), стремление в обстановке жесткой борьбы за власть достигнуть скорого успеха — в кратчайшие сроки, прямо-таки по-большевистски, добиться всеобщей приватизации и перехода общества в состояние процветающей социальной системы.

Две основные причины предопределили неудачи на таком пути приватизации.

¹ Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 15.

Первая причина — это то, что экономическая и социальная обстановка, в которой начались в России реформаторские меры, оказалась исключительно сложной, не позволяющей осуществить сколько-нибудь «скорый переход» в экономике и во всей социальной системе от тотально огосударствленных, бюрократических начал к частнособственническому свободному товарно-рыночному хозяйству и соответствующим социальным отношениям. Почему?

Во-первых, к 1980—1990 гг. *основные условия и факторы естественного, частноправового развития общества оказались в России* (как это и намеревались сделать коммунисты) *«до основания» разрушенными, изничтоженными строем коммунизма*. И это при вдумчивом подходе к сложившейся ситуации требовало не стремительного, безоглядного рывка в процветающий развитой капитализм, а в первую очередь — аккуратного восстановления условий и факторов нормального, естественного частноправового развития — воссоздания производительной, поначалу мелкой и средней, частной собственности, мелкого и среднего бизнеса, начал конкуренции в предпринимательском деле, формирования хотя бы первичных элементов гражданского общества, эффективной судебной системы, настроенной на защиту «частника». Именно это шаг за шагом даже в обстановке партократического режима стало осуществляться с конца 1980-х гг. в СССР, в экономике — при помощи индивидуальной трудовой деятельности, кооперации, аренды (что принесло, при всех весьма серьезных минусах и пороках сохранившегося коммунистического строя, грандиозный экономический успех в Китае, пусть и во многом относительный, тупиковый с учетом упомянутых минусов и пороков).

Во-вторых, вместо условий и факторов естественного, частноправового развития в советском обществе в результате насилия и фанатизма, упорной работы по строительству социализма и коммунизма была *создана искусственная, уродливая и вместе с тем всеохватывающая огосударвленная экономико-социальная система*, названная строем «победившего социализма». То есть в сущности утвердилась, как и мечтал вождь коммунизма Ленин, система «одной фабрики», где отдельные предприятия представляют собой не более чем «единицы» единого хозяйственного организма и где его основой под именем «всенародной государственной собственности» стало присвоение властью, властвующей элитой всего прибавочного скудно оплаченного продукта труда людей (и благополучного существования для избранных), которым через бюджет — как и природными ресурсами, иными богатствами — бесконтрольно распоряжаются высшие круги партократической власти.

Причем в обществе в плотном единении с такой «одной фабрикой» утвердилась гигантская социальная инфраструктура, настроенная на предоставление социалистических льгот, благодатных милостей от «партии и государства». И советские люди в большинстве в какой-то мере приспособились к всевозможным, пусть и скудным, крайне ограниченным, кушым, гарантиям и минимуму благ, которые они получали независимо от реальных результатов труда и от персональной ответственности за эти результаты (хотя этот минимум не более чем некая «пайка»: квартира в блочном доме да участок в коллективном саду, и к тому же — при отсутствии действительных гражданских прав и свобод, их эффективной защиты со стороны государства, его судебной-правовой системы)¹.

К тому же приобрела широкий размах и даже известную легализацию практика паразитирования на материальных объектах, богатствах и, увы, во многом на бесхозном общенародном достоянии — государственной собственности, когда лица, имеющие доступ к таким объектам (грузовым автомашинам, строительным материалам и др.), использовали их также, а порой «прежде всего», в личных, корыстных целях. И когда наряду с этим все большие масштабы приобретала вакханалия грандиозных прямых хищений, нарастающей коррупции, разбазаривания государственного имущества, природных богатств.

В-третьих, что наиболее существенно с точки зрения сути и перспективы реформ, — это то, что скромные политические преобразования в конце 1980-х гг. в СССР, затем более решительные, в ходе всплеска демократического движения и борьбы за власть в начале 1990-х гг. в РСФСР (России) — все то, что было объявлено в качестве рыночных реформ, *не затронуло указанную ранее тотально огосударвленную машину, само содержание грандиозной экономико-социальной системы в целом, а главное — реальную инфраструктуру всеохватывающей государственной собственности*. Последняя по главным своим параметрам и элементам (бюджет, эксплуатация природных ресурсов и т.д.) сохранилась, да и в силу своей укорененности в сознание, нравы и образ жизни многих людей, особенно элиты, не могла не сохраниться; причем по всем данным — на относительно долгое время, во всяком

¹ Надо отдавать строгий отчет в том, что посткоммунистическое российское общество несет тяжкое бремя укрепившегося в психологии многих людей индивиденско-потребительского настроя, т.е. они рассчитывают не на собственную трудовую активность, а на то, что «всемогущее благостное социалистическое» государство никогда не даст «людей труда» в обиду, в любом случае обеспечит социальную защиту, предоставит жилье, накормит и напоит. Нужно только крепить социалистическую систему, ее фундамент — «общенародную» собственность и, боже упаси, не давать простор частной собственности, ведущей к эксплуатации людей труда.

случае — до той поры, пока ей на смену не придут более благоприятные условия для нормальной, благополучной жизни человека.

И вот здесь уместно обратиться ко второй причине, предопределившей неудачу осуществленной в 1990-х гг. приватизации в России. Это — отсутствие того стержня, который только и мог предопределить реальный (и, быть может, действительно скорый) переход к продуктивному частнособственническому экономическому строю, — *разгосударствления собственности*.

Под этим углом зрения надо видеть, что неудача официальной приватизации, проведенной в 1992–1996 гг. в России, объясняется не только и, пожалуй, даже не столько мощью системы, построенной на тотально огосударственной собственности, отсутствием должной правовой культуры и использованием в качестве средства приватизации неотработанных институтов, сколько тем, что во имя быстрого политического и по сути утопического успеха не была реализована действительно первоочередная мера (о которой в начале демократических перемен справедливо было заявлено) — *разгосударствление тотально монополизированной собственности*.

Здесь знаменателен вот какой факт.

Первоначально, когда в течение первой фазы («горбачевских») перемен начали развиваться кооперативные отношения, индивидуальная трудовая деятельность, новые формы организации труда (арендный подряд), система аренды, термин «разгосударствление» стал применяться как некий обобщающий лозунг, будто бы некоторый, заведомо несовершенный аналог понятия «приватизация» (так что здесь, пожалуй, может быть констатирован со стороны некоторых лиц, особенно тех, кто считал и считает себя «радикальными реформаторами», некий оттенок лукавства, недоговоренности, иносказательности).

В связи с этим, казалось бы, вполне обоснованно, что при развертывании в 1990-х гг. официальной приватизации, знаменующей по официальным заявлениям уже «настоящую приватизацию» (продажа объектов государственной собственности, распределение ее части «на равных» по ваучерам, акционирование), термин «разгосударствление» исчез из лексики публикаций и заявлений, посвященных преобразованию собственности.

И вдруг теперь, с точки зрения глубинных идей и практики реального формирования частной собственности, по основательной убежденности автора этих строк, назрел своего рода резкий обратный поворот в умах и представлениях людей — возвращение к, казалось бы, пройденной формуле — *разгосударствлению* (и с терминологиче-

ской стороны, и еще более — со стороны сути самой идеи¹). Именно «в умах» и «представлениях». Ибо на деле, на практике появились ситуации и процессы в экономической жизни, когда фактически осуществляется не вызывающая в реальной жизни каких-либо существенных протестов политика нового огосударствления (неоогосударствления) — и в сфере функционирования акционерных обществ (об этом в главе пятнадцатой), и в сфере государственных корпораций (глава шестнадцатая).

В чем тут дело?

В настоящее время, когда становятся очевидными неудачи (или «просчеты»? «пороки»?) официальной приватизации, все более выясняется, что разгосударствление — это вовсе не некий иносказательный аналог приватизации, что оно, *разгосударствление, в действительности имеет приоритетное, не имеющее альтернативы значение в преодолении самого губительного факта прошлого — тотального огосударствления собственности*. И что в соответствии в этом разгосударствление является своего рода *стержнем*, или, если угодно, «золотым ключиком», или «изюминкой», придающей любым мерам, рассматриваемым в качестве приватизационных, реальный смысл. Во всяком случае, в обществе, где утвердилось, вошло во все «поры» жизни тотальное огосударствление собственности, как это произошло в России (СССР). И значит, то, что приватизация проведена без курса на твердое разгосударствление, свидетельствует о ее по крайней мере недостаточности, ущербности.

При такого рода обстоятельствах кардинальные меры, как было объявлено, по «созданию частной собственности и рынка» сами по себе ничего не могли в принципе решить.

Более того, первая и наиболее болезненная из таких мер (введение в январе 1992 г. свободных цен), породив рыночную вольницу, привела к такому положению дел в огосударственной экономике, когда при отсутствии эффективной юридической системы, которая была бы настроена на критерии гражданского общества, возобладали «право сильного» — фактическое господство в хозяйстве номенклатуры, партийно-комсомольской элиты, назначенных олигархов и внезапно разросшегося криминала, сосредоточивших в своих руках важнейшие массивы национальных богатств, собственности.

¹ Здесь и далее используется термин «разгосударствление» как производный от слова «огосударствление» (а не более удобный «разгосударствление») по той причине, что он родился именно в те годы (1988–1989), когда как раз определился соответствующий курс на преобразование собственности. К тому же именно он строго отвечает самой сути этих преобразований (ведь речь идет о преодолении тотального огосударствления собственности).

Добавим к этому и немалые, все более усиливающиеся злоупотребления со стороны отдельных должностных лиц, гигантскую коррупцию, рейдерство, прямой захват объектов собственности, иные махинации, впоследствии оправдываемые как будто бы совершенно неизбежные явления и акции в период первоначального накопления и прикрываемые (что в свое время делали фашистские государства) «крышей» корпоративных отношений.

3

ВОТ МЫ И ПОДОШЛИ к главному пункту, отталкиваясь от которого оказывается возможным с достаточной определенностью увидеть и действительную суть приватизации, в которой нуждалась Россия, и природу того порядка экономической и всей системы социальных отношений, который по своим корневым началам противоположен коммунистическим идеалам и практике тотального огосударствления экономики, всей социальной жизни.

Если стержнем («золотым ключиком», «изюминкой») приватизации является разгосударствление тотально монополизированной собственности, то это равным образом означает, что результатом приватизации является не столько передача тех или иных объектов из рук государства в частные руки (хотя такого рода акции становятся рутинной нормой), сколько *создание в отношении каждого объекта обстановки благоприятствования частной собственности, климата свободы, когда каждый субъект видит в собственности продолжение его самого и его собственной неприкосновенности, возможности реальной или потенциальной реализации его активности, творческой энергии, свободной воли.*

Отсюда же следует, что приватизация в указанном значении предполагает, что ее движение идет не от государства, а *снизу*, когда решающую роль в приватизационном деле играют интересы и свободная воля людей — тех, кому предназначено обрести статус собственника. И потому, допустим, разработанные государственной властью формы, способы, схемы приватизации — это не более чем предположения и возможные варианты и ориентиры данных экономических процессов. Реальное назначение государства здесь — это, во-первых, создание *оптимальных условий* для обретения гражданами собственности и, во-вторых, обеспечение *надежных и доступных гарантий* для ее благоприятного существования, функционирования и защиты.

Общим, «конечным» результатом приватизации при рассматриваемом ее понимании призвано стать *свободное общество* — общество,

определяющие характеристики которого («как свободного») не сводятся к одному лишь господству всей совокупности демократических институтов, присущих парламентской демократии, а коренятся прежде всего как раз в доминировании свободного режима собственности.

И здесь принципиальное значение приобретает утверждение в обществе *верховенства права*, и прежде всего гражданского права, основанного на частноправовых началах (равенства субъектов, неприкосновенности собственности, свободы договора и др.), причем гражданского права на современной стадии своего развития, когда оно напрямую воплотило в своем содержании фундаментальные права человека.

Приходится сожалеть, что экономические реформы в России, объявленные в качестве «рыночных» и «либеральных», начались и первоначально реализовались силой власти в российском обществе в 1992-м и последующих годах не только при отсутствии твердой государственной линии на создание свободного общества, но и при отсутствии современного гражданского законодательства, основанного на частном праве. И еще более — при отсутствии строгой ориентации в экономической области на первоочередное разгосударствление собственности и на фундаментальные права человека. Во всяком случае, без расчета на эти основополагающие начала, без реализации которых ни действительно свободное общество, ни современная частнособственническая, конкурентная товарно-рыночная экономика гражданского общества не может состояться в принципе¹.

¹ При этом не должно смущать то обстоятельство, что частноправовой юридической системе многие специалисты не придают непосредственно экономического значения, — обстоятельство, прямо продиктованное, можно уверенно предположить, марксистскими воззрениями, прогетельянскими фатальными характеристиками экономики. Между тем только в единстве с «правовой составляющей» главная черта нового экономического строя (частная собственность) раскрывает свою не имеющую альтернативы созидательную силу и особенности, адекватные новой эпохе, — персоналистическую природу собственности в качестве частной и свойства абсолютности прав, которые через механизм своей власти и своего интереса только и могут обеспечить мощное экономическое и социальное развитие.

И именно тогда, и опять-таки в единстве с «правовой составляющей», обретают свое незаменимое значение другие слагаемые свободной экономики, в том числе свободный рынок и свободная, «рисковая» конкуренция в производстве, торговле, сопряженных с ними сферах (банковской, страховой и др.), а также нацеленность на первоочередное вложение своих доходов в развитие и модернизацию производства (собственные инвестиции).

В целом «правовая составляющая» обеспечивает такое функционирование частной собственности и других только что упомянутых слагаемых, которое и оказывается безусловно необходимым для нового строя экономики и социальной жизни. А именно:

— освобождение от любой зависимости в сфере экономики — эффект, которого можно достигнуть только при помощи юридических средств (утверждение неприкосновенности собственности, принципа свободы договора и др.);

Политические страсти, стремление путем чудодейственного средства – рынка! – добиться всеобщего счастья, борьба за власть, как это не раз происходило в российской истории, оказались на практике более сильными и даже привлекательными, чем последовательно научные, практически значимые правовые подходы. Хотя надо видеть, что три части Гражданского кодекса РФ, принятые в середине 1990-х и в самом начале 2000-х гг., вполне соответствующие стандартам передовой правовой культуры, требованиям цивилизованной частнособственнической, конкурентной товарно-рыночной экономики, вступили в силу. Но маховик уже сложившейся к тому времени все еще прогосударственной и одновременно «дикорыночной» экономики корпоративного типа уже всюду раскрутился, заработал...

И еще одно замечание, затрагивающее саму природу приватизации.

Увы, до настоящего времени среди ряда специалистов, объявивших себя кардинальными реформаторами, господствует представление о том, что современные «рыночные реформы» могут реализоваться «по пиночетовскому» варианту – в обстановке, когда наряду с этими реформами утверждение приоритета прав человека и правовых начал в жизни общества отступает на второй план, отодвигается на обочину социальной и экономической жизни, где преимущественное значение приобретают силовые, авторитарные методы властвования.

Именно такую трактовку некоторые реформаторские авторитеты дают «чилийскому чуду», упуская или просто не зная того, что именно в Чили ко времени пиночетовской диктатуры уже существовали прочно сложившиеся демократические традиции, действовал и утвердился в жизни общества один из лучших на американском континенте Гражданский кодекс, уже вошедший (что в высшей степени важно!) в реальную жизнь общества.

Современные события в Чили, когда в стране полностью возродились демократические силы, ничуть не охладили сторонников «сильной руки», будто бы оправдываемой «интересами рынка», ничто не подвигло их на признание неделимого единства всех сегментов демократии и жизни современного общества – в сферах и экономической, и государственно-правовой, и духовно-нравственной жизни.

– абсолютная власть субъекта права собственности в отношении его объектов, юридически обеспеченная возможность полного и исключительного распоряжения ими, безусловная и приоритетная защита собственности и владения;

– юридическое закрепление и реализация (преимущественно в отработанных типизированных формах) принципов свободного, устойчивого и защищенного гражданского оборота.

И ЕЩЕ ОДНО ПОПУТНОЕ ЗАМЕЧАНИЕ. Необходимость жесткого и последовательного курса на разгосударствление собственности в стране вовсе не означает, что этот курс охватывает весь имущественный потенциал, всю систему собственнических отношений.

Следует отметить, что определенная часть имущества по самой своей природе обречена на то, чтобы оставаться государственной. Это, в частности, недра, земли, водные ресурсы (сообразно международно-правовому регулированию), ряд других объектов, в том числе социально-культурного значения, — заповедники, музеи и др. Юридический порядок их использования (как правило, лицензионный) органически связан с общей системой политической и социальной жизни общества. К тому же к данной категории собственности, как правило, примыкает значительная часть промышленности — и не только добывающей, в сфере военно-промышленного комплекса, но и передовой техники, инновационных процессов, нанотехнологии.

Речь идет о тех сферах хозяйства, которые в обстановке коммунистической идеологии подверглись, вопреки требованиям развивающейся экономики, неоправданному тотальному огосударствлению по ленинской модели «одной фабрики» (единой и единственной по всей стране) и в современных условиях должны были бы охватываться понятием *бизнеса* — свободного предпринимательства.

Ведь, что ни говори, те или иные объекты собственности даже после их официальной приватизации, проведенной по всем существовавшим в 1990-х гг. правилам, могут оставаться и во многих случаях действительно остаются под эгидой всемогущего государства, государственного аппарата, чиновничества.

И не только потому, что, например, при переходе предприятия в статус акционерного общества у государства может оставаться контрольный или хотя бы блокирующий пакет акций (или государство оставляет у себя даже 100% акций, что превращает акционирование предприятия лишь в видимость частнособственнического преобразования); подобные коммерческие общества по самому своему существу остаются *прогосударственными образованиями*.

Суть дела еще и в том, что предприятия, переоформленные в акционерные общества, во многом сохраняют свою административную природу, а государство продолжает использовать многообразные формы государственной опеки и контроля, оставляющие приватизированные предприятия в сети «направляющего внимания». Такие, в частности, как неослабное

внимание к содержанию их деятельности высших властвующих персон (особенно в случаях, когда последние входят в состав или даже возглавляют совет директоров общества или входят в состав прогосударственных партийных образований), всеохватывающий налоговый контроль, предоставление при наличии определенных условий государственных заказов, лицензирование тех или иных видов деятельности, банковская опека, статистическая отчетность и т.д. И это опять-таки оставляет приватизированное предприятие в огосударственной среде, в зоне внимания и «рекомендаций» соответствующих государственных служб.

Не меняет по большей части существующую ситуацию правительственная политика на «дебюрократизацию» (или даже «дерегулирование») деятельности хозяйствующих субъектов. Ибо в немалом числе случаев подобного рода меры касаются в основном канцелярской, бумажно-отчетной стороны деятельности, ее периодичности, а также работы сопутствующих организаций – санитарных, противопожарных. Что лишь в малой степени затрагивает (и то в основном по внешним или количественным показателям) опекающий контроль и заинтересованное внимание государственных служб в отношении формально приватизированных предприятий. Да и то в основном в странах с прецедентной экономико-правовой системой. В то же время указанная правительственная политика может стать мотивационной предпосылкой к разворачиванию «собственного корпоративного регулирования», когда каждая корпорация начинает опираться на «собственную нормативную базу», – тенденция, которая, помимо иных негативных последствий, ведет к отторжению основополагающей юридической основы в данной экономической сфере – современного гражданского законодательства.

Между тем «соль» вопроса как раз в самом существе отношения государства к приватизированным предприятиям и организациям, причем прежде всего *в отношении собственности*. В том как раз, что в условиях современного демократического, частнособственнического товарно-рыночного хозяйства необходимо на деле *вывести данного субъекта экономической деятельности в вопросах собственности из огосударственной среды, сделать его реальным собственником и, значит, самостоятельным, суверенным субъектом в области экономики и права*. Что, разумеется, не только не исключает, но, напротив, предполагает, во-первых, активность государства в установлении твердых и справедливых «правил игры» – принципов и норм отработанного гражданского, а также административного, налогового, трудового, судебного законодательства, во-вторых, придание государству через мощную и независимую судебную систему значения реального охранителя и гаранта частной собст-

венности и, в-третьих, при государственной необходимости на твердой нормативной основе осуществление поощрения или сдерживания собственнических процессов в той или иной сфере жизни общества, а также формирование с той же направленностью государственных (казенных) предприятий, включаемых в общую систему частнособственнического конкурентного товарно-рыночного хозяйства (проблема, кстати сказать, по-настоящему до нынешнего времени не решенная).

Некоторое время тому назад в сложных взаимоотношениях государственной власти и экономических воротил — олигархов — в российском обществе был выдвинут принцип «равноудаленности» последних от властвующих государственных инстанций. Однако этот принцип не только не решает рассматриваемую проблему, но по своей сути оставляет существующее положение дел таким, каково оно есть, замораживает, консервирует его. «Равноудаленность» (что по иной формулировке означает степень приближенности) оставляет субъектов бизнеса в том же огосударствленном поле и в той же системе координат, где по-прежнему властвуют государственные органы, службы.

Разгосударствление же в области экономики означает полное отделение друг от друга бизнеса и государственной власти, функционирование и развитие того и другого в своих, не совмещающихся друг с другом плоскостях экономико-социальной жизни. При этом, разумеется, скажу еще раз, при строжайшем соблюдении действующих в праве, деловой практике и этике единых и неизменяемых «правил игры», выраженных в смысле положений гражданского, налогового, трудового и иных отраслей действующего законодательства.

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ

ПРИВАТИЗАЦИЯ В РОССИИ:

СВОБОДНАЯ И ОГОСУДАРСТВЛЕННАЯ ПРИВАТИЗАЦИЯ

1

ФОРМИРОВАНИЕ В РОССИИ частной собственности по своему итогу к 2000 г. оказалось противоречивым, разноплановым, породившим многослойные последствия, несколько направлений развития.

П е р в о е из таких направлений, создавшее предпосылки для свободной приватизации, начало формироваться сразу же как только «открыли шлюзы» во второй половине 1980-х гг.; т.е. когда в законодательном порядке была определена возможность создания и деятельности коопе-

ративов, индивидуальной трудовой деятельности. И хотя тут, особенно в кооперативах, официальные социалистические инстанции усматривали множество пороков, энтузиасты-труженики безо всякой государственной опеки или даже вопреки ей начинали и порой весьма успешно развивали «свое дело» — то, что вскоре открыто назовут «малым бизнесом». Да так успешно, что через год-другой даже в официальных кругах стала пропагандироваться идея о том, что обновляемый социализм, официально оставшийся идеологической основой общества (тогда еще — СССР), — это как раз не что иное, как *строй цивилизованных кооператоров*.

К этому надо еще добавить, что и официальная приватизация (о ней речь дальше) поначалу внесла, пусть и малую, лепту в процессы свободного формирования частной собственности. Она началась с введения в январе 1992 г. свободной торговли и свободных цен, породив (при отсутствии иных элементов товарно-рыночного хозяйства) рыночную вольницу, а это привело к созданию, пусть пока и в точечных вариантах, малой частной собственности в виде небольших киосков, лотков, мини-магазинчиков, потока «челноков», а затем умельцев-ремесленников, обраставших складскими и торговыми помещениями, мастерскими и т.д. Нередко в этих случаях осуществлялась продажа части государственного имущества частным лицам.

Скажу прямо, в те годы далеко не все население отнеслось с симпатией к этому массовому «возрождению частника». Порой в печати и особенно в чиновничьих партийных кругах проскальзывали мысли о том, что перед нами всего лишь мелкоторговая стихия и легализованная спекуляция. И никому, увы, не приходило в голову, что именно здесь — пусть и с немалыми огрехами! — *развертывается процесс формирования частной собственности свободного общества в виде определяющего его звена — малого и среднего предпринимательства*. Нужно было только поддержать этот процесс, связать его с кооперацией и с первыми шагами по приватизации на муниципальном уровне, в особенности на тех его участках, которые призваны по хозяйственным делам обслуживать население.

Все мысли в то время были о другом: как же быть с самой гигантской машиной монопольной и бюрократической государственной собственности — общепризнанной (в то время — официально) основой всего экономического и социального строя?

Каким же путем (способами) эта приватизация может быть осуществлена в специфических социалистических условиях, когда производственные фонды монопольно принадлежат государству или находятся под его эгидой?

И вот тут как раз наметилось и стало быстро развиваться, а затем получило свой специфический ракурс в т о р о е направление преоб-

разования собственности, когда приватизация в российском обществе стала осуществляться *огосударственными способами*. Феномен, надо прямо сказать, уникальный, поразительный. Приватизация, по просту говоря, – это в экономической области отход от государства – преодоление огосударствления. А в данном случае это «преодоление» осуществляется непосредственно на государственных началах, да потом еще и возвращается к своим исконным формам.

Чем же вызван указанный феномен – такой поворот событий, когда на первый план стали выступать огосударственные способы приватизации в России?

2

СНАЧАЛА НЕКОТОРЫЕ ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ, отчасти ситуационного характера.

Общеизвестно, что предельно экономически и юридически строгим («классическим» для свободного общества) способом передачи имущества государства в частные руки является *продажа* государственного имущества частным лицам и их объединениям.

И в годы начавшихся реформ, как уже отмечалось, совершилось известное количество актов «просто продажи» части государственного имущества по нормам действовавшего законодательства – Гражданского кодекса РСФСР 1964 г., а затем, в середине 1990-х гг. – по нормам нового Гражданского кодекса РФ (хотя надо заметить, что отсутствие, особенно поначалу, разработанных правил продажи государственного имущества, аукционов и т.д. открывало лазейки беззаконию, привилегированным продажам – продаже имущества по заведомо низким, порой символическим ценам).

Но важно и другое – сама ситуация продажи имущества государства. Очевидно, что в те годы (напомню, речь идет о начале 1990-х гг.) российское общество не было готово к массовой, по строгим гражданско-правовым нормам, продаже государственного имущества частным лицам – ни по «факту», т.е. реальному положению дел в стране (в обществе не было готовых к такого рода сделкам состоятельных покупателей и хозяйственников-рыночников, особенно из числа рядовых граждан, трудяг-хозяйственников), ни по общей структуре огосударственной экономики (приобретенное имущество пока еще не могло быть использовано по законам конкурентной товарно-рыночной экономики), ни по юридическим основам, методике и практике продажи государственного имущества (поначалу от-

существовали конкретизированные правила и опыт проведения аукционов, конкурсов), ни по господствующим морально-этическим мотивам (в стране существовало обусловленное многолетней пропагандой неприятие капиталистов, которые благоденствовали, как представлялось многим гражданам, на скупленном у народа добре). Большинству граждан представлялось в то время (и значительному числу соотечественников представляется до сих пор), что массовая, тем более привилегированная распродажа государством созданного тяжелейшим, порой и впрямь каторжным трудом целых поколений людей царского и советского прошлого имущества, с безвозвратной утратой государством своего имущественного и социального положения, является делом, по многим параметрам и критериям несправедливым, несправедным.

И главное, подспудно ли или в силу социальной интуиции, правящий класс общества – высшее государственное руководство и многочисленные кланы чиновников – стремился к построению такой «приватизации», которая давала возможность хотя бы в какой-то мере спасти государственный статус богатств общества, не выпустить из своих рук рычаги распоряжения этими богатствами – источник их власти и благополучия. Словом, голубая мечта – приватизация без должного разгосударствления.

Показательными для начальной поры приватизации, наложившими на нее печать «прогосударственной операции», стали наряду с привилегированными продажами так называемые *залоговые аукционы*, как будто бы дававшие «победителю аукциона» право действовать в качестве собственника, но которые в действительности не поддаются строгому научному анализу и в принципе противоречат самой природе купли-продажи. Залог, хотя и принадлежит к вещным правам (обеспечительного порядка), не означает при смене владельца залоговых прав передачу права собственности, дающую право свободного распоряжения данными объектами, в том числе в производственной деятельности.

Создается впечатление, что под прикрытием указанных институтов (залоговых аукционов, привилегированных продаж) осуществлялась *административная передача* отдельных (реально и в перспективе богатейших) *объектов государственной собственности некоторым, как говорилось в то время, «назначенным» лицам, нередко делающая их суперсобственниками*. Притом осуществлялись такого рода операции во многом юридически несостоятельным путем, т.е., как свидетельствуют факты, обнародованные в печати, не только без реальных аукционов, но и по сути без правомерного обретения собственности их участниками, так как, например, залог сам по себе, даже при самых

изошренных чиновничьих выдумках, не может быть законным способом передачи права собственности от государства тем или иным лицам.

А теперь — главное.

При всем негативном значении залоговых аукционов и привилегированных продаж решающая роль в огосударствленной приватизации принадлежит *акционированию* — преобразованию государственной собственности, существующей в виде государственных предприятий, *путем перевода последних в статус акционерных обществ*, т.е. реформаторской мере (или операции?), которая в силу ее масштабности и директивности приобрела характер жесткой политической линии — *сплошного акционирования*. К тому же такой линии, которая наряду с известными позитивными последствиями имела в своей основе во многом огосударствленный характер и, более того, привела к серьезным изменениям в хозяйственной жизни нашего общества. Да и не только хозяйственной. Это для иных властвующих персон, чиновничества и есть приватизация, причем без того, что можно было бы отнести к полному и должному разгосударствлению собственности.

Обратимся к некоторым чертам акционирования как «способу» приватизации.

3

ПРЕЖДЕ ВСЕГО возникает вопрос: какие есть основания для того, чтобы относить акционирование к огосударствленной приватизации? Ведь при акционировании граждане вправе свободно скупать акции (а работники предприятия по определенным квотам вообще получают их бесплатно), деятельность акционерного общества определяется через общее собрание и образованные ими органы самими акционерами; да и вообще собственниками имущества такого общества признаются сами акционеры. Неужели дело лишь в том, что акционирование происходит по инициативе государства, и оно же, государство, в своих законодательных и иных нормативных актах определяет структуру и порядок деятельности акционерного общества?

Основания приведенных выше утверждений об акционерном обществе как об огосударственном способе приватизации таковы.

Здесь прежде всего надо понять (что проблематично в принципе) — возможно ли вообще с помощью одних декларативных положений и административных мер преобразовать госпредприятие советского образца, т.е. всего лишь частичку «одной фабрики» в масштабах всей страны (причем «частичку», отразившую в себе коренные особенности и органические пороки всей системы), в нечто принципиально каче-

ственно иное. А именно в свободного товаропроизводителя – в частного предпринимателя, коммерческое общество, готовое функционировать в условиях частнособственнической, конкурентной товарно-рыночной экономики? Что будто бы должно олицетворять сам факт установления в данном случае частной собственности? (Такие взгляды, увы, сохранились до нынешней поры, и в чиновничьем аппарате сама постановка вопроса о приватизации того или иного государственного предприятия сводится к одному – к его «акционированию».)

Ибо, во-первых, по своей экономической сути и юридической конструкции институт «акционерное общество», сложившийся в развитых капиталистических странах для обеспечения концентрации капиталов, рационального управления и свободного движения капиталов уже существующей частной собственности в производстве, не приспособлен для преобразования отношений собственности. Тем более такого коренного, как переход от всеохватной государственной собственности к собственности частной, когда раскрылась бы ее мощная стабилизирующая и стимулирующая роль, появился фактор ответственности в производстве и создалась развитая конкурентная среда.

И во-вторых, неизбежно возникает вопрос: как здесь быть с самой административно-командной природой социалистического государственного предприятия со всей ее советской спецификой? Не сохранится ли она в том или ином виде и после переоформления государственного предприятия в акционерное общество? В особенности в сфере отношений собственности? Тем более, что рядовые работники предприятия, хотя и одариваются акциями, но акциями «не голосующими»; так что после такого «приватизирования» формирование руководства подобного акционерного общества остается в руках правящей административной системы вместе с аффилированными субъектами (с учетом своеобразия принятой у нас изначально американской модели акционерного общества, в котором центр тяжести в его структуре принадлежит не самим акционерам, как в Европе, а управляющим корпоративным органам).

Увы, все эти особенности права собственности советского образца в экономике, ее административно-командная суть и своеобразие организационно-правовой формы собственности в виде акционерного общества не были приняты во внимание при официальной приватизации¹.

¹ В настоящее время принято считать, что в приватизации, проведенной в России в первой половине и середине 1990-х гг., оказалось много крупных недостатков, пороков. Это действительно так.

Вместе с тем ныне, пожалуй, есть основания не только для обобщенных политических и публицистических оценок, но и для более основательной постановки вопросов.

Реально при официальной приватизации происходила при рассматриваемой системе *«административная раздача» государственного имущества*. В сугубо административном порядке (в том же стиле, как и при раздаче ваучеров) определились, как уже упоминалось в сноске, по нескольким схемам, установленным управленческими учреждениями, квоты, в соответствии с которыми административные управляющие и рядовые члены коллективов наделялись акциями. Притом, что весьма знаменательно, рядовые члены коллективов наделялись акциями, названными «привилегированными», которые не предусматривали права управления собственностью, а в сущности давали лишь право на получение дивидендов и которые — еще раз внимание! — сразу могли быть пушены в оборот (что во многих случаях фактически и происходило, когда в обстановке бедственного имущественного положения работников акции за бесценок в массовом количестве скупались у работников оборотистыми дельцами, в том числе руководителями предприятия).

После административной раздачи акций государственное предприятие выходило из системы государственного управления, новоявленные акционеры с «голосующими» акциями (административные управляю-

И прежде всего, по-видимому, крупным шагом стала бы проработка всего нормативного материала, принятого в 1991—1997 гг., начиная с Закона РСФСР «О приватизации государственных и муниципальных предприятий», принятого 3 июля 1991 г., а затем указов Президента РФ и, особенно, ведомственных актов, преимущественно принятых в 1992—1994 гг. актов Госкомимущества, установивших, помимо всего иного, трехвариантную систему будто бы предоставления льгот для работников приватизируемых предприятий, а на деле — быстрого обретения «назначенными лицами» крупных пакетов акций предприятий, становящихся под флагом приватизации акционерными обществами (что, думается, и определило использование при такой «приватизации» конструкции акционерного общества — ларчик-то при внимательном анализе открывается просто). И это не просто передача по упомянутым ведомственным актам административному руководству 5% голосующих акций, но и с использованием ряда конструкций — «закрытые списки», «списки инициативных групп» и пр.— массовая скупка акций в условиях бедственного имущественного положения рядовых работников и дешевизны акций в обстановке нарастающей инфляции тех лет (в 1994—1995 гг. свыше 1000% ежегодно). См. по данной группе вопросов интересные соображения в книге: *Комарицкий С.И. Приватизация: правовые проблемы: Курс лекций*. М., 2000.

Система льгот, предусмотренная вышеуказанным Законом, обернулась на практике, как это неизбежно происходит при недостаточном или ущербном правовом регулировании, когда начинает доминировать «право силы» (кулачное право), гигантским обогащением господствующих кругов. Впрочем, конструкция «акционерное общество» в постсоветских условиях сработала в пользу сильных мира сего и в последующем (подробнее об этом в следующей главе). Недаром она с такой настойчивостью, вопреки исконному российскому опыту, предлагалась зарубежными специалистами, работавшими в то время в ряде властных учреждений в качестве консультантов.

шие, выступавшие, наряду со льготными получателями, приобретателями доминирующих пакетов акций) создавали органы управления, и предприятие считалось «приватизированным». «Приватизация», таким образом, сводилась в немалом числе случаев к известным перестановкам и административным новациям на уровне чиновничьего, административного аппарата, да к тому еще, что путем манипуляций акциями открывалась перспектива сосредоточения всего имущества предприятия у владельцев основных пакетов акций.

Отсюда и кампания по «сплошному акционированию» в России, проведенная в 1992–1996 гг. решениями и односторонними властными актами государственных инстанций, обернулась во многих случаях одной лишь сменой вывесок, всевластием руководителей обществ, да еще тем, что бывшие государственные предприятия стали объектом свободных, нередко сугубо спекулятивных операций, связанных с продажей и покупкой акций. При этом иной раз единственной целью иных субъектов хозяйствования было либо формирование монопольных структур, либо избавление от сильного конкурента на рынке — отечественном или международном.

И таким путем, минуя механизмы конкурентного товарно-рыночного хозяйства, не обогащенная ими, государственная собственность напрямую из властно-административного поприща «уходила» в акционерные общества.

Конечно, собственность, даже еще не включившаяся в частнособственнические конкурентные товарно-рыночные механизмы, через свой «знак» в виде акций также порождает некий «собственнический» эффект — интересы акционера в дивидендах. Но эти интересы и стремления своеобразны: они отделены и отдалены от производства, замкнуты в основном в сфере финансовых отношений, реализуются главным образом в игре на бирже, в банках, прибыльных финансовых операциях и в манипулировании акциями, носят подчас спекулятивный характер, причем с агрессивно-иждивенческих позиций собственника-рантье.

Реальный же интерес и ответственность собственника за состояние дел на производстве остается не у любого и каждого акционера, а у держателя более или менее крупного пакета акций, и прежде всего (нередко исключительно) у владельца контрольного и (частично) блокирующего пакета акций (притом «голосующих»), у глав акционерной бюрократии — ведущих управляющих, менеджеров, нередко прикрывающих свои произвольные, чаще всего своекорыстные действия жупелом неких «корпоративных интересов». И в целом, как отмечалось в отношении процедур реоформления государственных предприя-

тий в акционерные общества, у властвующей в экономике административной системы¹.

4

ВЫХОДИТ, проведенная официальная приватизация не только не решила проблему преобразования монопольной государственной собственности, проблему должного разгосударствления, не устранила действительного государственного «владычества» в хозяйстве, но и не дала стойких и всеобщих частнособственнических стимулов в производстве. Она, напротив, сохранив административно-управляющие начала в самой своей основе, через «вольный простор» при продаже и покупке акций открыла благоприятные возможности для овладения и передела собственности сильными мира сего — в основном выходцами из комсомольско-партийной номенклатуры, чиновничества, криминальных кругов, клана внезапно обогатившихся чиновников, причем легализовала спекулятивные операции с акциями. Осуществленная в виде сплошного акционирования государственных предприятий, она обернулась формированием, по существу, особого вида «верховой собственности», по своей сути весьма близкой к собственности государственной, со всеми вытекающими отсюда негативными последствиями (об этом — в главе пятнадцатой). Что, возможно, и создало почву для быстрого, чуть ли не мгновенного появления как бы сброшенного с иной планеты «десанта» хозяйствующих у нас всемогущих

¹ Не исключено, впрочем, что инициаторы и составители программы общего акционирования, взяв в качестве ориентира развитые формы собственности, связанные с рынком ценных бумаг, преследовали благие цели, стремились, можно предположить, ввести в российское приватизированное хозяйство совершенные и отработанные на Западе формы обладания гражданами «частичками» собственности в виде свободно обращающихся акций. Материалы для консультантов по данным вопросам, как свидетельствуют содержание и даже формулировки принятых на этот счет нормативных документов, — это, судя по всему, результаты разработок западных специалистов, в той или иной мере владеющих тонкостями финансово-акционерного хозяйства, притом преимущественно американского типа, который в отличие от европейской модели ориентирован не на акционеров, а на работу управляющих структур акционерного общества (некоторые из таких специалистов к тому же впоследствии в «своих странах» были привлечены к ответственности за корыстные деяния в ходе российской приватизации). И кто знает, подобная направленность на высокоразвитые образцы акционерной собственности, возможно, в чем-то позволит и нашим специалистам, менеджерам в какой-то мере овладевать развитыми, отработанными формами товарно-рыночного хозяйствования. К этому надо добавить, что и в современных посткоммунистических условиях акционерная форма хозяйствования может дать тем или иным предприятиям значительный эффект, в том числе обеспечить на основе свободно обращающихся акций привлечение больших денежных средств, инвестиций, включая зарубежные, с последующим наращиванием производства.

«долларовых» миллионеров и миллиардеров, запредельной роскоши их бытия, их немислимых по меркам здравого смысла трат в далеких от экономики и интересов общества сферах.

Примечательно, что и после сплошного акционирования, проведенного в России под флагом приватизации, формально акционированные предприятия ничуть не меньше, чем предприятия, находящиеся на хозрасчете, в оперативном управлении или хозяйственном ведении, фактически так и остались пребывать в том реальном режиме, который характерен для государственной собственности. Разве только оказались развязанными руки у «директоров» (и «красных», и «белых»), которые вместе с иными руководящими лицами (в частности членами совета директоров) обогащаются с потрясающей стремительностью, и сами предприятия, продолжая функционировать в статусе особой разновидности верховной собственности, стали просто объектом для своекорыстных операций и игр воротил номенклатурного финансового капитала — отечественного и зарубежного.

Да и к тому же во всем посткоммунистическом обществе возник единственный идол-сверхценность — *деньги*, их обретение любой ценой, заслонившее во многом собой все богатство истинно человеческого материального и духовного мира. Со всеми вытекающими отсюда растлевающим влиянием на все сферы жизни общества, иными многообразными и нарастающими негативными последствиями.

Только спустя шесть-семь лет после начала «кардинальных реформ», в условиях их очевидных (но официально не признаваемых) неудач, в 1997–1998 и последующих годах стали предприниматься попытки как-то преобразовать всю созданную при социализме экономико-социальную машину формально приватизированной, но по своей сути реально еще остающейся тотально-огосударственной собственности: экономически реконструировать бывшие государственные предприятия, ныне выступающие в качестве акционерных обществ, изменить положение дел в области коммунального хозяйства, упорядочить льготы. Все то, что туманно и лукаво именуется «структурными реформами», а на деле наконец-то являет собой реальные шаги в разгосударствлении и действительной приватизации в экономике, — по существу продолжение преобразований, начатых в 1989–1990 гг. при первых шагах свободной приватизации.

5

В СЕРЕДИНЕ 1990-х гг., когда уже стали очевидными неблагоприятные результаты приватизации в промышленности, история повторилась. При попытке перевести на частнособственническую осно-

ву советское «колхозно-совхозное» сельское хозяйство (являющееся действительно корневой проблемой экономических преобразований в нашей стране) вновь негативную роль сыграла неотработанность юридических механизмов. Объектом приватизации здесь стала не собственность, выраженная в праве вещного характера (в праве собственности и его производных, таких как право пожизненного наследуемого владения), все то, что выражает прямую связь лица с вещью — землей, а «доля в праве» объединений, владеющих землей (конструкция, небезупречная и в строго юридическом плане, хотя, как мы видели, поразительно соответствующая рассуждениям некоторых западных специалистов о собственности как «пучке» или «доле» прав).

Все дело в том, что конструкция «доля в праве» относится по своей сути к построениям обязательственного порядка, непосредственно не выраженным в вещных отношениях, которые только и могут стать основой статуса «хозяина».

Вот и получилось, что такого рода преобразования привели не к утверждению продуктивных частнособственнических начал в сельском хозяйстве, а к процессам, аналогичным тем, которые происходят в «акционированной экономике», — к продажам и скупкам «долей в праве», в итоге — к переделу земельной собственности, сосредоточению ее у бюрократического чиновничества, новых латифундистов, выходцев из номенклатуры, криминальных кругов. Появились здесь, как свидетельствуют факты нынешнего времени, и «свои» рейдеры, которые вместе с коррумпированной местной администрацией оформляют собственность супербогачам, не считаясь с «долями» крестьян, на крупные земельные владения — для целых сельских поместий, загородных дворцов и сопутствующих им заведений.

Отсюда такое соображение. Наряду с другими просчетами в реформировании отношений собственности очевидна цена нашего невежества в юридической области, большевистского неуважения к праву, пренебрежения юридическими знаниями, инструментальным богатством юриспруденции и, следовательно, пренебрежения теми возможностями, которые открывают отработанный юридический инструментарий, в том числе и по вопросам собственности, для решения наших острых жизненных проблем.

Итак. Краткий вывод по только что изложенным вопросам. В результате экономических реформ в России 1990-х гг. сама их суть в отношении собственности не реализовалась. Действительная приватизация собственности в строгом и точном ее значении не произошла. В российском обществе не сложился в качестве доминирующей силы

в производстве, других сферах экономической и социальной жизни сколько-нибудь значительный слой независимых полноправных собственников, свободно, по своей воле и в своих интересах, действующих в конкурентной среде и в полной мере защищенных правом и судом.

Более того, сам феномен тотально огосударственной собственности в результате мер, объявленных «кардинальными реформами», оказался (по самому своему существу) непреодоленным, лишь в определенной степени трансформированным, а в чем-то даже укрепившимся. Вследствие этого сам экономический строй, утвердившийся в России в начале 2000-х гг., не только не совпал с ожиданиями, которые первоначально связывались с реформами, но породил процессы и тенденции, которые вошли в противоречие с уже завоеванными демократическими ценностями и идеалами, а главное — с уже действовавшими демократическими институтами и порядками.

6

И ВОТ ТУТ, думается, будет уместным чуть-чуть коснуться некоторых исторических фактов конца 1980-х — начала 1990-х гг. и поразмышлять над тем, не был ли в то время упущен шанс весьма продуктивного преобразования огосударственной собственности. При этом автор этих строк отдает себе ясный отчет, насколько безапелляционно негативными могут быть суждения на этот счет ортодоксов принятой в нашей стране схемы рыночных реформ, возведенных до уровня неприкасаемого догмата. Поэтому нужно сразу же сказать, что предметом размышлений станет всего лишь попытка, которая с самого начала мыслилась как промежуточная стадия на пути к формированию в последующем полнокровного частнособственнического конкурентного товарно-рыночного хозяйства, построенного в первую очередь на достоинствах частной собственности, а не на одних лишь преимуществах рыночных операций.

Речь идет об аренде. Или, как думалось в то время, арендном подряде.

Многим, и партийным деятелям, и хозяйственникам, в первые годы перемен (перестройки) казалось, что в этом институте, арендном подряде, кроется панацея от всех экономических проблем, когда можно и невинность соблюсти (сохранить в неприкосновенности социализм), и одновременно сдвинуть с места застывшую огосударвленную экономическую машину — двинуться вперед, к эффективному хозяйствованию, к обновлению, модернизации всей экономики.

Далее я попытаюсь кратко обрисовать события начала 1988 г. и 1989 г. не в виде присущего науке анализа, а в сугубо описательном,

репортажном стиле¹; ни на что более, чем репортаж и материалы для научных размышлений, последующие описания в современных условиях не могут претендовать.

С целью придать арендному подряду необходимые экономические и юридические обоснования в конце 1988 г. под эгидой Совета Министров СССР была создана особая комиссия, состоявшая из экономистов, правоведов, других специалистов, в том числе ряда руководителей небольших предприятий, целиком перешедших на начала арендного подряда.

Комиссия заседала в одном из подмосковных привилегированных санаториев со всеми бытовыми удобствами.

Но работа над проектом не клеилась.

Соединение «аренды» и «подряда», в принципе качественно разных юридических конструкций, не давало ожидаемых результатов. Как это уже не раз происходило на практике, такое соединение, по сути дела, выливалось не в хозяйственную самостоятельность подрядчиков-арендаторов (на что был расчет), а всего лишь в организационную структуру с аккордной оплатой результатов той или иной работы в рамках существующих экономических отношений государственной собственности.

Спустя почти месяц работы комиссии от Председателя Совета Министров РСФСР Николая Ивановича Рыжкова, очень недовольного результатами работы комиссии, поступил через его помощника Савакова сигнал примерно такого содержания: «Очень нехорошо, что вы, комиссия, топчетесь на месте. Придумайте что-нибудь. Придумайте что угодно, лишь бы что-то реальное было...».

«Что угодно» — это хорошо. И тогда в комиссии с опорой на опыт молодых арендаторов-практиков было подготовлено решение (которое упомянутые арендаторы частично уже применяли на практике).

Уже на следующий день в комиссию по законопроекту были внесены три предложения, которые неожиданно были приняты единогласно.

В о - п е р ы х, законопроект должен быть не о некоем «арендном подряде», а *просто об аренде*. То есть должна быть применена классическая гражданско-правовая конструкция аренды (*locatio-conductio rei*), хотя и с известной вариацией, о которой пойдет речь в третьем пункте предложений, что сразу же должно дать значительный эффект. Эффект в том, что здесь, и как раз в силу вещного элемента, присущего аренде в ее классическом виде (*rei*), заработают мотивационные механизмы хозяина. А именно — мощное стимулирование труда, самостоятельная от-

¹ Здесь и далее излагаются личные и потому в той или иной мере субъективные воспоминания автора книги.

ветственность, риск, стремление к решительной модернизации, использование собственных доходов на такую модернизацию производства.

В о - в т о р ы х, арендатор не часть данного предприятия, его коллектива, а *особый субъект*; если это даже энтузиасты из трудового коллектива данного предприятия, то переоформленные в самостоятельное юридическое лицо — «организацию арендаторов» (хотя в документах такого рода организации по сложившейся в то время официальной лексике именовались «трудовыми коллективами»).

И в - т р е т ь и х, — самое главное! — в конструкцию аренды была внесена уже упомянутая вариация, в соответствии с которой *результаты работ на арендованном имуществе переходят в собственность арендатора*. И это, казалось бы, частное юридическое уточнение, строго соответствующее классической конструкции аренды, но по всем канонам невозможное с точки зрения режима монопольной государственной собственности, оказалось в условиях тотального господства последней такой коррективной классической юридической конструкции, которая сразу же дает неожиданный и впечатляющий результат. Ибо продукция, доходы и осуществленные на них приобретения арендаторов не остаются в собственности предприятия-арендодателя, т.е. по сути дела государства, а *становятся собственностью арендатора* (что не только, в общем-то, соответствует сути классической аренды, но и позже было прямо закреплено в ст. 606 Гражданского кодекса РФ).

В марте 1989 г. проект закона об аренде и арендных отношениях по указанной схеме был готов. И сразу же, в апреле, он был принят в виде Указа Президиума Верховного Совета СССР (еще «старого»). Затем, уже осенью того же года, после формирования вновь избранных органов власти «новый» Верховный Совет, образованный Съездом народных депутатов, принял Закон с тем же названием, предусмотрев в нем наряду с другими новшествами возможность выкупа арендатором у государства ранее арендованного имущества.

И вот результат законодательного нововведения. Точнее, два результата.

Первый — ожидаемый. Это быстрое, прямо со старта, довольно интенсивное развитие производства на тех участках народного хозяйства, где реально стал применяться новый порядок аренды, предусмотренный Законом. А это привело к оживлению народного хозяйства, да и всей социальной жизни (в последнее время были обнародованы данные, свидетельствующие о том, что как раз в то время, дата в дату, произошло единственное за последние десятилетия улучшение демографической обстановки на территории России).

И второй результат – неожиданный, но самый впечатляющий, крайне важный. И по-должному, к сожалению, неоцененный или просто непонятый (ни в то время, ни в нынешнюю пору), несмотря на многочисленные разъяснения на сей счет.

Оказалось, что развитие арендных отношений по указанной схеме фактически, что никак не ожидалось, *приводит к реальной свободной приватизации*, причем такой (внимание!), которая означает не только переход собственности в «частные руки», но и в отношении данных объектов полное *разгосударствление* тотально огосударственной собственности. Ведь арендатор в качестве единоличного предпринимателя или особого юридического лица по новой схеме бывшего «арендного подряда» (теперь – «аренды») становится собственником всей произведенной продукции и всего того, что приобретено на доходы от производства. Плюс к тому он может выкупить у государства все ранее арендованное имущество.

Стало быть, складывается «своя собственность», которая «уходит» от государства. И которая (еще раз внимание!) является не чем иным, как собственностью со всеми присущими ей качествами, т.е. *ч а с т н о й с о б с т в е н н о с т ь ю*.

Не поразительно ли? *Прямо на базе государственной собственности путем производительной деятельности создается собственность иного качественного порядка, ранее отвергаемая всей системой, – собственность частная!*

7

ИТАК, ПРИ АРЕНДЕ по указанной схеме происходит реальная, притом свободная *п р и в а т и з а ц и я*. И прежде всего – *р а з г о с у д а р с т в л е н и е* собственности.

Причем приватизация без потерь, более того – с использованием всего накопленного материального, кадрового, рабоче-профессионального богатства страны и вместе с тем (главное!) *не в виде реоформления бывлой частицы «одной фабрики», а на новой организационно-правовой основе коммерческого субъекта, сообразно требованиям частнособственнического товарно-рыночного хозяйства*. Не менее важно и то, что здесь приватизация происходит в труде, в ходе самого производства, его роста и обновления, модернизации. Да и вообще собственность, не одаряемая сверху, а *зарабатываемая*, – это собственность поистине с в о я, в полной мере раскрывающая свои социальные функции.

Получилось, плюс ко всему иному, что в данном случае *частная собственность, основанная на хозяйском деле и хозяйской инициативе, риске и ответственности, вырастает на базе государственного имущества путем активизации производства и повышения производительности труда*. Причем так, что доходы арендного предприятия, обретающие статус частной собственности, обращаются в основной своей части, как показывает практика и диктует логика частнособственнического хозяйствования, на модернизацию производства, приобретение нового оборудования, освоение передовой технологии, секретов маркетинга (надежное, безошибочное свидетельство того, что тут – настоящая, полнокровная частная собственность!).

Уже говорилось, что аренда данной конструкции довольно быстро, как только ее применили на деле, плодотворно сказалась на экономических показателях в ряде отраслей народного хозяйства. Но это ли самое существенное? Думается, нет. Самое важное – это то, что вслед за кооперативами, индивидуальной трудовой деятельностью, свободной продажей государственного имущества начались реальные процессы разгосударствления и реальной свободной приватизации. И здесь, прямо на «неприкасаемой» ранее территории государственной собственности – причем так, что эти процессы реализовались в ходе и в результате активизации труда, резкого повышения его производительности, нарастающего развития собственного производства, в итоге – формирования элементов частнособственнических товарно-рыночных отношений, малого и среднего бизнеса.

Во что это могло вылиться?

Трудно ответить на этот вопрос. Тем более что в науке и среди хозяйственников-практиков высказывались довольно серьезные соображения против объявленного (иной раз с излишней помпой, присущей, по-видимому, и данной работе) пути преобразования государственной собственности.

Но факты того времени все же свидетельствуют, что уже в ту пору в России началось образование под различными вывесками (например, «арендных предприятий») «чистых», без участия государства, частнособственнических предпринимательских структур. В ряде случаев со специфической, ранее неведомой организацией отношений типа «сособственности» (яркий и плодотворный пример того – Центр «Микрохирургия глаза» С.Н. Федорова – опыт, впоследствии до неузнаваемости искаженный под давлением сторонников акционирования, когда была предпринята попытка втиснуть «федоровскую структуру» в нормативную конструкцию акционерного общества). Там же, где не срабатывали, например,

арендные предприятия, как будто бы определилась перспектива (вполне нормальная, ведь реорганизовывалось независимое от власти частнособственническое предпринимательство!) формирования индивидуального предпринимательства с наемным трудом. В ряде случаев наметилось на той же базе создание «снизу», самими предпринимателями акционерных обществ, в том числе открытых (для привлечения новых субъектов — инвесторов). Словом, процесс как будто бы пошел вперед, причем не по заранее сочиненным схемам, не по проектам «сверху», не по заморским рекомендациям, а в самом производстве, когда решающую роль играют силы и импульсы, основанные на частной собственности и требованиях набирающего темпы частнособственнического хозяйства.

Примечательно, что именно развертывание реальной приватизации (разгосударствления) вселяло в специалистов и практиков-хозяйственников немалую веру и надежду на успех начавшихся преобразований. Как отметил в то время (1990 г.) Д.Н. Сафиуллин, «последовательное проведение в жизнь нормативных актов об аренде и арендных отношениях позволит начать экономический демонтаж административно-командной системы»¹.

Разумеется, все это только «началось», только «наметилось», не более того. Но разве этого мало после многолетнего коммунистического господства, в тотально-огосударвленном обществе с утвердившимися иждивенческими нравами, с расчетом при решении всех жизненных проблем на одного лишь благодетеля и организатора — государство, с кардинальной разрушенностью самих представлений о допустимости частной собственности и частного хозяина?

Впрочем, общий прогноз несостоявшихся событий в этом традиционно не любимом всеми нами «сослагательном наклонении» (правда, частично все же с успехом реализованных) всего лишь осторожно оптимистический.

К тому же на практике все эти процессы развертывались с трудом. Успехи аренды в указанном варианте и ее возрастающая роль в коренном преобразовании плановой социалистической экономики немедлен-

¹ Сафиуллин Д.Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. С. 47. В другой работе автор весьма убедительно показал, что «признание коллектива или индивида самостоятельно хозяйствующим субъектом (хозяином) — обладателем права на собственную хозяйственную деятельность — не обязательно должно сопровождаться наделением его собственностью на основные средства производства. Достаточно того, чтобы они были переданы субъекту на договорных началах в качестве обособленного объекта его хозяйственной деятельности» (см.: Сафиуллин Д.Н. Виды и формы собственности и права собственности в социалистическом обществе, тенденции их развития // Право собственности в СССР. С. 110–111).

но вызвали беспокойство и резкое неприятие у чиновничества, действительных хозяев производства — противников перемен. Многочисленные ведомства, почувствовав реальную и близкую угрозу потери своего всевластия и благополучия, основанных на монопольной государственной собственности, единым фронтом ополчились против вводимого в жизнь варианта аренды. Они стали путем ведомственных инструкций упорно, без устали ограничивать использование аренды, особенно ее принципиальные новшества, вновь сводить ее к одному лишь «арендному подряду».

Были высказаны возражения на этот счет и учеными, отметившими трудности (и, увы, мифы), связанные с арендой, и признающими лишь прямой, «чистый» переход от государственной собственности к частной.

Скажу еще раз то, о чем мне уже приходилось писать в других работах. Истории еще предстоит ответить на вопрос, что стало главной причиной того, что нарастающий процесс формирования арендных предприятий, а отсюда свободной частной собственности в производстве, был вскоре, уже в 1991—1992 гг., прерван. То ли решающее значение принадлежит непобедимому чиновничеству, нутром почувствовавшему, что именно с этой стороны грядет крушение основ его благополучия — монопольной государственной собственности в экономике. То ли непонимание самой сути процессов в собственности, связанных с арендой. То ли роковую роль сыграли кардинальные реформы начала 1990-х гг., проводимые властью, стремящейся ознаменовать себя быстрым и впечатляющим успехом — путем сплошного акционирования разом через год-другой оказаться в развитом процветающем капитализме (по инициативе с этой стороны в 1992 г. все арендные предприятия одним росчерком пера были преобразованы президентским распоряжением в открытые акционерные общества).

Но что было, то было.

Шанс резко активизировать производство на основе частной собственности (активизировать не одним лишь путем неких «иностранных инвестиций», а прежде всего через собственный потенциал разума и труда) и создать основы свободной частнособственнической конкурентной товарно-рыночной экономики, притом прежде всего в виде малых и средних предприятий, оказался упущенным.

Ныне данная проблема, казалось бы, уже неактуальна. Ибо существующие организационно-правовые способы формирования собственности, в том числе и в виде индивидуального предпринимательства и разнообразных коммерческих обществ, как будто бы позволяют на твердой и отработанной юридической основе формировать частную собственность в экономике, в иных сферах жизни общества.

Приходится сожалеть, правда, что в качестве доминирующего, чуть ли не обязательного образца в таком формировании и сейчас по-прежнему используется метод акционирования (обо всех, еще не упомянутых плюсах и минусах такой тенденции – в следующих главах) и что не уходит от нас – и, думается, никогда не уйдет – проблема совершенствования организационно-правовых форм частной собственности, обеспечивающих известное участие работников непосредственно в отношениях собственности в сфере производства. Развитие обществ с ограниченной ответственностью (ООО) и вопреки известным канонам – ЗАО (закрытых акционерных обществ) – подтверждение актуальности данной проблемы в современных условиях и в будущем.

С этих позиций – кто его знает? – не сыграют ли здесь парадоксально позитивную роль и нововведения в области государственной собственности последнего времени? Ведь не исключено, что образование государственных корпораций (о них далее, в главе шестнадцатой) с предельно централизованной структурой организации и функционирования неизбежно потребует со временем и «нового разгосударствления». И тогда в отношении тех государственных корпораций, которые не перерастут в административно-управленческие структуры, не окажется ли поучительным и полезным предшествующий опыт приватизации в России?

ГЛАВА ПЯТНАДЦАТАЯ АКЦИОНЕРНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ¹

1

РАНЕЕ, В ПРЕДШЕСТВУЮЩИХ ГЛАВАХ, уже были рассмотрены вопросы, характеризующие ту роль, которую сыграл институт «акционерное общество» (причем его наиболее развитая в условиях ры-

¹ Настоящая глава касается только некоторых исходных положений данной темы. Другие положения темы, затрагивающие многообразные правовые вопросы, освещены в работах автора, прямо посвященных акционерным обществам (см.: Проблемы теории гражданского права. М., 2003; Линия права. М., 2006).

И замечание по терминологии, относящейся к наименованию главы. Под названием «акционерная собственность» имеется в виду весь комплекс собственнических отношений, складывающихся в этой разновидности коммерческих организаций (при этом, как принято считать, в классической их разновидности – *открытых* акционерных обществах, ОАО), причем сообразно логике материала в данной работе с акцентом на ту правовую ситуацию, которая возникает в акционерном обществе, когда тот или иной акционер владеет контрольным пакетом акций.

ночного хозяйства форма, открытые общества – ОАО) в деформации собственности, в официальной приватизации.

И это не случайно. Помимо всего иного, нужно видеть, что акционерные общества в современном мире, в том числе и в России, утвердились как некая сама собой разумеющаяся данность. Или даже – знак принадлежности существующих хозяйственных порядков к строю экономической и социальной жизни, характерному для современного индустриального или, пожалуй, еще больше – постиндустриального общества, и главное – к рыночной экономике (в том варианте, в котором они утвердились в основном на североамериканском континенте и были восприняты в 1990-х гг. в России). Ныне состояние экономики тех или иных стран повсеместно оценивается во многом по показателям, относящимся к акционерным обществам: по положению дел в отношении акций на биржах, стоимости акций основных производителей, их движению, росту, падению, «голубым фишкам» и т.д.

Тем более что возникновение и развитие акционерных обществ как будто бы вполне «логично» для развивающейся капиталистической экономики, с процессами становления коммерческих обществ, вовлечения мелких собственников в процессы, раскрывающие потенциал концентрированного (уставного, складочного) капитала, с доминированием «открытых» обществ (ОАО) в самой ткани адекватной им рыночной экономики. К тому же – с использованием во всех этих процессах, особенно в управленческих структурах обществ, сложившихся демократических принципов и форм, чуть ли не один в один совпадающих с теми, которые утвердились в политической парламентской жизни, – «всеобщих выборов», приоритета общего собрания – своеобразного аналога парламента, формальной подчиненности и подотчетности ему управленцев всех уровней и пр.

Вместе с тем с учетом всех ранее рассмотренных данных возникает необходимость более основательно разобраться в проблеме, которую обычно и в науке, и в политической и экономической аналитике оставляют в стороне, – каков характер собственности в акционерном обществе – этом основном звене ныне сложившейся экономической системы, во всем существующем (по всем признакам – капиталистическом) хозяйстве. И, следовательно, используя ранее приведенные материалы, попытаться увидеть хотя бы в самых общих, контурных чертах перспективу развития отечественной экономики в целом, а отсюда и нашей страны в целом, России.

При этом представляется важным сразу же обратить внимание на то, что акционерные общества способствуют созданию особо-

го слоя (или даже нескольких слоев) своеобразных экономических и сопряженных с ними отношений, изменяющих облик капиталистического хозяйства. Это не только корпоративные отношения, неувядающий престиж соответствующих категориального аппарата и лексики, но и возникшие в связи с появлением акций, их движением, величиной их денежного выражения и заполнившие основное пространство хозяйственной жизни отношения оборота, обязательств, личных и наемных связей, т.е. то, что и со структурной стороны позволяет определить своеобразие подобного типа экономики в качестве «рыночной».

Основные вопросы, раскрывающие характер собственности в акционерном обществе, сводятся к трем основным пунктам. Это, во-первых, собственность акционера; во-вторых, собственность акционерного общества в целом; в-третьих, собственность лица, обладающего в акционерном обществе контрольным пакетом акций (особо в случаях, когда одно физическое лицо выступает в качестве акционерного общества или ему, в том числе государству, принадлежит 100% акций).

2

ИТАК, сначала – о собственности акционера.

Для того чтобы акционерное общество появилось на свет, каждый его учредитель – еще до регистрации общества в установленном порядке – вносит в «общий котел», который образует уставный капитал, свое собственное имущество (деньги, имущество в натуре, права, имеющие денежную оценку). То же самое происходит и в последующем, когда то или иное лицо, вступая в общество, приобретает (покупает) акции или когда в соответствии с действующим правопорядком определенные лица в процессе приватизации становятся обладателями акций данного общества (что и произошло в России в 1990-х гг.).

А это, помимо всего иного, означает, что учредитель или иное лицо, приобретающее акции, *лишается своего индивидуального вещного права собственности на определенные блага, переходящие в акционерное общество*, – определенной суммы денег, имущества в натуре и др. Причем имущество, поступившее в уставный капитал, обезличивается. Если даже учредитель или иное лицо, вступившее в общество, внесло в уставный капитал какое-либо имущество в натуре, то, например, при ликвидации общества он, как это следует из утвердившихся норма-

тивных положений и сложившейся судебной практики, уже не вправе на него претендовать¹.

После того как то или иное лицо становится обладателем акций, на первый взгляд, ничего особенного в его имущественном положении с юридической и фактической сторон как будто бы не происходит. Вместо права собственности на определенные вещественные или интеллектуальные объекты учредитель и иные лица, ставшие акционерами, *приобретают право собственности на акции* — ценные бумаги, являющиеся носителями определенных прав (причем, исходя из закона и практики, владелец акций вправе свои акции беспрепятственно отчуждать, т.е. реализовывать свое «право распоряжения» — наиболее значимое правомочие в составе прав собственника). При этом акции, как и иные объекты, имеющие денежную оценку, характеризуют один из аспектов собственности — *состояние* данного лица (см. главу шестую; пусть даже и в том значении, когда категория «состояние» подменяет отношения собственности в их строгом понимании).

Здесь, в акциях, есть даже нечто «вещественное» — сама «бумага», документ (или электронные фиксаторы, или иные электронные символы при бездокументарном обороте — тоже явления объективного порядка). И все же для акции как для объекта собственности характерно не столько то, что это «бумага» с письменным текстом» (вещественный предмет, который можно реально «увидеть», «взять в руки», копировать, испортить, физически уничтожить и т.д., а в юридическом отношении — отчуждать, передавать в доверительное управление и др.), сколько содержание «бумаги», ее свойства и функции. А эти свойства и функции акций состоят главным образом в том, что они являются ценными бумагами — выражением и носителем тех или иных юридических прав.

Но каких прав?

В этом — суть вопроса.

Ведь право собственности по своей основе — *вещное* право, оно дает ее субъекту, как мы видели, *право абсолютного, а главное — непосредственного и исключительного господства над вещами* (в широком, юри-

¹ В соответствии с п. 2 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» «с момента внесения имущества в уставный (складочный) капитал и государственной регистрации соответствующих юридических лиц учредители (участники) названных юридических лиц утрачивают право собственности на это имущество» (цит. по: Федеральный закон «Об акционерных обществах». С постатейным приложением судебной практики и нормативных актов / Сост. Д.В. Мурзин. М., 2002. С. 18).

дическом понимании этих терминов). Что и предопределяет воистину историческое, экономическое и социальное значение собственности в жизни людей, о чем и говорилось в предшествующих главах книги.

Акции же как ценные бумаги дают их владельцу не вещные, а всего лишь **обязательственные** (относительные) права. То есть права, которые существуют и реализуются через людей — лиц как индивидуумов и людские объединения — общества, корпорации, коллективы, их органы. По своему содержанию права, выраженные в акциях, — это права на получение части доходов акционерного общества — дивидендов, плюс права на решение управленческих и процессуальных вопросов, осуществляемые через общее собрание или в случаях, предусмотренных законом, через суд путем исков о возмещении убытков или о необходимости известных ограничений, налагаемых на общество, вплоть до ликвидации общества¹ (когда в добавление к названным возникают еще права, связанные с разделом имущества общества).

А это, о чем уже говорилось ранее, при доминировании в народном хозяйстве данной страны акционерных обществ коренным образом (как это и должно быть при рыночной экономике) *реально меняет содержание и облик экономической жизни* — выдвигает на первый план оборот обязательственных отношений — вплоть до того, что перед нами оказывается не рынок товаров, а рынок ценных бумаг.

3

НО, МОЖЕТ БЫТЬ, вещные отношения возвращаются, точнее сосредоточиваются в другом слое отношений собственности в рамках акционерного общества в целом — в его уставном капитале, куда «уходит» собственность акционеров в ее вещном значении? В связи с таким предположением возникает несколько непростых научных проблем.

Одна из них, только-только намечаемая в науке (С.А. Степанов), имеет принципиальный для цивилистики характер: в какой мере носителями субъективных прав собственности как вещных прав могут быть юридические лица? Ведь если речь идет о собственности со всеми присущими ей социальными качествами, т.е. о частной собственности, то она неизбежно должна выражать волю и интересы конкретного субъекта. Метаморфозы имущественных отношений, которые

¹ Право на ликвидацию (по воле одного акционера) — право весьма странного свойства, позволяющее ликвидировать АО по политическим мотивам, по проискам конкурентов и т.д. (что, к сожалению, и реально происходило в практике нашей политико-экономической жизни).

здесь могут начаться (а они, как мы увидим в отношении акционерных обществ, весьма значительны), имеют большое общественное и даже политическое значение.

Поэтому и возникает другой вопрос: обоснованно ли оценивать сам по себе факт акционирования того или иного государственного предприятия как точное, юридически строгое свидетельство того, что оно становится субъектом частной собственности, охватывающей бывшее имущество акционеров и соответствующей требованиям современной частнособственнической конкурентной товарно-рыночной экономики?

Да, как будто бы многие данные говорят в пользу именно такого решения рассматриваемой проблемы. Ведь перед нами уже не казенное, не государственное в строгом смысле имущество. И в отношении этого имущества в действующем российском законе прямо говорится о том, что акционерное общество обладает «обособленным имуществом», а, например, увеличение уставного капитала может происходить за счет «собственного имущества» общества (п. 3 ст. 2, п. 5 ст. 28 Закона об акционерных обществах¹). И все это имущество во всем его многообразии (и единстве) охватывается понятием «уставный капитал».

И еще такая деталь. В состав уставного капитала могут входить (затем обезличиваясь) весьма различные объекты вещного характера, а также иные объекты, имеющие денежную оценку. В одном из совместных постановлений высших судов (общей юрисдикции и арбитражного) говорится: «...имущество в натуре, внесенное учредителем (участником) в уставный (складочный) капитал... хозяйственного общества, принадлежит последнему на праве собственности». И тут же уточняется, что исключение из приведенного общего правила составляют случаи, «когда в учредительных документах... хозяйственного общества содержатся положения, свидетельствующие о том, что в уставный (складочный) капитал учредителем (участником) передавалось не имущество в натуре, а лишь права владения и (или) пользования соответствующим имуществом»². Выходит, уставный капитал

¹ Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (в ред. Федерального закона от 7 августа 2001 г. № 120-ФЗ и с последующими изменениями).

² Пункт 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 (цит. по: Федеральный закон «Об акционерных обществах». С постатейным приложением судебной практики и нормативных актов. С. 35). А вот в отношении «права хозяйственного ведения» судебные органы такого исключения не делают, включая соответствующие объекты в состав уставного капитала общества (позиция Высшего Арбитражного Суда РФ, выраженная в постановлении Пленума от 25 февраля 1998 г. № 8). Возникает вопрос: не потому ли разработа-

призван охватывать не просто вещные права, а прежде всего вещные объекты, право распоряжения ими, олицетворяющее право собственности в его классическом виде. Добавим сюда и то, что вещественные объекты, вошедшие в уставный капитал, подлежат такой же полновесной правовой защите, как и любые объекты собственности (в том числе судебной защите при помощи вещных исков, прежде всего — виндикационного и негаторного).

Но что это за собственность, выраженная в уставном капитале акционерного общества? Частная?

Сразу же надо заметить, что с внешней, формально-юридической стороны каких-либо серьезных аргументов в пользу того, что путем несложных превращений бывшие государственные предприятия становятся не некими «мутантами» государственной собственности, а субъектами частной собственности (что и отмечено в приведенном судебном акте), как будто бы нет. Разве что «сменились вывески», да прямое подчинение инстанциям извне сменилось не менее жестким, госплановского типа подчинением изнутри совету директоров и генеральному директору, и еще более — властью владельца контрольного пакета акций.

И уж совсем ложными представляются нередко высказываемые мнения о том, что будто бы «имуществом общества владеют акционеры»: до ликвидации общества акционеры, кроме владельцев крупных пакетов и тем более владельца контрольного пакета акций, лишь в очень малой мере могут, да и то через сложнейшие и жесткие процедуры, как-то повлиять на решения, принятые советом директоров и генеральным директором, тем более — реальным владельцем имущества общества (об этом далее).

Тем не менее, думается, не все здесь просто, однозначно.

Наряду с другими моментами¹ нужно иметь в виду, что многие скопотечно, чуть ли не одномоментно организованные акционерные общества вовсе не «уходят» от государства, во многом остаются под его

на подобная позиция, что судебные органы уловили (и это вполне справедливо), что «право хозяйственного ведения» по своей органике весьма близко к институту права собственности?

¹ Прежде всего надо видеть, что при акционировании, которое декларировалось при официальной «приватизации» в России в начале 1990-х гг. и время от времени происходит ныне (когда государственные предприятия путем несложных финансовых и организационных мер «превращаются» в субъекты частной собственности — акционерные общества), в законе делается ударение на то, что главное тут — «капитал» и «акции». В российском Законе об акционерных обществах при определении понятия акционерного общества сказано так: это «коммерческая организация, уставный капитал кото-

эгидой. И не только благодаря специфике приватизации, сохранявшей административную основу предприятий, и общей, увы, все еще мощной атмосферы тотального огосударствления собственности, но в первую очередь благодаря тому, что государство довольно часто сохраняет за собой значительную долю акций, порой до 98% или 100%, что дает возможность с учетом упомянутой атмосферы включать в состав руководящих органов акционерного общества (преимущественно — совета директоров, нередко — на пост председательствующего) своих представителей, причем прямым из состава высших государственно-властвующих инстанций. Что оставляет данные коммерче-

рой разделен на определенное число акций, удостоверяющих обязательственные права участников» (п. 1 ст. 2).

Что это? Только отражение своеобразия данной коммерческой организации? В какой-то мере — да, отражение. Причем такое, когда стрелки при характеристике коммерческой организации переведены не на вещные, а на обязательственные права акционеров.

Но самое существенное здесь, по-видимому, другое. Ударение в легальном определении на акции в сочетании со ссылкой на капитал (пусть по Закону и «уставный») имеет, на мой взгляд, основательный и в чем-то, быть может, затаенный смысл.

Конечно, ни на мгновение нельзя упускать из вида, что за всеми этими акциями (и не только обыкновенными, «голосующими», но и всеми другими — по-эзоповски названными «привилегированными») стоит то, о чем говорилось ранее, — «обособленное имущество», т.е. многообразные материальные и нематериальные объекты, имеющие денежную оценку и защищаемые вещными исками, — заводы, прииски, земля, строения на ней, склады, подъездные пути, научные подразделения с их оборудованием, интеллектуальные ценности и т.д., включая такие объекты интеллектуальной собственности, как патенты, объекты авторского права, в том числе программы для ЭВМ, ноу-хау.

Но все дело в том, что эти самые «вещи» и их «денежная оценка», а точнее «денежное выражение», как раз и *заклочены в акциях*. Причем так и в такой направленности, чтобы акции в своем денежном выражении образовывали *работающий капитал*, притом *реальный капитал*, в котором стоимость должна «давать новую стоимость». Именно реальный (!), названный «уставным», будто бы предназначенный в основном для обеспечения требований кредиторов (о чем прямо говорится в Законе, других документах).

Вот почему в законодательстве и на практике столь большое значение придается *размещению* акций. Размещенные акции — это реальные деньги, которые включаются в капитал, в его работу. Акции же неразмещенные («некупленные») — пустые бумаги. Согласно ст. 34 действующего Закона об акционерных обществах при неоплате акций они переходят в собственность акционерного общества. Притом — внимание! — «акции, право собственности на которые перешло к обществу, не предоставляют право голоса, не учитываются при подсчете голосов, по ним не начисляются дивиденды» (ст. 34). Они не в обороте, они неработающие — пустой, мертвый капитал.

Стало быть, в положении о том, что обособленное имущество акционерного общества выражено в работающих (размещенных) акциях, — знак того, что *имущество общества функционирует в качестве к а п и т а л а*, призванного приносить доходы (для акционеров — дивиденды). Экономические и правовые категории здесь полностью смыкаются — *объектом права собственности акционерного общества выступает капитал как экономическая категория*.

ские общества, особенно те общества, само существование и деятельность которых построены на добыче и реализации природных ресурсов (прежде всего — нефти, газа), во многом «огосударственными» или «прогосударственными».

Вместе с тем не менее существенно другое. То, что характеризует такие особенности собственности акционерного общества, как: 1) единство имущества как целостного комплекса; 2) неделимость имущества; 3) неприкосновенность имущества.

Особо существенными являются взятые во взаимосвязи две последние из указанных особенностей собственности в акционерном обществе.

Притом неделимость имущества необходимо выделить особо, ибо акции не характеризуют собой (как это присуще общей собственности) их «вещное присутствие» в имуществе, ни даже некие «доли в праве». То есть то, к чему склоняются упомянутые ранее некоторые научные авторитеты на Западе, и что, к сожалению, произошло в России при «акционировании» в сельском хозяйстве, когда «доля в праве» или «пучок прав» (по терминологии западных специалистов¹) не выводит на распоряжение земельными участками в натуре. Для акционеров имущество общества в принципе ничем не отличается от «неделимой собственности», которая была конституирована и при советском строе в отношении колхозного (и государственного) имущества. Более того, как это определено высшими судебными инстанциями России, «условия учредительного договора, предусматривающие право учредителя (участника) изъять внесенное им в качестве вклада имущество в натуре при выходе из хозяйственного общества, должны признаваться недействительными». Только при ликвидации акционерного общества акционер обретает право на часть имущества общества как такового.

Далее. Согласно Закону об акционерных обществах имущество акционерного общества должно существовать как ненарушаемая данность, определенная и зафиксированная его уставом. Притом, сообразно весьма строгим, предусмотренным Законом показателям, — и в отношении минимального размера (в кратном отношении применительно к минимальной заработной плате в данных условиях), и в отношении ряда сделок («крупных сделок», при «заинтересованности в совершении сделок»), и в отношении чистых активов общества. В последнем случае (когда чистые активы оказываются меньше уставного капитала) по Закону необходимо либо уменьшить уставный капитал, либо да-

¹ См.: *Alchian A.* Op. cit.

же — внимание! — должна произойти «ликвидация общества» (ст. 35 Закона); причем согласно п. 5 указанной статьи само «общество обязано принять решение о своей ликвидации», а все заинтересованные лица «вправе предъявить в суд требование о ликвидации общества». До момента же ликвидации имущество акционерного общества является неприкасаемым для всех лиц (включая акционеров). И в то же время, как это ни парадоксально с правовой стороны, — еще один атрибут существующей здесь специфики — такого рода «неприкасаемость» открывает для строго определенного круга субъектов через сложившиеся в данной области юридические механизмы возможность полного обладания и беспрепятственного распоряжения имуществом общества.

Все указанные особенности собственности в акционерном обществе подводят к выводам, которые автору этих строк хотелось бы сформулировать в постановочном порядке и с большой осторожностью.

Эти выводы таковы.

Имущество акционерного общества находится в другой плоскости, нежели подразделенность собственности на частную (персонифицированную) и государственную, казенную (потому-то в ней могут одновременно наличествовать признаки и собственности частной, и собственности государственной).

Эта другая плоскость, или иная система координат, строится на том, что в ней выделяется собственность, которая *условно* (на данной стадии проработки проблемы, о чем уже ранее упоминалось) *может быть названа в е р х о в н о й*, а от нее отделяется всякая иная собственность. «Верховной» (как уже говорилось ранее, в главе пятой) не в том величественном и величавом значении, которое имела государственная собственность при советском строе (хотя она принадлежит к рассматриваемой категории), а в значении того, что она является приоритетной в своих качествах (единства, неделимости, неприкосновенности) в отношении всех лиц, которых она касается. Вместе с тем для нее характерны известная неопределенность и открытость по составу и объектам, подчас некая «безбрежность», а также при известных условиях возможность абсолютного, ничем не связанного обладания и произвольного распоряжения ею (авторитарным правителем, верхушкой клана чиновничьей элиты и др.).

Главное же здесь, в данной подразделенности собственнических отношений, как в любой разновидности собственности, именуемой «верховой», — пусть в разных масштабах и известных вариациях (наиболее полно — в государственной собственности) — собственность является «верховой» по отношению к определенному привилегированному

кругу лиц; в государственной собственности, в которой собственнические отношения соединяются с политической властью, — по отношению ко всем властным лицам данного сообщества.

При этом в принципе, казалось бы, совершенно неважно (о чем уже говорилось), принадлежит ли данная ветвь собственности к частной или государственной. Независимо от общих определений, и частная, и государственная собственность во всех разновидностях одинаково, при наличии указанных выше признаков, может быть причислена к разряду «верховой».

И тем не менее следует предположить, что верховная собственность — это все же некое *продолжение частной собственности* (характерное в принципе для авторитарного общества), выражение (и элемент) властвующего положения субъектов правящей элиты, причем такое, когда она в ряде своих разновидностей (к которым тяготеет и собственность акционерного общества) может, так сказать, *вознестись действительно «вверх»*, занять верхние этажи социально-политической жизни, *выбивающиеся к тому же из-под регулирующего действия национального права*. Это, как свидетельствует практика, характерно преимущественно для председателей совета директоров или наблюдательных советов акционерных обществ, их окружения, властвующих менеджеров.

Так что верховная собственность в той или иной разновидности может включиться в определенную экономическую и политическую систему, олигархический клан или, более того, быть ее продуктом, порождением, становиться основой экономического состояния и могущества известного круга лиц, олигархической структуры. И тогда верховная собственность, наряду с отмеченными особенностями (и нередко — на их основе) обретает особые функции, зачастую — весьма существенные. А это уже во многом касается еще одного слоя отношений собственности акционерного общества (о котором речь впереди, в следующем пункте данной главы).

4

КАК ЭТО НИ ПОКАЖЕТСЯ удивительным и парадоксальным (хотя тут все закономерно), основной, главенствующий по социальной и юридической значимости слой собственности акционерного общества может быть расположен *за пределами* акционерного общества, конституированного в соответствии с действующим законодательством. Точнее, этот слой собственности прямо опирается на

определенные структуры и механизмы общества («голосующие акции», «институты управления» и др.), реализует и использует эти структуры и механизмы, но как собственность верховная и в тех ее значениях, о которых уже говорилось и о которых речь пойдет дальше, утверждается и реализуется именно *фактически*, и даже во многом *вне правового поля, официально признанного для данного общества, вообще*.

Тут требуются более подробные пояснения.

На первый взгляд, упомянутые структуры и механизмы акционерного общества не представляются сколько-нибудь существенными с точки зрения указанных выше представлений. И может даже возникнуть впечатление, что в акционерном обществе воплощены высшие ценности и идеалы, истинно либеральные, демократические начала в жизни людей (что, по-видимому, если не пропагандируют, то имеют в виду последовательные сторонники рыночной экономики).

Ведь в законодательстве об акционерных обществах все время и настойчиво подчеркиваются справедливые, истинно либеральные и демократические начала в организации и деятельности акционерного общества, забота о «простых акционерах», их правах, правах инвесторов и т.д. Общее собрание по закону является «высшим органом управления обществом». В интересах акционеров учреждены особые процедуры совершения крупных сделок и сделок с участием «заинтересованных» лиц. Весьма справедливы принципы и положения о порядке, регулирующем очередность удовлетворения требований кредиторов при ликвидации общества, и т.д., и т.п. Да и вообще управление делами общества как будто бы вполне согласуется с высшими достижениями парламентской демократии нынешнего времени, либеральными ценностями высшего образца.

Но за фасадом всех прекрасных вещей происходит нечто другое.

Точнее так. Существует сегмент в круге акционерных обществ (при этом, как ни странно, «закрытых», порой трактуемых в качестве не вполне полноценных), работающий вполне нормально, приближенно к указанным выше принципам и правилам. Есть и открытые акционерные общества, которые в полном согласии с их природой позволяют так или иначе гармонизировать интересы ряда владельцев крупных капиталов и других собственников, усиливать их соединенную мощь и таким путем реализовывать сложные и крупные инвестиционные проекты.

Но существует, как говорилось, и *нечто другое*.

Прежде всего не все так, скажу предельно мягко, однолинейно и безупречно в содержании самого законодательства об акционерных обществах (или, по терминологии других авторов и специали-

стов, в содержании корпоративного законодательства, его современных новациях)¹.

Но и не это самое главное.

Главное — вот что. В хозяйственной жизни нередко получается так, что как только какой-либо акционер (или группа акционеров и связанных с ними зависимых, аффилированных лиц) оказывается обладателем *контрольного пакета акций* (т.е. 50% + 1 акция, а лучше больше, совсем хорошо 98% или сразу все 100%), это лицо *фактически обретает положение полного, безраздельного собственника всего имущества акционерного общества*. То есть не только имущества, соответствующего пакету акций данного лица, а именно в с е г о имущества, притом со всеми преимуществами и особенностями статуса акционерного общества, «верховности» его собственности. Притом — не по дивидендам (хотя лица, ведающие ими, — совет директоров — никогда не обижают себя и других высших управляющих лиц, и тем более обладателя контрольного пакета), а по реальному распоряжению всем «единым и неделимым имуществом». К данной категории лиц, надо напомнить, относится и государство, если оно по определенному кругу объектов обладает контрольным пакетом

¹ В правовом регулировании института акционерных обществ, в целом столь благообразного и величественного, подчас прорываются — прямо-таки по-фрейдистски — положения, выдающие, надо полагать, глубинную подноготную рассматриваемого института.

Так, при декларированном положении о верховенстве общего собрания акционеров вдруг в Законе об акционерных обществах (п. 3 ст. 242) фиксируется такое положение: решение о выплате дивидендов, их размере принимается общим собранием; но (!!!) «размер дивидендов не может быть больше рекомендованного советом директоров (наблюдательным советом) общества». Или: согласно п. 5 ст. 28 дополнительные акции «распределяются среди всех акционеров. При этом каждому акционеру распределяются акции той же категории (типа), что и акции, которые ему принадлежат, пропорционально количеству принадлежащих ему акций».

А вот вообще предельно поразительная норма, выдающая, по-видимому, глубинную задумку всего «акционирования». Согласно п. 2 ст. 80 Закона было предписано: если лицо приобрело 30% и более акций, то оно «обязано предложить акционерам продать ему принадлежащие им обыкновенные акции общества и эмиссионные ценные бумаги по рыночной цене...»; и тут же приводится целое созвездие норм, призванных обеспечивать нацеленность регулирования, названную «обязанность акционера».

По-видимому, эта норма оказалась чрезмерно откровенной. И она Федеральным законом от 5 января 2006 г. № 7-ФЗ отменена. Но вместо нее указанным Законом введен суперсложный порядок, который, обеспечивая права и известные гарантии миноритарного владельца акций, все же через цепочку целенаправленных конструкций (таких как «публичная оферта», «обязательное предложение о приобретении акций», «выкуп акций» и др.) по сути дела практически открывает юридическую благоприятную перспективу концентрации акций у владельца их крупного пакета. То есть в сущности сохраняется тот же принцип, который существовал ранее.

акций или вообще всеми их 100%. Ибо обладатель контрольного пакета акций, используя, казалось бы, предельно либеральные управленческие структуры (прежде всего совет директоров, пост генерального директора и др.) и соответствующие предельно либеральные процедуры, оказывается способным через действующие управленческие структуры и механизмы по бесспорному демократическому принципу большинства фактически распоряжаться любым имуществом, в любом объеме, даже если оказывается необходимым преодолеть некоторые «формальности».

И хотя положение владельца контрольного пакета акций как полного собственника всего имущества — сугубо фактическое, оно «зато», или, точнее, «благодаря тому», дает безбрежные права — права вне (или, быть может, точнее — сверх) действующего права страны за формальными пределами правового поля государства вообще.

Правда, в данном акционерном обществе могут быть еще владельцы так называемого *блокирующего пакета акций*, т.е. акций в таком объеме, который делает возможным воспрепятствование «большинству», т.е. владельцу контрольного пакета акций, в принятии некоторых решений (см., в частности, ст. 47, 55, 58, 69 и др.¹). «Блокирующий пакет» может появиться и спонтанно, на общем собрании, когда отдельные акционеры соединяют свои усилия в каком-либо решении — «за» или «против».

Но учитывая возможность существования «блокирующего пакета акций», с помощью которого можно воспрепятствовать принятию ряда решений, реальный статус его владельца, надо принять во внимание и другое. То, что значение «блокирующего пакета» в реальной практике все же очень относительно².

¹ В законодательных установлениях в ряде случаев (и на это есть основания) решение некоторых вопросов ставится в зависимость от того, обладает ли тот или иной акционер или их группа количеством голосующих акций в процентном отношении к общему их числу, причем это процентное отношение оказывается весьма различным — 1, 2, 10, 20, 30, 98% и т.д.

² Во-первых, «блокирующего пакета акций» в данном акционерном обществе может и не быть (для чего, помимо фактического положения вещей, существует ряд приемов, в том числе установление низкой номинальной цены отдельной акции и «распыление» акций среди множества акционеров, что уже само по себе ставит преграду какой-либо их блокировке).

Во-вторых, как бы ни были значительны требования и претензии владельцев «блокирующего пакета», сами по себе они самостоятельно, как это следует из законодательных установлений, не могут принять какое-либо позитивное решение ни в одной области функционирования общества.

В-третьих, акции владельцев «блокирующего пакета» не могут воспрепятствовать тому, что главные, ключевые рычаги и механизмы, обеспечивающие существование

Конечно, акционеры, акции которых образуют «блокирующий пакет» или просто «крупные пакеты», позволяющие занять достойное место в совете директоров или наблюдательном совете, фактически в какой-то мере влияют на деятельность общества, формирование его институтов, принятие тех или иных решений. Они вместе с другими акционерами в рамках принятых процедур способны подсказать альтернативные варианты решений, предупредить некоторые крайности и ошибки (на это же направлен ряд законодательных установлений, в том числе о «заинтересованности в сделках», о крупных сделках).

Но как бы то ни было, несмотря на наличие у иных акционеров «крупных пакетов» или даже «блокирующего пакета», в тех случаях, когда возникает ситуация, обеспечивающая формирование «контрольного пакета», обладатель последнего через механизмы и институты акционерного общества является *реальным фактическим хозяином* всего имущества акционерного общества. Притом, имущества, которое принадлежит к категории верховной, единой, неделимой и неприкасаемой собственности.

5

ПОЛОЖЕНИЕ С СОБСТВЕННОСТЬЮ в акционерных обществах России вряд ли можно назвать нормальным. Добавим сюда и то, что акционерные общества, ряд их особенностей стали одним из «пунктиков» марксистско-ленинских взглядов на развитие экономики¹ (воз-

и деятельность в том или ином направлении акционерного общества (прежде всего совет директоров и, как правило, генеральный директор), все время находятся под непосредственным контролем «большинства», определяемого владельцами контрольного пакета акций.

В-четвертых, в Законе имеется ряд правил (касающихся в основном деятельности общего собрания, его повестки дня, определения размера дивидендов и др.), которые лишают возможности владельцев «блокирующего пакета» реально воспрепятствовать принятию и проведению в жизнь тех решений, которые приняты советом директоров и генеральным директором в соответствии с политикой (курсом и реальными действиями) «большинства», определяемого владельцами контрольного пакета акций.

¹ В качестве курьезного обстоятельства можно с достаточными основаниями предположить, что очевидные перспективы развития акционерных обществ в немалой мере смутили марксистских ортодоксов. Не та ли эта форма организации экономической жизни, которая нужна грядущему социализму? Во всяком случае, идея преодоления мелких частных собственников, «ежеминутно рождающих капитализм», и идея «одной фабрики» в масштабах всей страны, и то и другое оцениваемое в качестве устоев социалистического хозяйства, хорошо корреспондируют с глобальной линией на всеобщее акционирование. Ведь В.И. Ленин в работе «Империализм как высшая стадия капитализма» раскрыл подноготную акционерных обществ в контексте его понимания импе-

можно, как-то повлиявших на политику «трестирования» в условиях нэпа, а затем на формирование всей командно-административной управляющей системы госплановского типа).

Один из существенных минусов подобного положения дел (что, надо полагать, должно привлечь наше внимание) заключается в том, что при более или менее развитом акционировании собственность в своем изначальном, первородном виде, т.е. как *вещное отношение*, и с ч е - з а е т (она переливается в собственность на ценные бумаги, строго говоря — в обязательственные отношения, а в отношении узкого круга лиц — в верховную собственность).

Отсюда — *собственность теряет значение единого стабилизирующего, организующего и стимулирующего фактора для всей экономики — основы социальной ответственности в обществе, устойчивого, нарастающего экономического и социального развития по пути к постиндустриальному хозяйству, интеллектуально-информационной экономике, нанотехнологии*. А все это, пусть и по законам парадоксов, может при доминировании «рынка» дать впечатляющий экономический эффект, но все же сопряжено с неминуемыми бедами, приводит к благоденствующей стагнации, к утверждению одного из самых негативных вариантов силовой олигархической экономико-социальной и политической системы государственного капитализма, прикрытой демократическими формами и институтами. К такому варианту, который, как попытается показать автор в следующей главе, и по своей сути, и по своей перспективе будет иметь для общества весьма негативный, не исключено — катастрофический характер.

И еще одно последствие, которое возникло в связи с широким развитием (и, пожалуй, даже экспансией) акционерных обществ в капиталистическом хозяйстве, что, возможно, является одной из примечательных черт экономики и всего общества XX—XXI вв.

Это — развертывание в ходе и после массового акционирования негативных сторон *корпоративных отношений*, о которых ранее уже говорилось (в главе одиннадцатой). В дополнение к ранее сказанному вот еще какие краткие соображения.

риализма как «кануна социализма», причем с тех их сторон, — что весьма примечательно! — которые характеризуют акционерные общества как способ концентрации капитала (и, стало быть, ликвидации мелкой собственности в ее истинном экономическом значении), способ формирования кланов олигархов, и плюс к тому форму, позволяющую «безнаказанно обделывать какие угодно темные и грязные дела» (см.: *Ленин В.И.* Избр. произведения: В 4 т. Т. 2. С. 37–39). Приходится поражаться тому, как в данном случае ленинские слова чуть ли не точка в точку (да еще с прибавлением некоторых других негативных черт) оправдались в нашей сегодняшней российской действительности.

Развитие корпоративных отношений наряду с привлекательными сторонами сугубо рыночного порядка в отношении собственности играет коварную роль. Не менее коварную и негативную, чем, скажем, развитие корпораций в странах Востока, где некие превращенные личностные отношения, близкие к семейным, патерналистским, перекрывают или даже корректируют систему строгих юридических прав и обязанностей в области собственности, в особенности, в отношении отдельной личности.

Таким образом, корпоративные отношения, выраженные, в частности, в государственных корпорациях, могут даже с формальной стороны еще больше отдалить нас от последовательно правовой характеристики отношений собственности в акционерных обществах и особенно – государственных корпорациях. С этих позиций и сами по себе корпоративные отношения хорошо гармонируют с одной, увы, не самой благоприятной, тревожной перспективой развития экономики и всего общества. С тем, что является, быть может, одной из предпосылок такого развития, которое выливается в строй государственного и корпоративного олигархического капитализма и авторитарной власти.

6

И ЕЩЕ ОДНО ЗАМЕЧАНИЕ по проблематике акционерной собственности.

Акционерные общества в том виде, в каком они сложились в нашем хозяйстве, оказались в ряде случаев весьма своеобразными клондайками материальных богатств (особенно те, которые основаны преимущественно на эксплуатации природных ресурсов – прежде всего нефти, газа, металлов), способных дать их реальному владельцу (благодаря фантастически благоприятной международной конъюнктуре) быстрый и потрясающий доход, порой сказочное приращение его капитала (два-три года – и долларовый миллиардер, входящий в первую-вторую десятку богатейших людей мира). Не это ли лакомый, вожаделенный объект в сфере бизнеса, для овладения которым все средства хороши?

Тем более что акционерное законодательство оставляет известные лазейки для силовых по сути действий, в том числе позволяет отдельному акционеру ставить через суд вопрос о правомерности работы общества, о прекращении его работы для обеспечения исковых требований до решения соответствующих вопросов и т.д.

И вот в последние годы появилось и стало шириться так называемое *рейдерство* – усилилась практика силовых захватов компа-

ний, причем захваты и передел собственности нередко основываются на неких судебных решениях, выносимых различными местными судебными инстанциями. И при опоре на такие решения — с привлечением мощных охранных подразделений, которые силой, нередко силой оружия, овладевают помещениями администраций компаний и, сметая все препятствия, усаживают на руководящие кресла нанявших их хозяев (с последующим — это уже дело техники — оформлением «правомерности прихода нового руководства» через общее собрание акционеров, зачастую через быстро организуемые «параллельные собрания» или через «письменные опросы акционеров» и пр.).

Или, что в принципе то же самое, такой же захват, именуемый с использованием благообразной «корпоративной лексики» *недружественным поглощением* (не во имя ли этого и иных аналогичных акций, таких как «корпоративные сговоры», столь возвеличивается сама категория «корпоративные отношения», вплоть до утверждения необходимости некоего, уже упомянутого по ряду позиций «корпоративного законодательства», которое, быть может, позволит переименовывать «недружественный» захват в «дружественный» или иной, вполне приемлемый?).

Подобного рода ситуация вызвала в начале 2006 г. серьезную тревогу в правительственных кругах России. На заседании правительственного совета по конкурентоспособности и предпринимательству, судя по информации ряда СМИ, прозвучали слова о недопустимости такого рода «корпоративных конфликтов», при которых стремительное обогащение тех или иных владельцев капиталов строится на силовых захватах и силовом переделе собственности¹.

Добавим сюда уже упомянутое ранее рейдерство в области собственности в сельском хозяйстве, когда наличие у крестьян «долей в праве на землю» ничуть не препятствует в обстановке явно коррумпированных отношений местным администрациям наделять значительными участками земли владельцев «крупных денежных мешков» для строительства многоэтажных коттеджей, поместий стародворянского типа, дворцовых зданий.

¹ В статье «Рейтинг строгого режима» (Коммерсантъ. 2006. 11 февр.) отмечено, что министр экономического развития и торговли того времени Г. Греф сообщил, что в 2005 г. в России наблюдался очередной всплеск корпоративных конфликтов, в которые было вовлечено более 100 компаний, с 117 силовыми захватами бизнеса только в Москве. По словам министра, как это отмечено в статье газеты (никем не опровергнутым), в стране действуют так называемые гринмейлеры, которые обогащают на сделках на рынке слияния и поглощений, однако не развивают бизнес и являются неэффективными собственниками. Г. Греф пояснил: «Вместо того чтобы находиться в местах не столь отдаленных, они у нас находятся в высших рейтингах журнала *Forbes*».

Если вернуться к положению о собственности в акционерных обществах, то становится очевидно, что с научной стороны мы встречаемся здесь с явлением поистине жутким, когда, как можно предположить, происходит «смычка» внеправового беспредела реальных владельцев акционерного общества с прямым вооруженным насилием при захвате или переделе собственности, имеющими, что не менее тревожно, казалось бы, достаточное юридико-формальное прикрытие.

ГЛАВА ШЕСТНАДЦАТАЯ ДРАМАТИЧЕСКИЕ ПРОЦЕССЫ

1

ПО ХАРАКТЕРУ И ПОЛОЖЕНИЮ собственности в современной социальной структуре Россия в настоящее время представляет собой общество, в котором доминирующее значение *имеют крупные собственники* (лица с крупными состояниями).

Такого рода констатация (да к тому же, добавим, с признанием наличия обширного слоя малоимущих граждан) показывает очевидный результат наступившего сначала дикого капитализма, известной легализации теневого капитала, криминального обогащения и т.д., а затем в какой-то мере последствие спонтанно развивающегося предпринимательства, артельного труда энтузиастов.

Наряду с этим в современной России утвердились, пусть и с чертами, навеянными всеобщим акционированием, *и другие разновидности частной собственности*, в том числе в области производства — крупной, собственности иных коммерческих сообществ и индивидуальных собственников, и рядом с этим (увы, в незначительных масштабах) — собственности, относящейся к среднему и малому бизнесу.

Одновременно, несмотря ни на что, пусть и разными темпами и с различными качественными характеристиками, растет *бытовая, личная собственность* почти всех категорий граждан. Особенно владельцев крупных состояний, благоустраивающих свой быт, повседневную жизнь с помощью грандиозных коттеджей (дворцов), парков автомашин, другой новейшей техники и роскоши, как в нашей все еще не устроенной стране, так и в фешенебельных краях мировых вершин благоденствия.

И все же главное, что обращает на себя внимание в состоянии и развитии собственности в России в последние десятилетия, — это *все более*

расширяющаяся в нарастающих темпах собственность государственная, точнее новоогосударствленная (ньюогосударствленная). Феномен новый, поразительный, уникальный, повсеместно недооцененный и потому требующий особого рассмотрения.

2

СНАЧАЛА О СОСТАВЕ массива новоогосударствленной собственности в нынешнее время.

Здесь три основные составляющие.

В о - п е р ы х, это *государственная собственность как таковая* в точном и строгом значении. То есть имущество, его комплексы, иные блага, власть в отношении которых напрямую принадлежит государственному аппарату (в идеале — с определением ответственного лица или лиц за тот или иной объект, и дальше — по вертикали с известной регламентацией законом, до высших эшелонов политической власти).

Сюда относятся государственные унитарные предприятия (ГУПы), казенные предприятия, средства бюджета, иные средства, в том числе оборонных ведомств, государственные организации подчас с многомиллиардными доходами, такие как «Оборонэкспорт».

В настоящее время существенное значение в составе государственной собственности приобрели фонды и иные образования централизованного государственного имущества. Таких прежде всего как стремительно разрастающиеся образования типа «Стабилизационный фонд» (ныне — Резервный фонд и Фонд развития), базирующиеся на доходах от продажи энергоносителей — нефти, газа, а также металлов, других объектов, относящихся к природным ресурсам.

В этот же круг централизованного государственного имущества входят и иные образования, близкие по ранее указанным источникам своих доходов, прежде всего имущество Центрального банка с его многомиллиардными валютными резервами.

В о - в т о р ы х, это имущество, которое можно назвать *прогосударственной собственностью*, т.е. *имущество акционерных обществ, которые считаются «приватизированными», но в которых государству принадлежит контрольный пакет акций (или, более того, порой все 100%)*. Наиболее показательный пример такого положения в имущественной сфере — Сбербанк, а еще более — Газпром — монополист по добыче и продаже природного газа, функционирующий как акционерное общество, в котором, однако, решающую роль играет государство, крупные государственные деятели, входящие в руководящие органы общества.

В - т р е т ь и х, *госаффилированная собственность* – имущества отдельных компаний, индивидуальных предпринимателей, других лиц – частных собственников, которые находятся в жесткой зависимости от государства, его аппарата. Наиболее показательными здесь являются опять-таки акционерные общества, в которых государство хотя и не имеет контрольного пакета акций, но обладает блокирующим или просто крупным пакетом (или просто имеет кадровые, налоговые либо иные способы императивного влияния на хозяйствующего субъекта).

Такого рода аффилированность (и не менее – угроза неблагоприятных последствий) приобрела к концу первого десятилетия нынешнего века чуть ли не всеобщий характер, что накладывает отпечаток на общую оценку состояния собственности в России, особенно в области экономики, бизнеса (подробные пояснения на этот счет в связи с вопросами приватизации – в главе четырнадцатой).

Какие выводы вытекают из изложенных положений о новом огосударствлении собственности в российском обществе?

3

САМОЕ СУЩЕСТВЕННОЕ, что характерно для огосударственной собственности современного российского общества, заключается в том, что *по своей силе, властной мощи она не уступает, а, быть может, и превосходит потенции государственной собственности в советском обществе.*

Конечно, перед нами явления, по ряду моментов принципиально разные.

Государственная собственность «при социализме» была прямым выражением марксистско-ленинской, большевистской идеологии. Она отличалась своей прямолинейностью, претензией ни на шаг не отходить от идеи «одной фабрики», открытой властно-принудительной, нередко репрессивной системой функционирования, сопровождаемой в отношении собственности императивными символами «полновластия трудящихся», «всенародного достояния» и т.п. В тех же своих подразделениях, где она не утверждала всевластие по вопросам собственности партийно-государственного аппарата, юридическое регулирование в отношении граждан и их объединений строилось в жестких рамках, формальных нормативных пределах, на ограничениях и всевозможных обременениях, обязанностях перед государством.

Нынешняя же (ново)огосударственная собственность строится в условиях, когда формально провозглашена в качестве неприкосно-

венной и во многом утвердилась частная собственность, а также взят курс на «суверенное» использование механизмов и методов товарно-рыночной экономики. И вполне понятно, что использование в российской экономике категорий частнособственнического товарно-рыночного хозяйства создает не только известные границы государственному своеволию, но еще более — благообразное прикрытие реальным экономическим процессам (в том числе новому огосударствлению собственности, расширяя при этом его субъектный состав), а главное — ставит в тех пределах, в каких это оказывается возможным, на службу огосударвленной собственности эффективные механизмы и методы частнособственнического товарно-рыночного хозяйства.

Между тем, как бы это ни показалось парадоксальным, новое огосударствление собственности и государственная собственность «при социализме» в весьма существенных моментах совмещаются. Более того, огосударствление, когда складывается и развивается прогосударственная собственность в облике акционерных обществ, по своей природе и историческому итогу вообще возвышается над государственной собственностью. Ибо тут, в акционерных обществах, в которых контрольный пакет акций принадлежит государству, наличествует и господствует, как мы видели, в основном *другая* собственность, нежели та, которая отражена в Гражданском кодексе, — не та, скажем шире, которая основана на теории и практике собственности в странах континентальной Европы. Сюда, к собственности в акционерном обществе подобного типа, больше тяготеет доверительная собственность, идеология и практика трастов, преимущественно ориентированных на быстрое получение максимальных доходов и их дележ, и соответственно этому — на общий строй экономических, имущественных и организационных отношений, именуемых *рыночными* (в узком их значении).

Теперь становится понятной и даже в чем-то последовательной та настойчивость, с какой реформаторы и их зарубежные советники, проводившие в России с начала 1990-х гг. экономические реформы, пытались «ввести» в российское законодательство, прямо в Гражданский кодекс, институт доверительной собственности. Жаль только, что и в ту пору, и сейчас так и осталось непонятым ни в науке, ни в политической практике, что устранение из жизни общества в качестве господствующего начала собственности в ее классическом вещном виде (воплотившем, на мой взгляд, не только достижения в области собственности стран континентальной Европы и отсюда греко-римской культуры, но и великие ценности христианства) лишает общественную систему одной из фундаментальных ее основ.

Аналогичный вывод следует и из того обстоятельства, что в акционерных обществах все более господствует не право, а непосредственно некие формально-демократические процедуры и формы. На смену праву приходят корпоративные отношения со всей их неопределенностью, многоликостью и подноготной. И вновь приходится сказать «жаль». Подтверждение тому — факты нынешнего времени, когда в немалом числе случаев верховенство права сменяется господством прямой силы (в виде рейдерства и процессов нового огосударствления).

Поэтому и напрашиваются выводы более общего характера.

Отмеченные выше явления в области собственности, особенно власть владельцев контрольных пакетов акций в отношении акционерной собственности, имеющей характер верховной, по весьма существенным моментам совпадает с реальной собственнической властью верхушки чиновничьей партийно-государственной элиты, которая существовала при «победившем социализме» в отношении гигантской государственной собственности, всего «народного достояния»!

Близкие по сути выводы вытекают из нынешнего положения государственной собственности, в которой непосредственно собственнический элемент оказался резко отодвинутым в сторону по сравнению с элементами государственного всевластия. Те же самые предположения вытекают из анализа госаффилированной собственности, где, впрочем, сами механизмы зависимости хозяйствующего субъекта от государства во многом носят скрытый, потаенный характер.

Тем более что общая зависимость всех субъектов собственности от государства (особенно в сфере бизнеса) во все большей мере ужесточается возможностью лишения собственности по тем или иным «законным мотивам» (в том числе по налоговым претензиям). Вследствие чего само право собственности, как в советские времена, все больше трансформируется всего лишь в право владения и пользования, обремененное формальными и неформальными обязательствами перед государством.

Не означает ли это, что в нашей стране в годы перемен произошла в конечном счете всего лишь смена одного варианта авторитарной экономико-политической системы другим, более современным и более изощренным вариантом с сохранением ее сути, олигархической (номенклатурной) природы, основных ее структур и механизмов? С той лишь разницей, что в одном случае всемогущество реальных властителей в области собственности прикрито фасадом «социализма», «всемирным достоянием», «полновластием трудящихся», а в другом (причем при возросшей мощи «вне-» или «над»правовых государственных собственнических правомочий) — «рынком», «демократией», «свободными выборами»?

Действительно, приведенные предположения имеют серьезные основания. Да, всемогущество реальных властителей в области новой огосударственной собственности, пусть и прикрытых «рынком», «демократией», «свободными выборами», выводит на ту же плоскость экономико-социальных отношений, которые были характерны для государственной собственности при коммунистическом режиме.

И главное здесь не только утрата самим ядром собственности его вещиности и основных социальных функций, а отсюда его значения как незаменимого фактора в обеспечении стабильности, ответственности, мотивационной основы хозяйственной деятельности. И не только, как оказалось, способность огосударственной собственности быть в современных условиях в немалой мере совместимой с основными механизмами частнособственнической экономики.

Главное здесь — это сама природа огосударственной собственности. То, что она — *своего рода грандиозный чужеродный монстр, ужившийся в нужных ему пределах с частнособственническим хозяйством и извлекающий из этого симбиоза максимальные выгоды для своего утверждения и развития*. Близкая по ряду черт к всеохватной государственной собственности при коммунистическом режиме, современная огосударственная собственность даже превосходит свой исторический аналог величиной и силой власти в отношении своих объектов. Тем более что эта власть не только государственная (и потому в тех или иных пределах подконтрольная праву), но в отношении прогосударственных имуществ (акционерных обществ) имеет безграничный, бесконтрольный характер, противостоящий действующему правопорядку. Соединенные вместе власть государства и власть собственника имеют при таком симбиозе ни с чем не сравнимую мощь, что и подтверждается фактами практической жизни, относящейся к огосударственной собственности.

А теперь в связи с изложенным — о следующей составляющей в грандиозной машине огосударственной собственности — *о государственных корпорациях*.

4

ГОСУДАРСТВЕННЫЕ КОРПОРАЦИИ — это адекватная форма реализации потенциала огосударственной собственности в практической жизни. Причем такая форма, в которой наличествуют и все более превалируют государственно-властные начала.

В государственных корпорациях неизбежно присутствуют элементы авторитарного режима, государственной властности и государст-

венной политики. Это значит, помимо всего прочего, что они существуют и функционируют не только как коммерческие организации, но и как организации, формируемые государством, возглавляемые назначенным высшими государственными инстанциями (нередко Президентом РФ) лицом и наделенные известной суммой государственно-властных полномочий.

Именно такой характер, надо полагать, приобрели образованные в России в первом десятилетии XX в. мощнейшие корпорации в отраслях судостроения, авиастроения, атомной промышленности, ряде других секторов экономики, объединившие (каждая по своему профилю) целый ряд акционерных обществ, государственных предприятий и учреждений.

Факты экономической жизни дают основания предположить, что подобное формирование государственных корпораций продолжится и в последующее время. Известным подтверждением этому стало образование, по сведениям ряда информационных источников, корпораций на определенный срок (четыре года, иные сроки или на бессрочное время) с весьма внушительными государственными вложениями в целях решения задач экономического и социального развития – совершенствовании нанотехнологии, ЖКХ, задач подготовки к Зимней Олимпиаде 2014 г. и др., а также задач оборонного характера. В то же время не исключено, что будет возрастать через государственные корпорации и государственное управление экономическими процессами в широких масштабах (такое значение, по-видимому, приобретает учреждаемая госкорпорация «Ростехнология») – государственные структуры правительственного уровня.

В связи с этим напрашивается предположение, что госкорпорации могут в развитие или взамен «агентств» и «служб» стать своего рода продолжением министерств, образующих Правительство. И тогда (если приведенное предположение окажется верным) исполнительная власть в области хозяйства приобретет черты, близкие к особенностям «косыгинской» поры, с развитыми властными управленческими структурами, когда, казалось бы, мелкие министерства и комитеты осуществляли свою управленческо-хозяйственную деятельность решая наиболее острые и сложные проблемы хозяйственной жизни.

Весьма примечательно, что формирование государственных корпораций, как правило, сопровождается ссылками на развитие корпоративных отношений. О природе и значении корпоративных начал уже говорилось в части второй книги (главе одиннадцатой). Но при разном отношении к проблемам корпоративности, надо видеть, что они остаются фактом существующей реальности в различных сферах общества.

Наиболее существенный момент здесь — это *утверждающиеся наряду с государственно-властными функциями о с о б ы е н о р м ы и п о р я д к и* под знаком корпоративности. И отсюда — *развитие самого принципа властного верховенства над людьми не только по властно-государственной линии, но и по линии корпоративности*, когда под угрозой утраты персоналом или компаньонами корпоративных льгот и благ (а порой и просто утраты своего рабочего места или «корпоративного товарищества») выводит деятельность всей корпорации на уровень жесткой дисциплины авторитарного типа, касается предельно строго регламентированной внутренней организации работ, безропотной подчиненности начальству в их произвольных немотивированных действиях, безусловной ответственности за неподчиненность и любые промахи в работе.

Официально же существующие юридические нормы и процедуры, относящиеся к общеобязательному общенациональному праву государства (особенно частноправового профиля — гражданскому, трудовому, процессуальному и иному частноправовому законодательству), при таком раскладе сил «перекрываются» нормативной базой корпорации — отодвигаются ею на второй план, просто замалчиваются или интерпретируются с позиций порядков, обычаев и традиций, господствующих в корпорации. Верно отмечается в печати в последнее время, что *«главное правило корпорации — отсутствие единых правил. Ведущий принцип корпоративизма — избирательность, неравенство, дискриминация»*¹ (курсив мой. — С.А.).

Вот и получается, что авторитаризм, по весьма широко распространенным мнениям, будто бы присущий только области политики, *на самом деле может довольно успешно в нарастающих масштабах развиваться и утверждать свое господство также и в экономико-социальных отношениях в том числе, притом в своих ключевых моментах, в отношениях собственности.*

И здесь, как свидетельствуют факты нынешнего времени, возможны своеобразные и тревожные социальные превращения.

На известном уровне такого корпоративно-олигархического развития общества, когда государственные корпорации со своей системой корпоративных норм приобретают доминирующее значение, оно может охватить не только область управления, но и «само» государство.

С этой точки зрения заслуживает внимания высказанный в печати взгляд, в соответствии с которым государство в указанных условиях, со-

¹ Илларионов А.Н. Другая страна // Коммерсантъ. 2006. 23 янв.

храняя атрибутику внешне формально-демократических характеристик, вместе с тем все более, по мере углубления нового огосударствления и начал государственного капитализма, само обретает черты корпорации. Да так, что в итоге перед нами, казалось бы, неожиданно оказывается принципиально новый феномен политико-государственной жизни — **к о р п о р а т и в и с т с к о е г о с у д а р с т в о**¹. Государство при таком развитии событий выполняет сообразно указанным тенденциям определенные экономические задачи уже по жестким канонам государственного капитализма, в соответствии с потребностями политической власти. У нас, в современной российской действительности, — задачи, связанные в немалой степени с мобилизационными целями и адаптированными рыночными отношениями по основным ныне в мире энергоносителям — нефти и газу. А также иным богатствам, базирующимся на природных ресурсах, — металлу, лесу, рыбным ресурсам, питьевой воде и т.д.

Здесь мы, по-видимому, встречаемся с еще одним случаем «ухода» собственности как вещного явления. «Ухода» не в «бумаги» и даже не в «управление» (см. главу девятую), а непосредственно в о в л а с т ь, когда правомочие распоряжения приобретает всеобъемлющий и государственно-императивный характер, способный далеко выходить за пределы отношений собственности.

Многое здесь, понятно, нуждается в углубленном научном анализе, дополнительном обосновании или проработке данной проблематики в ином варианте. Но в принципе в рассматриваемом случае уже наличествуют данные, которые свидетельствуют о реалиях, вызывающих серьезную тревогу.

Это и исторические данные, когда первое в мировой истории фашистское государство Италия в 1920—1930-х гг. (а затем и Испания со второй половины 1930-х гг.) начало утверждаться с развития именно корпоративных отношений и обозначений (когда властная политическая система официально обозначала себя в качестве «корпоративного государства»).

Это и суть корпораций, сама логика возвышения и разрастания государственных корпораций, система которых неизбежно втягивает в себя также и политические отношения, а в конце концов — и «само» государство.

Это и несовместимость политической системы, внешне построенной на либеральных категориях и одновременно с жесткими авторитарными тенденциями на практике, в реальной жизни, — противо-

¹ См.: Илларионов А.Н. Указ. соч. См. также интервью А.Н. Илларионова в «Независимой газете» от 23 января 2006 г., в котором автором отмечено, что одна из основных примет настоящего времени — «появление модели корпоративистского государства».

речие, которое не может не опереться на корпоративные отношения и объединения (корпорации) и которое в конечном итоге, тем более в глобальных масштабах, приводит к своеобразным для всей страны и ее международной жизни изменениям в природе и структуре государства и межгосударственных отношений.

А отсюда – пессимистический взгляд на перспективу начатого после Великой французской революции, казалось бы, неостановимого движения человечества к последовательной демократии, к утверждению ее ценностей и идеалов во всех обществах, достигших современного порога цивилизационного развития.

Ведь до сих пор представлялось и многим представляется ныне, что и впрямь это глобальное движение смогло преодолеть и ужасы дикого, разбойничьего капитализма, и варварский разворот фашизма к националистическим проклятиям мрачного Средневековья, и безумную экспериментальную попытку коммунистов путем разрушения «до основания» собственности и всей существующей экономико-социальной системы дать всем людям некое «всеобщее счастье». «Счастье», которое неизбежно, однако, сопровождалось беспощадным массовым террором и геноцидом, т.е. в принципе, как и ранее, последствиями авторитарного типа, но обращенными вглубь, в недра экономико-социальных структур и непосредственно людской жизни.

И не только потому факты последнего времени вызывают тревогу, что силы прошлого в политической и военных областях обрели новые якоря спасения в виде реакции на безумие терроризма и экстремизма и это стало оправданием для оттеснения ценностей и идеалов демократии мощью авторитарных режимов. Но и потому, и это главное, что развитие собственности в виде акционерных обществ, доверительной собственности и подобных сугубо рыночных реалий, а ныне еще развитие огосударственной собственности и государственных корпораций – по злому року? или неведомым нам законам? – вновь как бы изнутри общества ведет к структурам авторитарного типа.

5

ЧТО ЖЕ ВСЕ-ТАКИ ждет наше человеческое сообщество в связи с идущими ныне процессами в сфере отношений собственности?

Здесь перед нами – весьма тревожные тенденции. Причем такие существенные, не исключено, в перспективе трагические, как новое огосударствление, формирование могущественного массива огосударственной собственности как стержня экономической и социальной

жизни общества, и главное — падение роли собственности в ее вещных, правовых и иных позитивных характеристиках, относящихся к основам цивилизации, самой возможности благополучной судьбы человеческого рода на Земле. И это все чуть ли не одновременно (или синхронно) с нарастающими экономическими бедами, симптомами непримиримых кровавых столкновений заходящих в тупик цивилизаций Запада и Востока, Севера и Юга.

Ведь собственность в ее истинно социальном значении во многом сформировала человеческое общество. Она, и притом благодаря именно своей вещной, правовой природе, стала, как мы видели, не только «источником присвоения», но и предпосылкой стабильности, творческой, созидательной активности, озабоченности и ответственности человека за свое дело, основой одного из наиболее мощных стимулов предельно интенсивной хозяйственной деятельности, направленности доходов на собственные инвестиции, импульсом, толкающим в сфере экономики через всестороннюю инновационную модернизацию и нанотехнологию вперед и вперед. И отсюда — одним из ключевых, начальных и поворотных пунктов не только в жизни человека, но и во всей человеческой истории, — мощным, не имеющим альтернативы и аналога источником силы людей, невиданным в истории и не предсказанным никем вселенским откровением.

И вот, выполнив за многие тысячелетия свою миссию, причем во всем разноплановом объеме своих качеств, достоинств, иных свойств (стало быть, и с проявлениями негативных, противоречивых сторон), собственность уже теперь, в Новое время, поманив людей мощью своей «вещности» и отсюда невиданным расцветом и благополучием, обернулась в немалой степени явлением негативного порядка.

Она, как это ни поразительно, в своем однобоком развитии и новом облике (акционерных обществ, нового огосударствления, прогосударственных образований, государственных корпораций, ряда других феноменов) не только выставила новые «надолбы» на пути прогресса — препятствия неостановимому по своей сути движению человечества к процветанию и последовательной демократии, но и выявила, возможно, наиболее мрачную и тяжелую перспективу своего бытия и будущего. Это, как уже отмечалось, не просто некий уход собственности в бумаги, управление, институты по дележке доходов, а своего рода *уход собственности в политическую власть, растворение ее в последней*. А это, как свидетельствуют факты Истории, влечет разрушение общества, утрату им жизнеспособности, последствия катастрофического порядка.

Здесь обнаруживается и философский аспект проблемы.

Если вещная сторона собственности, как отмечалось на первых страницах книги, напрямую связывает человека с миром вещей — материальной и интеллектуальной основой жизни людей, в их глубоких, не во всем еще понятых, тонких отношениях «человек — вещь», то уже в упомянутых ранее «отходах» от вещной основы собственности (ценные бумаги, доверительная собственность и др.) видятся, пусть и попутные, вторичные, но все же симптомы утраты собственностью ее социального предназначения. Когда же в обществе приобретает главенствующую роль симбиоз собственности и власти, да притом в противоречивых условиях экономической свободы, эгоистических устремлений и рыночного хозяйства, собственность, можно предположить, превращается по большей части всего лишь в социальную форму, содержанием которой становится политическая власть со всеми ее доминантами, страстями, императивами личных интересов.

ГЛАВА СЕМНАДЦАТАЯ СВЕРХЗАДАЧА — ТРИ ЗВЕНА

1

КАК ЖЕ БЫТЬ? Как в соответствии с реальными потребностями жизни и противоречивыми перспективами развития человечества преодолеть или хотя бы в современных условиях сдержать отрицательные стороны экономического и социального развития, связанные с нынешним состоянием собственности, ее организационно-правовыми формами?

Сразу же скажу о том, что главное (а быть может, и единственное) направление, которое может быть названо *сверхзадачей* в решении возникающих в рассматриваемой области проблем, — это такое развитие отношений собственности, при котором была бы достигнута *гармония вещной природы собственности и ее передовых современных организационно-правовых форм* (таких как акционерные общества, фонды, ценные бумаги и т.д.); в том числе *сдержана и строго ограничена жесткими рамками тенденция соединения собственности с политической властью*.

Что ж, трудности тут несказанно велики.

Но другого пути, чем выше отмеченное направление, по-видимому, здесь просто нет. Это путь упорядочения проявлений собственности, относящихся к ее вещной природе, и организационно-правовых форм, которые должны быть введены в цивилизованные рамки, в том числе с соблюдением требований морали, нравственности, использованием духовных начал, и в особенности — развитого права.

Исходное положение по данному комплексу вопросов — это твердое и безоговорочное признание *неотделимости собственности от присущего ей вещного субстрата (объекта)*. Притом независимо от того, в какой организационной форме, каком организационном облике (обличье) находится собственность. И собственник ценной бумаги, и владелец акций, и носитель фондовой облигации и пр. — все они должны непрерывно держать в памяти то обстоятельство, что за всем этим «бумажным» многообразием кроются *вещи* — то ли в виде металлургических комплексов, шахт, рудников и т.д., то ли в виде участков земли, то ли в виде прикрытых многими слоями «бумажных» форм иных уникальных материальных, а также интеллектуальных богатств, духовных ценностей.

И здесь, как и в отношении непосредственно вещей, когда они выступают в натуральном виде, сохраняют свой глубокий смысл слова К.П. Победоносцева, обоснованно отметившего, что в отношениях собственности «право неразрывно связано с вещью и не отстает от нее, переходит вместе с ней, в чьих бы руках, в каком бы положении вещь ни находилась, прикреплено к ней...»¹.

Возможно, было бы оправданно при рассматриваемом подходе разработать и принять ряд мер по обеспечению легитимности прав собственности. И с этой целью еще раз (после тщательного обсуждения данной проблемы при подготовке проекта части первой Гражданского кодекса РФ в начале 1990-х гг.) вернуться к рассмотрению необходимости возрождения категории «*титул собственности*», которая придавала бы факту полного обладания определенными благами не просто законность, а как раз надлежащую *легитимность*. А это не просто сопровождало бы сообразно законодательным критериям и процедурам соответствующие объекты собственности, но и, помимо всего иного, могло при необходимости юридически подкреплять силой правопорядка вещную составляющую данных отношений собственности.

В том числе — и особенно — земли.

Помимо всего иного, такого рода потребность вызвана не только ранее отмеченными фактами огосударствления и рейдерства в сфере земельной собственности, силового попрания права собственности (пусть такое право и состоит в неких бумажных «долях»), но, пожалуй, не менее и тем, что в земельных отношениях в нынешнее время неожиданно утвердилась практика признания права собственности на тот или иной участок земли на основе реального владения участком земли и одной лишь регистрации в учреждениях местной администрации («дачная ам-

¹ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 187.

нистия»). Причем так, что вопреки исконным началам гражданского права во всех случаях решающее значение приобретает сам по себе факт «добросовестности» данного лица — обстоятельство, которое в действительности может иметь юридическое значение только согласно нормам Гражданского кодекса РФ. Понятно, «дачная амнистия» в какой-то мере вносит в отношения собственности известную определенность. Но все же не такую, которая требует право собственности рассматривать как абсолютное вещное право, тем более в условиях, когда центр тяжести во всей системе данных отношений переносится на категорию добросовестного владения, независимо от положений гражданского законодательства.

Добавим сюда и реалии иного порядка, когда во имя амбициозных государственных и международных интересов (как это случилось в России при подготовке Зимней Олимпиады 2014 г. в Сочи) возникла проблема с «упрощенным» изъятием государством земли у граждан с внесением (пусть и на определенный срок) соответствующих поправок в действующее законодательство, означающих по сути дела не только возможность серьезного нарушения в текущее время прав граждан, охватывающих и права гражданина как собственника, но и возможность «прецедентного» продолжения соответствующей практики в будущем. Проблема тем более тревожная, что с осени 2007 г. образована по данной проблематике государственная корпорация с весьма высоким статусом.

Коль скоро высказанные соображения будут в той или иной мере восприняты обществом и государством, хотелось бы надеяться, что здесь с признанием титула собственности, наведением порядка в регистрации земельных угодий и обеспечением их неприкосновенности перед нами окажется ситуация, когда каждый собственник — пусть на уровне устойчивого правосознания — не просто своим внутренним взором увидит маячащие близко или где-то вдали «вещи», но сквозь призму своих правовых знаний и эмоций ощутит свое абсолютное право на них. Словом — то, что и в данном случае он остается вещным собственником, и это при наличии веры в основательность такого убеждения будет способствовать возрождению той стабильности, ответственности, настроя на творческое, созидательное дело и оптимизма, которые могут быть даны только собственностью в ее «вещном» понимании.

2

ТЕПЕРЬ о следующем ключевом моменте в комплексе вопросов об упорядочении отношений собственности — о практических мерах по реализации указанного общего направления, названного сверхзадачей.

И здесь вновь сразу же о главном и в чем-то для читателя, возможно, неожиданным.

По мнению автора этих строк, единственный наиболее надежный и эффективный путь решения практических проблем в создавшейся ситуации в состоянии собственности нынешнего времени (именно нынешнего! сейчас!) — это *интенсивное развитие малого и среднего предпринимательства* — процесса, то и дело иницилируемого в нашей стране, но явно (и намного) запоздавшего, да к тому же с успехом блокируемого существующей бюрократической системой и контролируемыми ею силовыми структурами.

Между тем в практических делах нередко бывает своего рода «золотой ключик» — плодотворный путь к решению многообразных вопросов. Таким «золотым ключиком», в том числе и в сфере собственности, и является развитие в практической хозяйственной жизни малого и среднего предпринимательства.

Вовсе не случайно об этом в книге применительно к ряду вопросов уже говорилось несколько раз (в частности в главе девятой). Теперь же пришло время сказать о данном направлении хозяйствования под углом зрения места и роли собственности в нашей жизни в нынешнее время.

Суть вопроса в том, что, по всем данным, только процессы, в основе которых энергия и импульсы, идущие от малого и среднего бизнеса, способны обеспечить тот баланс между «вещной» собственностью и современными формами ее модификации, который только и может стать основой современной модернизации общества, его развития по пути передовой экономики, демократии и права — перехода к нанотехнологии, к интеллектуально-информационному хозяйству.

Подобные энергия и импульсы потому неизбежно коренятся в рассматриваемой сфере хозяйствования (а затем способны распространяться на другие области экономики), что малое и среднее предпринимательство по самой своей природе *не может* (за очень небольшими исключениями) *обойтись без вещей*. Причем и в самом строгом, натуральном значении (станки, силовые установки, агрегаты энергоснабжения и т.д.), и в значении передовых овеществленных объектов современных техники и технологии. Как показывает мировой опыт, без малого и среднего бизнеса, охватывающего не менее 40–50% промышленного производства и сферы услуг, мощное развитие и модернизация всего народного хозяйства невозможны в принципе.

Более того. Есть весомые основания утверждать, что в экономически развитых странах именно малое и среднее предпринимательство становится *совокупным носителем «вещности» собственности*. Именно потому,

что крупный бизнес неизбежно «уходит в бумаги» (акции, облигации, иные ценные бумаги, их оборот, банковские операции и пр.), существует острая необходимость, чтобы в данной национальной экономике активно функционировал малый и средний бизнес – динамичный слой экономической жизни, который напрямую базируется на вещной основе собственности и активно влияет на все сектора экономики страны.

Особо важным, в чем-то и незаменимым малый и средний бизнес оказывается в области сельского хозяйства. В той сфере экономики, где фермерское, подворное хозяйство, зачастую строящееся на семейной основе, вытекает из самой органики производства, основой которого является земля.

Отсюда следует, что малое и среднее предпринимательство требует в этой сфере повышенного внимания. И не только потому, что, не обрета эффективной продуктивности в области продовольствия и сельскохозяйственного сырья, страна обречена навсегда остаться в мировом хозяйстве пасынком и подсобным рыночным полигоном держав-монстров, но и потому еще (а возможно, прежде всего потому), что *именно в сельскохозяйственном производстве, причем как раз преимущественно в сфере малого и среднего бизнеса, вырабатываются стойкие качества хозяина-производителя, собственника-предпринимателя.* Вовсе не случайно все высокоразвитые промышленные государства постоянно финансируют «свое» даже убыточное сельскохозяйственное производство, фермерство.

И действительно, всегда, во все века именно земля делала из человека труженика-хозяина. Опыт ряда стран (таких как Дания) показал, что как только после решительных шагов законодательной и исполнительной властей сельский производитель становится реальным собственником земли, сразу же в короткие сроки, за два-три года, происходит мощный позитивный скачок во всем народном хозяйстве. Оказывается, что сельское хозяйство, построенное на частной собственности на землю, малом и среднем бизнесе, неизбежно «вытягивает» за собой на высокий уровень все основные отрасли промышленности и науки – сначала обрабатывающие отрасли, потом машиностроительные и т.д., по всей цепочке экономических процессов и научно-го осмысления их, использования передовых техники и технологии.

Что же касается нашей страны, России, то принципиально существует, чтобы малый и средний бизнес, особенно в сельском хозяйстве и примыкающих к нему обрабатывающих отраслях, развился на основе потенциала частной собственности *«мощным рывком»* – как *концентрированная кампания*, и за короткое время охватил значительную

часть всей производимой в стране товарной продукции и оказываемых услуг (тем более что начатые еще в 1988—1989 гг. преобразования собственности, в том числе и через механизм аренды, как раз и выходили на малый и средний бизнес). По данному кругу вопросов нужна особая программа преимуществ, льгот, субсидий и пр.

3

НАКОНЕЦ, ЕЩЕ ОДНО ЗВЕНО из тех, которые относятся к сверхзадаче по упорядочению собственности. Это — повышенное внимание к *правовой составляющей* собственности. Собственности, которая в условиях надлежащего правопорядка не может существовать и функционировать иначе как *п р а в о с о б с т в е н н о с т и* (глава третья).

Это значит, что собственность по самой своей сути предполагает необходимость ее развернутого строгого юридического закрепления, в ряде случаев углубленной и уточненной правовой регламентации складывающихся на ее основе многообразных отношений.

Наиболее существенное значение в правовой регламентации собственности с начала XVIII в. принадлежит гражданскому кодексу.

Как справедливо пишут У. Маттеи и Е.А. Суханов, «назначение кодекса... состоит в том, чтобы организовать правовую мысль и проследить основополагающие принципы права собственности». И дальше: «...кодекс, как и фундаментальную структуру общего права, можно рассматривать как критическое усилие, направленное на установление беспристрастного и нейтрально окрашенного механизма»¹. Причем, надо добавить, механизма такого, как говорилось ранее (глава девятая), который позволяет не только дать наиболее полное, развернутое и системное регулирование отношений собственности, но и на основе аналитических разработок нормативно возвысить такое регулирование до уровня высокочастотных нормативных обобщений, что и позволяет организовать правовую мысль и утвердить основополагающие принципы собственности. И что как раз для юридического опосредствования функций собственности, ее качеств имеет первостепенное значение (в том числе для конституирования исходных и коренных юридических качеств, таких как «абсолютность», «исключительные права» и др.).

Выдающуюся роль здесь, как мы видели, сыграл прежде всего Гражданский кодекс Франции (1804 г.), а вслед за ним, уже в начавшуюся эпоху кодексов, Германское гражданское уложение (1896—1900 гг.), Граждан-

¹ Маттеи У., Суханов Е. Указ. соч. С. 61.

ский кодекс Швейцарии (1907 г.). В нынешнюю пору такое же значение приобрел и Гражданский кодекс Российской Федерации (1994–2007 гг.)¹.

Вместе с тем экономическая и социальная жизнь требует того, чтобы в надлежащей правовой, при необходимости законодательной форме реализовались и меры по дальнейшему развитию собственности, в том числе по преодолению возникших препятствий, тревожных симптомов и особенностей в ее развитии.

Тем более что метаморфозы последних столетий в области собственности, приведшие к утрате собственностью вещной природы (в том числе перелив собственности в ценные бумаги, в акционерных обществах — даже в организационные и управленческие отношения), — явление не фатальное, еще не катастрофическое само по себе. Оно не только предполагает, но и требует известных организационных и право-

¹ В связи с этим главное в данном месте — это понимание принципиальных черт гражданского законодательства, гражданского кодекса.

Одна из них, весьма принципиального порядка, такова.

Ни Гражданский кодекс РФ, ни гражданское законодательство в целом, в принципе, по определению, не предназначены для каких-либо директив, за исключением, надо полагать, декларирования основных начал, самого «духа» гражданского общества, без реализации которых становление и функционирование гражданского общества просто невозможно. Суть и предназначение основного массива норм Гражданского кодекса РФ в другом. В том, чтобы *сосредоточить, отработать и ввести в стройную систему максимально широкий комплекс «правил игры» диспозитивного порядка — типовых схем, юридических конструкций (моделей), способных в разных условиях с наибольшим эффектом решать определенный круг экономических, социальных и иных задач*. Словом, вооружить субъектов гражданского оборота *широким, надежным, эффективным инструментарием*, в том числе по собственническому отношению. А использовать или нет такого рода инструментарий, а если использовать, то какой, в каком сочетании и в каких вариациях, — это дело самих субъектов права.

Так что в идеале в Кодексе должен быть полный набор конструкций, обеспечивающих в различных вариациях и сочетаниях права по владению, пользованию и распоряжению имуществом, который может понадобиться на практике, в экономической, хозяйственной деятельности. И собственность в различных видах, и институты, приближенные к собственности, и формы разнообразного пользования имуществом, и формы доступа к чужому имуществу и т.д. То есть весь диапазон возможных имущественных прав, которые могут быть использованы на практике.

Но большинство из этих форм и институтов, надо подчеркнуть еще раз, *не директивы*. Они не действуют сами по себе. Они лишь могут быть при наличии соответствующей потребности и использованы самими субъектами хозяйственной деятельности по их собственной свободной воле и в собственных интересах.

И когда, например, исходя из приверженности автора к одному из вариантов рыночных реформ, ставится цель какой-то институт или форму «исключить» из Кодекса, то это объективно ведет к ограничению тех возможностей в законе, которыми могут воспользоваться (или не воспользоваться) те или иные участники хозяйственных отношений. Политическая подоплека подобных стремлений, подчас нацеленных на господство властно-диктаторских начал в экономике или доминирование какой-то одной схемы развития товарно-рыночных отношений, вполне очевидна.

вых мер, которые, снижая негативный потенциал собственнических отношений, вернули бы — с опорой на вещную природу собственности (о чем говорилось в предшествующем пункте) — *ее социальное значение великого стабилизатора, ответственности и стимула в производстве, в прогрессивном развитии человечества.*

Наряду с необходимостью энергичного развития малого и среднего предпринимательства и обеспечения легитимности прав собственника назрела в современных условиях потребность незамедлительно совершенствования, а по ряду пунктов — *коренного изменения законодательства об акционерных обществах.* С тем прежде всего, чтобы эти общества функционировали по своему исконному предназначению — концентрации капиталов и усилий на крупных и новаторских проектах. Нужно предусмотреть, чтобы владелец контрольного пакета акций фактически не становился безраздельным владельцем всего имущества общества, чтобы акции приобрели для всех акционеров известное «вещное» значение (в частности, путем введения императивной нормы, в соответствии с которой изменение вещного субстрата собственности акционерного общества, в том числе обращение доходов общества в капитальные вложения, подлежит обязательному утверждению на общем собрании акционеров), и исключить саму возможность по воле одного акционера ликвидировать общество или блокировать его работу, поскольку это имеет, как правило, политическую или корыстную, «конкурентную» подоплеку, а тем более действий, направленных на рейдерский захват или передел собственности.

В вопросах дальнейшего развития содержания современного гражданского законодательства, охватывающего отношения собственности, есть еще один момент который требует специального внимания. Это то обстоятельство, что именно на основе гражданского права в его единстве с правами человека (а такое «единство» нашло прямое закрепление в ст. 1 Гражданского кодекса РФ) получают истинную реализацию глубокие социальные начала жизни людей в постиндустриальную, последовательно демократическую эпоху развития человечества.

Эти глубокие социальные начала получили идеологическое и семантическое выражение в широко распространенных ныне формулах: «социальное государство», второе «поколение» прав человека и т.д. Но непрерывно сопровождающее нас, людей, противоречие слов и реальной жизни заключается в том, что, как только эти чудесные формулы начинают воплощаться в жизнь, так они тотчас же, чуть ли не мгновенно, оборачиваются своей противоположностью — крупными бедами для людей. Таки-

ми как вмешательство власти в личную жизнь, всесилие чиновничества, унижение человека милостями, иждивенческие нравы, коррупция и т.п.

Отчетливое и вместе с тем жуткое подтверждение тому — коммунистический строй России, ряда других европейских и азиатских социалистических стран, в которых замечательные принципы и декларируемые порядки, выраженные в лозунгах о «правах трудящихся», «власти трудового народа» и др., за очень короткое время повсеместно и неумолимо вырождались в чудовищные тоталитарные режимы. Феномен власти с его коварством, подчинением души человека беспощадному диктату, страстям и соблазнам власти и идеологических догм, не оставляет здесь, кроме иллюзий и крох крепостнических благ, никаких иных вариантов.

Для того чтобы в жизни утвердились глубокие социальные начала, смягчающие крайности индивидуализма и эгоизма свободного общества и уравнивающие последние общественными благами, необходимо не терминологическое «переодевание» существующих порядков, подача их как неких «корпоративных отношений», а по крайней мере, во-первых, строгое, отвечающее строю жизни свободного общества концептуальное выражение социальных начал и, во-вторых, определение той правовой основы, на почве которой они только и могут фактически реализоваться.

И то и другое, к гордости нашей науки, и было, на мой взгляд, с необходимой убедительностью сделано правоведами-цивиристами в самый канун большевистского переворота октября 1917 г., соблазнившего людей перспективой скорого и всеобщего счастья. В трудах И.А. Покровского, других крупных российских правоведов, работавших потом уже в советское время, глубокие социальные начала нашли концептуальное выражение не в философии нового якобы высшего чудодейственного «социального строя» — коммунизма, а в идее *социальной солидарности*.

Правовой же основой претворения в жизнь идеи социальной солидарности, по разработкам российских правоведов, призвано стать — и уже в той или иной мере стало или становится в демократически развитых странах — *современное гражданское законодательство*, основанное на *гражданском, частном праве*. Ибо только «почва» гражданского, частного права позволяет в многообразных гражданско-правовых институтах (собственности, наследования, договоров и др.) утвердить социальные ценности, *не ущемляющие свободу человека, его неотъемлемые права* и, стало быть, сохраняющие ценности современного правового сознания, культуры собственности в ее единстве с правами человека, а значит, дающие простор для активности, творчества и персональной ответственности личности.

СТАТЬИ

ДЕМОН ВЛАСТИ И КУЛЬТУРА ПРАВА

1997

I

ОДНА из очевидных, бьющих в глаза примет нынешнего времени — широкая, прямо-таки всеобщая политизация нашего народа, всех слоев населения. Самое волнующее зрелище для многих — трансляции с очередного заседания сессии Советов, и телезритель порой выбирает не между программами, а между транслируемыми параллельно заседаниями Советов разных уровней. Любой разговор в кругу друзей, в застольях неизбежно скатывается к политике: «он сказал...», «нет, он сказал...», «да нет же, он не прав...». Санкционированные и несанкционированные митинги, стихийные демонстрации, поток разоблачительных публикаций... Все всё знают: кто на какой пост будет назначен и что очередной правительственный план опять провалится и тому подобное.

Так это же замечательно! После ужасов тоталитаризма, беспощадных гонений за инакомыслие и инакословие вот она — свобода во всем своем неприкрытом многоцветье. И грезится даже, что пророчество начала революции о том, что править государством будет «всякая кухарка», в наши дни становится явью.

Но — стоп! Почему бы это происходит такое: вот по заводу пронесся слух, что будет прямое включение с сессии, и народ потянулся из курилки в красный уголок? Почему на дневном митинге так много здоровых мужичков и женщин с нерастраченной энергией? Конечно, каждодневная монотонная производственная работа и иссушающая учеба куда труднее. Но ведь там — нудная повседневищина, а тут что-то крупное и важное. Есть личная причастность к этому крупному и важному. Так что и по данному пункту все вроде бы в духе времени. И, быть может, по моему разумению, в нынешнюю пору начавшегося разворота демократии не стоило бы концентрировать внимание на этой стороне дела, если бы...

Если бы широкая политизация, сделав центром жизни политику, не включила в нашу жизнь сложный и противоречивый общественный феномен — власть, ее магию и коварство.

Действительно, без вопросов власти, ее построения и ее силы, наверное, ни одну жизненную проблему не решить. Буквально все —

аренда, фермерство, порядок проведения митингов, образование самодельных организаций, многое-многое другое натывается на аппарат, на должностных лиц, их решения, номенклатуру, привилегии. И потому любая проблема проецируется на власть, а в конечном итоге выливается в борьбу за власть.

Но нужно держать в поле зрения и другое. Могу с полной определенностью сказать: нет, не было и не будет никогда явления в обществе одновременно столь желанного и сильного, многообещающего и притягательного, обманчивого и коварного, как власть.

Цепко и жестко впивается власть в своих носителей, делая их своими заложниками, а то и просто безропотными рабами. Сейчас широкое хождение имеет формула: «Власть развращает, абсолютная власть развращает абсолютно». Да, развращает. И абсолютно. Но если бы только это! Власть коверкает человека, систему его ценностей, его духовный мир. Наверное, каждый замечал: попал человек в «зону власти», стал ее обладателем, и порой будто бы его подменили: и походка степенная, и жесты округлые, и речь величавая. Это снаружи. А внутри нередко происходят перемены более страшные: непреодолимое влечение к власти, готовность во имя нее пуститься во все тяжкие, животный страх от одной лишь возможности ее утраты, а при утрате — предельная мобилизация всех сил для возврата потерянного под любыми лозунгами.

Демон? Да, демон. Демон власти. В особенности как раз власти политической, государственной, где и возможность повелевать, и слава, и земные блага сливаются в нечто единое, манящее и зовущее.

Вот и получается, что нередко разворачивается борьба за власть не потому, а точнее — не только или не столько потому, что с этим связана возможность самому решать острейшие жизненные проблемы, возможность активного политического действия, сколько потому, что привлекает власть как таковая. Понятно, никто об этом прямо не говорит, лозунги — красивые, планы — привлекательные, да и жизненные проблемы «имеются в виду» (и есть искренняя нацеленность на их решение); но взглядишься внимательно в ту или иную ситуацию, связанную с борьбой за власть, и видишь: тут жестко и неумолимо заработал Демон власти.

Говорю об этом не в упрек кому-либо: вовсе увернуться от Демона власти, кажется, не удастся никому. И даже не для того, чтобы на практике попытаться отделить корыстного властолюбца от бессребреника, отделить необходимые, оправданные акции по борьбе за власть во имя гражданских интересов от иных мотивов, когда некто просто борется за власть и наслаждается властью, — часто все это перемеша-

но, в разных, разумеется, пропорциях. Главное, что я хотел сказать, может быть выражено в двух словах: **будем бдительны!**

Слова эти следует прежде всего взять на заметку людям, ставшим обладателями власти. Да, есть гражданские подвижники, нравственно чистые, бескорыстные люди, которые всецело, без остатка отдают себя заботе об общественном благе, на какой бы высокий пост ни вынесла их судьба. Но мне все же сдается, что у каждого из них есть, непременно должен быть внутренний «сторож», который беспрестанно предупреждает о коварных соблазнах Демона власти и дает строгие приказы: «обойдись без этого», «не смей!», «остановись» и пр. (если, конечно, все это не показуха, не игра на публику). Кто знает, быть может, возвращению такого «сторожа», в его четкой, не подлежащей корректировке настройке, и состоит центральный пункт гражданско-го совершенствования людей, их самовоспитания.

Главный адресат призыва — быть бдительным — все общество. Какие бы великолепные руководители ни были бы в настоящее время у руля власти и как бы достойно они ни осуществляли свои высокие полномочия, общество во всех мыслимо возможных поворотах и ситуациях должно быть надежно застраховано от демонических сторон власти, в том числе от непомерной ее концентрации в чьих-либо руках, ее узурпации. В чем должна состоять такого рода страховка — разговор дальше. Сейчас же важно констатировать необходимость такого отработанного построения государства, всех его структур, связей и отношений, при котором были бы наглухо задраены все шлюзы, через которые Демон власти мог бы вырваться на простор политико-государственной жизни, коверкая судьбы людей и общества.

Наверное, и всем нам нужно «держат в уме» коварную силу Демона власти, силу его неодолимого влияния на людей — и обладающих властью, и не обладающих ею, но причастных к судьбе страны. На мой взгляд, в том всеобщем, нарастающем процессе политизации, который охватил страну, произошел едва заметный, но очень тревожный «сдвиг» в массовом политическом сознании — сдвиг внимания на личностные отношения, на «персоны». Причем процесс этот (тут, по-видимому, тоже нашептал Демон власти) сопровождается появлением новых, очень жестких стереотипов. Все больше сосредоточиваются наши мысли на том, «кто» у власти, «кто» идет или метит на смену; на том, чтобы никто не пришел к власти из «аппарата», и т.д.

И это (пусть на данный момент и в данной обстановке — важное) все же отвлекает нас от главного в политической жизни, от того позитивного, что может дать политизация народа: от постижения и усвое-

ния каждым гражданственности и нравственности власти, ее ответственности, от понимания первостепенной важности преобразования ее основы — демократизации экономики, утверждения рыночного хозяйства вместо централизованно-бюрократического.

II

ЧЕЛОВЕЧЕСКАЯ цивилизация методом проб и трагических ошибок, но в не меньшей мере и духовными свершениями великих гуманистов все-таки вышла на то решающее, что способно обуздать, загнать в угол Демона власти. Это — **правовое государство**.

Не будем, однако, обольщаться. Сейчас в нашей стране провозглашена только общая формула. И сделаны первые шаги, пожалуй, даже шажочки по наполнению ее реальным содержанием.

Между тем утверждение в жизни действительного правового государства — явление настолько значительное и кардинальное, что оно после многолетия тоталитарного режима представляет собой лишь результат и выражение, пожалуй, самой глубокой ломки и преобразования всего комплекса сложившихся общественных отношений, охватывающих основные сферы жизни общества, чем все те, что совершались или даже только намечались в нашей стране в прежние годы.

Четыре элемента такой поистине революционной ломки и далеко идущих преобразований, по моему убеждению, являются ключевыми.

Первое. Это действительная суверенность светского государства внутри страны, т.е. полная концентрация именно в светском государстве всех без исключений императивно-государственных, властных функций и полномочий, ибо из общественных образований лишь незаидеологизированное государство по своему строению может быть в полной мере подвластно закону, праву, и его исключительная суверенность устраняет саму возможность незаконной и внесудебной деятельности. Обо всем этом приходится особо говорить потому, что у нас в виде некоего достижения политической мысли и действительности в последние десятилетия утверждалось понятие «политическая система», будто бы оправдывающее допустимость властвования через все ее «звенья», в том числе через партию, общественные образования.

Между тем давно бы стоило обратить внимание на то внешне парадоксальное явление, что основная линия становления и функционирования жестокой тоталитарной диктатуры в нашей стране шла не через органы Советской власти, а в основном через негосударственные, преимущественно партийные структуры, прямо не подпадающие

под эгиду закона и правосудия, но зато непосредственно и абсолютно контролирующую систему административно, а также с помощью карательно-репрессивных учреждений. Кстати, быть может, самое существенное, обуславливающее смысл образования президентства в СССР — это реальная передача всей политической власти, имеющей государственное значение, в ее верхнем эшелоне от партийных структур к «самому» государству.

Второе. Это резкое понижение «уровня», «объема», «величины» императивной власти во всем обществе на основе развития саморегулирующихся систем и механизмов. Здесь — проблема в высшей степени важности, по большей части упускаемая из поля зрения. Если уровень императивной власти в обществе непомерно высок и власть имеет черты тоталитарной, то, как ни переставляй посты и должности, как ни заменяй «аппаратчиков» на «радикалов», в конечном счете ничего не изменится: пройдет год-другой, и в «обновленном» (переименованном, перелицованном) виде все вернется на круги своя. А главное — такая непомерно могучая, тоталитарная власть — сила, которая в принципе не может быть подвластна закону, праву.

Что тут требуется? Демократизация? Да, демократизация, но такая, которая прежде всего устраняет самую основу тоталитарного режима, базис административно-командной системы — предельно огосударственное монопольное бюрократическое хозяйство — и на основе демократизации народного хозяйства заменяет ее саморегулирующейся рыночной экономикой. Именно это и ничто другое способно резко понизить «общий объем» императивной власти в обществе до того уровня, когда власть уже может попасть под эгиду закона, права. До той же поры и демократизация в политической сфере, и прямой демонтаж административно-командной системы не дадут — да и не могут дать — ожидаемых результатов. Более того, эффект может быть обратным, деструктивным: ведь не преобразованное на рыночной основе народное хозяйство объективно все же требует высокого уровня планово-императивной регуляции, и всякого рода чисто надстроечные новации оборачиваются либо разрушительными последствиями, либо возрождением в замаскированной, уродливой форме административных механизмов (увы, и то, и другое мы в последние годы как раз и испытали сполна).

И добавлю еще. Нет, переход к рынку — это не только решительный поворот к эффективному хозяйству и экономическому благосостоянию, когда будет «накормлен народ», исчезнет наше «нищенское состояние» (ох, и поднаторели мы в последние годы в самоуничтожительных, прямо-таки мазохистских словесах и выражениях; может, не-

спроста это?). Самое существенное, быть может, — это то, что подобным путем утверждается демократия в первооснове жизни общества, в экономике, тем самым уничтожая всю административную систему. Ибо само по себе товарно-рыночное производство — последовательно демократический институт, где зарождаются истоки свободы и равных возможностей, институт, который по самой своей природе не приемлет бюрократического, централизованно-командного регулирования, а требует свободы. Точнее — свободы и гражданского права — правовой сферы, отрасли — носительницы цивилизации, построенной на автономии субъектов и решающем значении их собственной воли в конструировании и реализации правовых отношений.

Третье. Это реальное разделение властей. И не просто дробление власти (хотя и это важно, с тем чтобы она физически не могла бы стать одной всесокрушающей громадой), а уравнивание «властей» — законодательной, исполнительной, судебной, со взаимными сдержками, противовесами.

Реализация этого, на мой взгляд, признанного разумом и историей великого достижения цивилизации даже ныне, после некоторых реальных шагов в сторону разделения властей, идет как-то вяло, неохотно, с недомолвками. И давайте начистоту: происходит это потому, что над нами довлеет идеологический комплекс, возведенный в абсолют догма-лозунг «вся власть Советам». Верный и эффективный при решении в свое время конкретных революционных задач, он едва ли может претендовать на статус теоретического принципа, определяющего построение государственной власти. Сверх того, при прямолинейном и тем более неадекватном его понимании он может служить даже неким обоснованием абсолютизма, сверхмерной централизации власти! Добавим сюда еще и то, что принцип этот соединяет в одних руках и законодательную деятельность, и управление, и правосудие.

Увы, — да, увы, указанное положение получило и конституционное закрепление. По действующей Конституции Съезд народных депутатов СССР может принять к своему рассмотрению «любой вопрос». Любой? И специальный управленческий? И решение судебного дела? В среде народных депутатов нередко не без влияния упомянутых идеологических и законодательных положений витает настрой: «Мы можем все и вся». Изменить Конституцию? Хоть сейчас, лишь бы набрать $\frac{2}{3}$ голосов. Определить инвестиционную политику в машиностроении? Почему бы и нет. Установить вину проштрафившихся лиц? Не исключено и это. Местный Совет принимает «не те» решения? Имеем право сами подправить. (Наблюдая за всей этой

эйфорией всемогущества, ощущаешь с тревогой: и сюда шаг за шагом подкрадывается недремлющий Демон власти.)

Так что тут нужна корректировка нашего законодательства, Конституции, и еще в большей мере — преодоление своего рода идеологии — «могу все». Она с точки зрения принципов разделения властей недопустима ни в отношении президентской власти, ни в отношении власти законодательной. Иначе идея разделения властей неосуществима, в нашей стране ей не бывать.

Да и к тому же самое разделение властей требует надлежащего государственно-правового построения, причем, надо полагать, — специфического на каждой ступеньке лестницы государственной власти. Точнее: государственной в строгом смысле и муниципальной. Если в верхних эшелонах государственной пирамиды необходимо чуть ли не выверенное на аптекарских весах уравнивание «трех властей» — законодательной, исполнительной, судебной, то оправдан ли такой расклад на областном, городском, районном, поселковом и т.д. уровнях? Или же начало президентства, придающее крепость и дееспособность всему государственному механизму, в какой-то степени и форме должно распространяться на другие ступеньки государственной лестницы?

В нынешние дни «феномен парламента» со всеми его причудливыми аксессуарами — величавыми обращениями депутатов — «уважаемый Съезд...», очередями у микрофонов, сериями поправок к любому документу, групповыми выходами из зала заседания и пр., и пр. — оказался тиражированным на всех уровнях, вплоть до городских, районных, поселковых Советов. Что-то не вяжется это со здравым смыслом, мировой политической практикой, культурой муниципальной жизни, когда в странах с самыми давними и отработанными демократическими традициями на местах есть избираемый населением мэр и мэрия с муниципальными советниками, оперативно решающие быстротекущие вопросы местного жития... А ведь есть городские Советы, где месяц за месяцем продолжают заседать на своих, кажется, нескончаемых сессиях.

Четвертое. Это безоговорочное и полное господство в обществе права, его начал, ценностей и идеалов.

Было бы очень грустно, если бы даже в рассматриваемом отношении мы само существование правового государства связывали с одним лишь твердым подчинением государства закону, даже и в том случае, если бы были приняты надежные меры по обеспечению его беспроblemности, демократичности, конституционности.

Правовое государство фактически утверждается в обществе тогда, когда право, вбирающее в себя основополагающие ценности гуманиз-

ма и морали, становится центром жизни общества и возникает, если угодно, культ права. Право в этом качестве является форпостом Свободы, противостоящим произволу, необузданной стихии, прямой силе.

И вот тут, с сугубо юридической стороны, представляется принципиально важным выделить наряду с Законом (который, конечно же, остается неизменной основой правового государства) особую категорию — **культуру права**.

III

ОБЫЧНО понятия «право» и «закон» в наших представлениях приближены друг к другу: действительно, право обретает свою «юридическую жизнь» через закон, другие официальные юридические документы, поддерживаемые государством. И, казалось бы, какая разница: связываем ли мы правовое государство с «правом» или же (что бывает чаще) с «законом». Тем более что для власти, ее демонических свойств основной барьер и упорядочивающий фактор — закон, твердый, демократический, точный, с должными мерами ответственности.

Вместе с тем если подходить к праву с широких гуманистических позиций и видеть в нем институт цивилизации, то оно предстает в виде более богатого социального феномена. И тогда-то (с тем, чтобы обозначить уровень социального богатства, содержащегося в праве) оказывается необходимым использовать понятие культуры права. Нет, это не то, что мы по большей части разумеем под «правовой культурой», т.е. состоянием правосознания, понимания и исполнения людьми юридических норм. Тут, при совпадении слов, нечто другое. Речь идет о том, каково оно, само право: сводится ли оно к сумме официальных общеобязательных норм или же оно насыщено достижениями цивилизации, общемировыми ценностями, глубокими общечеловеческими началами.

О действительном правовом государстве можно говорить лишь тогда, когда в обществе существует высокая культура права. Лишь тогда Демон власти может быть не только «повязан», «обуздан» и «блокирован» юридическими ограничениями, запретами, санкциями, но и — что самое главное — вытеснен или даже повержен теми великими ценностями, которые несет всякая высокая культура, тем более — Культура права, — отлаженными цивилизованными человеческими взаимоотношениями, выверенной справедливостью, балансом интересов и согласия, признанием юридических реалий, неприятием насилия и одностороннего диктата.

Вот несколько штрихов из того богатства, которое входит в культуру права.

Скажем, святость Конституции. Это не просто юридическая характеристика Конституции как Основного Закона, имеющего верховенство над всеми другими юридическими актами. Высокая культура права в обществе немислима без признания того, что Конституция – святыня, сердце общественно-политической и даже нравственной жизни. Нам не очень повезло с Конституциями, которые во многом (особенно – Конституции 1918, 1924, 1936 годов) были политическими декларативными документами. Но ведь это ни в коей мере не может служить основанием для пренебрежительного отношения к действующей Конституции, изначально, вопреки брежневским нравам, имеющей немалые позитивные элементы (ст. 4, 9, 58, 160). И дело не только в этом – в том, что действующая Конституция, в особенности после внесения в нее дополнений и существенных коррективов, может служить добротной основой и критерием идущих демократических преобразований, но главным образом в том, что в любых условиях в принципе не должен умаляться ее высокогражданственный статус. И напротив, должно всемерно поддерживаться высокогражданственное отношение к ней, почитание ее как национальной святыни, без которой невозможен в принципе устойчивый и надежный правовой порядок в обществе. Быть может, поэтому оправданна назревшая необходимость как можно более скорого принятия новой Конституции, когда бы все возможные сомнения и с эмоциональной стороны были бы сняты.

Существенный элемент культуры права, утвердившийся в мировом сообществе людей в послевоенные годы, причем как реакция на бесчеловечность тоталитарных режимов, – права человека. Пусть в нашем законодательстве почти нет ссылок на эту категорию, пусть тут есть какие-то шероховатости в ее корректности с утонченных философских позиций (как в свое время считал и автор этих строк), несомненно одно: современная культура права немислима без признания непосредственного юридического значения прав человека. Разговор об этом – особый. Скажу лишь, что, на мой взгляд, принятые в нашем законодательстве формулировки «право гражданина», «право личности» должны интерпретироваться именно как право человека (и это, помимо прочего, предполагает использование при их применении соответствующих международно-правовых документов).

И еще один момент, относящийся к культуре права.

В последнее время мы, собравшись на тот или иной форум, как-то легко и быстро стали принимать решения на разных уровнях с одной лишь ссылкой на «волю избирателей», «национальные интересы», зачастую не считаясь с действующими юридическими нормами. Что ж,

действующие нормы порой и впрямь являются устаревшими, не отвечающими требованиям нынешнего времени.

Но все же? Во-первых, тут извечная проблема законности и целесообразности: отбрасывая действующие нормы под любым, самым высоким предлогом, мы вплотную подходим к краю жуткой бездны беззакония, допустимости попрания закона и права, под благовидным предлогом, а значит — допустимости произвола, когда Демон власти в любом обличье — демократическом, национальном и т.д. — ввергнет народ, нацию в состояние хаоса (есть законные способы, наряду с правотворчеством, преодоления устарелости законоположения, в том числе через суд, судебную практику).

А во-вторых, и это как раз относится к культуре права, мировая правовая цивилизация выработала ряд основополагающих начал, считаться с которыми нужно в любых случаях, как бы ни были высоки мотивы предполагаемых решений и как бы мы ни считали устаревшими, не обязательными для себя действующие юридические нормы.

Вот пример — драматический, непростой.

Ни тени сомнения — следует в полной мере считаться с правами и чувствами народов Прибалтики, погранных сталинской диктатурой в начале 40-х годов. И дело не столько в секретных протоколах пакта Молотова — Риббентропа. И даже не в таких очевидных фактах, как ввод войск в суверенные страны, а затем их присоединение к СССР (пусть тут есть и неоспоренные, формально правомерные акты, да и сама ситуация перекрыта Второй мировой войной, Потсдамским и Хельсинкским соглашениями). Дело в неотъемлемых правах человека, наций, народов, которые полвека тому назад были грубо нарушены.

Но при всем при том существуют также и основополагающие начала культуры права, с которыми — если в свою очередь не становиться на путь произвола и одностороннего диктата — нужно, хочешь не хочешь, считаться.

Что тут имеется в виду? Например, существуют так называемые юридические реалии, т.е. фактически сложившиеся правовые состояния — родства, семейных отношений, собственности и др. Легитимизирующим их основанием является не только закон, не только договор — таковых может и не быть, но и существующее, признанное субъектами, внедрившееся в жизнь положение дел, с которым субъекты уже сообразовали свои интересы, — то, что, скажем, называется гражданским браком, признанием отцовства, приобретательской давностью. Мне думается, такой принцип, прямо выражающий развитую культуру права, распространяется на сложные, порой драматические ситуа-

ции, возникающие в сфере федеративных отношений, внутрисоюзных и внутриреспубликанских конфликтов, когда без учета указанного начала совершенно невозможно решить вопросы о принадлежности территории, нахождении в федерации и т.д. Его же, указанное общеправовое начало, и следует принимать во внимание при решении непростых вопросов, относящихся к ситуации в Прибалтике. Тем более что все ответственные лица, выносившие на соответствующих форумах решения, да и сами эти форумы получили свой статус и полномочия на основе и в контексте сложившихся юридических реальностей.

Можно ли изменить подобную юридическую реальность? Да, можно. Но тут опять-таки должно быть полное согласие с другим началом общемировой культуры права. Недопустимы односторонние действия, нарушающие сложившееся юридическое положение, которые бы в одночасье разрушили фактические отношения, «притершиеся» к ним интересы. Причем, скажу еще раз, — независимо от того, какими бы высокими соображениями демократического или национального порядка ни обосновывались такого рода односторонние действия. Тут для изменения юридической реальности допустимо либо принятие компетентным органом конституционно обоснованного законодательного акта (с предусмотренными им механизмами урегулирования сложных случаев, удовлетворения всех законных интересов), либо принятие аналогичного акта полномочной судебной инстанцией, либо достижение соглашения между заинтересованными субъектами. Причем это соглашение, соотнобразующееся с культурой права, может быть одним из моментов революционного, народного или национального движения — обстоятельство, которое мы в наших теоретических выкладках о революции, к сожалению, не принимали ранее во внимание.

А иначе? А иначе — произвол и хаос в обществе, стихия эмоций и насилия и плюс к тому — как это ни покажется неожиданным, в жизнь людей вновь врывается Демон власти, выскользнувший из-под эгиды Права. Не хотелось бы иллюстрировать приведенные положения более детализированными примерами. Впрочем, и сам читатель сможет сопоставить их с фактами последнего времени и поразмышлять над всем этим.

...Если судить по большому счету, человечество ныне через все сложности смертельной опасности вселенской катастрофы все же идет к новой ступени общечеловеческой цивилизации. И верным показателем торжества такой цивилизации должна быть «смена караула», когда на пост, донныне занимаемый Демоном власти, станет Культура права.

«ПРАВО ВЛАСТИ» И ПРАВО ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА

Потрясения общества, вызванные беспрецедентными убийствами и войной в Чечне, вновь придали тревожную остроту вопросам права и законности в России

1997

ОТКРЫТЫЕ, прозвучавшие вызовом государству убийства Д. Холодова и В. Листьева в одном (только ли в одном?) пункте с математической точностью сошлись с тяжелой и кровавой чеченской драмой: причина того и другого состоит в том, что в России так и не сложилась действенная и крепкая правовая система, способная обеспечить нормальное демократическое развитие российского общества. Как и в трагические дни 3–4 октября 1993 г., ожесточенная война в Чечне, заказные убийства — свидетельства не столько недостатков и промахов в государственно-политической жизни, государственным руководством, сколько того, что в современной России НЕТ ПРАВА — нет той, если сказать точнее и строже, правозаконности, которая призвана быть основой жизни людей в обществе, возвестившем о приверженности демократии.

КАКОЕ ЖЕ ЭТО «ПРАВО»?

Сначала одно замечание, казалось бы, сугубо научного свойства. Порой мы говорим о праве как о чем-то одинаковом везде и всюду: вот это действие «соответствует праву», а вот это — «неправовое»; в этой стране вообще «не уважают право», тогда как в других «право чтут».

Слов нет, если право выражено в законах, в других писанных источниках, то оно худо-бедно всегда содействует какому-то порядку, помогает хоть в чем-то противостоять хаосу и беспределу (даже в годы брежневско-андроповского беззакония борцы за права человека кричали в лицо кэгэбистам: «Соблюдайте собственную Конституцию!»). Писаное право — всегда некоторый плюс по сравнению с вакханалией разбойничьего своеволия и революционной целесообразности.

И все же в тех странах, где главенствует авторитарно-тоталитарная власть, подминающая под себя право и закон, о праве позволительно

говорить с весьма большими оговорками. Если в такого рода странах и существует право, то оно предстает в виде «права власти».

Что означает это выражение — «право власти»?

Не касаясь ряда тонкостей и специальных вопросов, скажу так. «Право власти» — это юридическая система, в которой любой закон, любой нормативный писанный документ, исходящий от официальных государственных органов (неважно, какие это органы — парламент, президент, правительство, важно, что любой акт!), признается «правом». В лучшем случае требуется, чтобы такого рода законы, иные акты «не противоречили Конституции», независимо от того, каковы характер и содержание самого конституционного документа.

А если это верно, то можно со всей категоричностью утверждать, что право подобного рода, хотя и создает для властей известные помехи, неудобства, раздражающие рогадки, все же не мешает ей быть всемогущей, дает ей возможность поступать как вздумается, по своему хотению. Мешает какой-то закон, какая-то там закорючка создает для властей ненужные препоны — нет проблем: можно без особого труда внести поправки в закон, а еще лучше — прямо в Конституцию. Вспомним, как это было в 1991—1993 гг. в Верховном Совете: порой с ходу, «от микрофона» вносились исправления в любые законы, в Конституцию, и такие кроеные-перекроенные документы изображались в виде писаного нерушимого права, отступление от которого — тяжкое преступление.

Известные трудности для любителей подгонять законы под свое хотение возникают тогда, когда начинается демократизация самой власти, в том числе внедряется реальное разделение властей, институты народного представительства, конституционного контроля. Но если само понимание права в обществе все же замкнуто на одних лишь писанных правилах, исходящих от официальных государственных инстанций (и ничего более), то — пусть с издержками, потерями — власть все равно берет свое, утверждает свое верховенство, свое всевластие, а в критических для нее ситуациях действует как политическая олигархия или открытая вооруженная сила.

Именно таким «правом власти», да к тому же партийным, идеологизированным, во многом фальсифицированным, было советское, в том числе «рэсэфэсэровское», право.

Увы, во многом именно таким, подвластным верховным госинстанциям, осталось российское право и поныне. И это несмотря на то, что из него устранены некоторые одиозные просоветские институты и категории, издано немало, казалось бы, вполне де-

мократических законоположений, действует новая Конституция, установившая довольно жесткий порядок внесения в нее поправок и коррективов.

И вот сейчас, в наши дни, когда идет открытая и не очень открытая, «подковровая» разборка по поводу драмы в Чечне, общество сотрясают чудовищные убийства и, как водится на Руси, все, как всегда, сводится к «личностям» и к вопросу «Кто виноват?», никому в голову не приходит, что счет-то надо бы направить по другому адресу (и уж потом вернуться к личностям). Надо бы прежде всего всем нам признать, что в тревожные, полные боли и отчаяния ноябрьско-декабрьские дни 1994 г., когда громада российской регулярной армии двинулась на маленькую горскую республику, находящуюся «в составе России» и в то же время в «суверенном» противостоянии к центральной федеральной власти, НЕ СРАБОТАЛ тот институт современной цивилизации, который в подобной ситуации обязан был вступить в действие, т.е. не выполнило свою упорядочивающую и «обуздывающую» миссию РОССИЙСКОЕ ПРАВО. Не выполнило как раз по той причине, что оно, как и в прошлые времена, осталось «правом власти».

Не выполняет эту миссию оно и сейчас, в наши дни, когда мы никак не можем избавиться от шока, вызванного недавними беспредельными убийствами, и когда вдруг окрепли голоса, вещающие о необходимости не идти к «праву», а уходить от него в сторону полицейского государства.

ТРИ КИТА

А теперь – внимание! Правовое государство и верховенство права утверждаются не путем громких заклинаний, торжественных фраз и деклараций (пусть они даже и фиксируются в конституционных текстах). То право, о котором только что говорилось, – «право власти», как ни крути его, не в состоянии возвыситься над государственной властью, и при таком праве наша мечта – правовое государство – невозможна в принципе изначально.

Для того чтобы в обществе торжествовало право, а не беспредельная власть, требуется не только последовательная демократизация государственной жизни, но и изменение самой «органики» права – такое изменение, в результате которого оно из «права власти» перешло бы на более высокую ступень гуманитарного развития: стало бы правом гражданского общества. Именно в нем, в праве гражданского обще-

ства, формируются и занимают ведущее положение такие институты, которые неподвластны простому государственному хотению и которые в силу этого ограничивают, обуздывают государственное всеисилие.

Среди такого рода институтов есть три центральных, своего рода три кита. Это:

во-первых, частное (гражданское) право — такая (обширная по объему) сфера правового регулирования по вопросам собственности, договорно-рыночным связям и т.д., где решающее слово по юридическим вопросам принадлежит «частным лицам» — предпринимателям, фирмам, отдельным гражданам, а государство, признавая и поддерживая частноправовые отношения, не имеет права в них вмешиваться. Частное право, стало быть, самим фактом своего существования ограничивает (притом в ключевой области жизни общества — в экономике) государственное всевластие;

во-вторых, фундаментальные, прирожденные права человека (право на жизнь, на свободу мысли, на свободу передвижения и др.), которые признаются в обществе в качестве непосредственно действующих, юридически обязательных абсолютно для всех субъектов, в том числе и для государственных органов любого ранга. Права человека, следовательно, не только определяют границы государственного усмотрения, но являются своего рода камертоном для настройки всей государственной машины, всей государственной власти, которая (перед лицом императивных для нее прав человека) неизбежно должна быть умеренной, сдержанной, не выходящей за рамки действительной общественной потребности;

в-третьих, должно существовать независимое и сильное правосудие. Настолько независимое, настолько сильное, когда бы суды (все суды, а не только Конституционный Суд!) могли противостоять законодательной и административно-исполнительной власти, их произволу и, опираясь на закон, на писаное право, а при необходимости — непосредственно на фундаментальные права человека, как на основополагающие правовые принципы, добиваться торжества права и законности.

И такая еще грань, прямо относящаяся к правосудию. Свидетельством того, что в обществе утвердилось независимое и сильное правосудие и, следовательно, «суверенное» право, способное возвыситься над властью, является исключение из внутригосударственной жизни прямого вооруженного насилия, внесудебного притеснения, осуществляемого государством. Определяющий принцип здесь таков: все конфликты, имеющие общественное значение, решаются только су-

дом, и любые акции государственно-принудительного характера могут совершаться только на основании закона и в соответствии с судебным решением.

Нужно твердо знать: если юридическая система данной страны не опирается на эти «три кита» (и сверх того имеет иные огрехи — законодательные пустоты, несовершенные законоположения, кадровые несовершенства), — слабое бессильное право, порой одна лишь его видимость, право, которое по своей природе не способно противостоять власти, возвыситься над ней, право, которое рано или поздно попадет под пяту государственного всеислия, как было, так и останется «правом власти».

РУХНУВШИЕ НАДЕЖДЫ

Обратимся к современному российскому праву. Слов нет, в последние годы, особенно в 1993—1994 гг., сторонниками возвышения права в российском обществе были приняты меры, нередко довольно энергичные для того, чтобы право в России имело высокий статус, все более утверждалось в качестве права гражданского общества.

Из такого рода мер наиболее значимой акцией в данной плоскости является принятие Федеральным Собранием в октябре 1994 г. части первой Гражданского кодекса.

Но надо признать, что и это по-настоящему крупное событие пока еще не стало поворотным пунктом в развитии отечественной правовой системы: несмотря на широкообъявленные заявления на высоком уровне, что Кодекс являет собой «вторую», «экономическую» конституцию, он еще заметно не повлиял на правовую атмосферу экономической жизни, к тому же ощущается молчаливо-упорное противодействие почему-то набирающих силу былых сторонников «хозяйственного кодекса» — правового акта, нацеленного на обслуживание административно-планового хозяйствования.

Близкие оценки можно сделать и в отношении действующей судебной системы, хотя и тут широкообъявленных заявлений, в том числе и в последнем президентском послании, немало. За исключением Конституционного Суда, который волны политической круговерти время от времени выносят на самый гребень общественного возвеличивания (а порой и унижения), суды до сей поры находятся на периферии общественно-государственной жизни, намного уступая по своей силе (и тем более обустройству) различным чиновничьим инстанциям.

Не заняли достойного места в жизни российского общества фундаментальные права человека. Немалые надежды в возвышении прав человека, в реализации их непосредственно-юридического действия возлагались на Конституцию, тем более что первые варианты проекта российской Конституции (свидетельствую со всей определенностью, ибо именно к ним имел известное отношение) и строились с таким расчетом, чтобы российское общество в соответствии с современными мировыми конституционными тенденциями получило Конституцию Человека, Конституцию абсолютных, нерушимых, неотъемлемых прав личности.

Для этого в первых вариантах проект конституционного текста без всяких предисловий и общих фраз, обычно принятых в конституциях советской поры, начинался с положений о фундаментальных правах человека, и прежде всего о достоинстве человека и о том, что именно они, фундаментальные права человека, определяют весь строй государственно-правовой жизни общества; причем для надлежащего возвышения фундаментальных прав от них были отделены и помещены в отдельную главу социально-экономические права, которые при всей их важности все же ставят гражданина в зависимость от власти. Однако в ходе последующей «отработки» конституционного текста (в процессе Конституционного совещания, а еще более — при доминирующем участии в этом деле околопрезидентских юридическо-чиновничьих подразделений, когда по ряду позиций возобладали просоветские тенденции) не только усилились авторитарные черты власти, но — что особо огорчительно — положения о правах человека во многом утратили свое конституционно-определяющее значение. Они из заглавной части отодвинуты во вторую главу, перемешаны с социально-экономическими правами, и, понятно, декларативный характер последних рикошетом лишил императивного звучания фундаментальные права. Словом, некие, казалось бы, редакционные коррективы разом лишили Конституцию уготованного для нее высокого статуса Конституции Человека.

ГОРЬКИЕ СВИДЕТЕЛЬСТВА

Может показаться, что автор этих строк излишне драматизирует существующую ситуацию с российским правом. Ведь и в действующей Конституции все же сохранились — пусть и на «вторых ролях» — существенные положения о правах человека, об их судебной защите, в том числе о том, что права человека являются непосредственно дей-

ствующими и что они определяют деятельность законодательной и исполнительной властей, обеспечиваются правосудием.

Так в чем же дело? А в том — и это крайне симптоматично! — что при всех громких и жестких заявлениях, призывах, обращениях и прочих гражданственных акциях в связи с войной в Чечне ни у кого, насколько мне известно, не мелькнула мысль о том, что существующие конституционные положения позволяют уже сейчас обратиться в действующие суды за защитой нарушаемых военными действиями прав человека. Конечно, можно с большой степенью вероятности предположить, что реакция соответствующих судебных учреждений будет «умудренной», и все же даже само обращение в суд по данным вопросам, как говорится, дорогого стоит.

Должна нас всех насторожить и общая правовая ситуация в связи с чеченской войной. В годовом президентском послании немало сказано о юридических аргументах, обосновывающих, с точки зрения составителей послания, использование «государственной силы». Но даже если отвлечься от различий между «государственной силой» и использованием во внутривнутриполитической жизни регулярных вооруженных сил (а отвлекаться от этого в общем-то нельзя: разница между двумя указанными случаями принципиальная), то с последовательно правовых позиций применение государственной силы предполагает соблюдение ряда неперемennых условий.

Среди таких условий должны быть выделены по крайней мере следующие четыре. Во-первых, основание для применения государственной силы — например, такое основание, как «вооруженный мятеж», — должно быть с предельной формализованностью зафиксировано в законе (и времени для этого за истекшие три года было предостаточно); во-вторых, сам факт указанного противоправного основания должен быть установлен в правосудном порядке — судом, Конституционным или Верховным; в-третьих, само использование вооруженных сил по строгому смыслу действующей Конституции подлежит санкционированию Советом Федерации; и, наконец, в-четвертых, если уж в крайних случаях и допустимо использование регулярных вооруженных сил при наличии указанных условий для решения внутривнутриполитических проблем, то это должно быть обставлено особыми «законами войны» (недопустимость бомбово-артиллерийских ударов по «квадратам», заблаговременное предупреждение мирного населения о военных акциях и т.д.).

Как горько, что ничего из этого, императивно вытекающего из конституционных положений о правах человека, не было сделано. Ничего. Совершенно ничего.

ПОЛЬЗА ОТ ПОТряСЕНИЯ

А нынешняя ситуация? Увы, большинство людей, обсуждавших убийство В. Листьева, склоняются к надобности «крутых мер», «беспощадных репрессий» и даже благосклонно отзываются на намек о положительности полицейского государства и чрезвычайных акций. Неужто мы так и не поняли, что настоящий крепкий правопорядок, позволяющий вести решительную борьбу с преступностью, утвердится только тогда, когда в центре всей жизни общества станет человек с его неотъемлемыми правами и когда даже малейшее посягательство на человека и его права станет национальной бедой и тревогой? Впрочем, такое активное гражданственное действоание в связи с общественными потрясениями, военными поражениями в России было всегда.

Теперь в связи с последствиями чеченской войны, кровавых драм последних дней, нам по крайней мере от двух вещей не уйти никогда.

Прежде всего — нам впредь никогда не уйти от правды. От всей правды. В том числе и от честной оценки идущей будто бы радикальной, а в действительности во многом просоветской номенклатурной экономической реформы, от признания провала «народной приватизации», которая на деле обернулась на одном полюсе формированием ошалевшей от богатств компрадорской буржуазии и коррумпированного чиновничества, а на другом — обширного слоя обездоленных людей, еще более, чем даже прежде, отчужденных от собственности и труда. Сколько мы еще будем обманно тешить самих себя (и вводить в заблуждение других) насчет того, что будто бы реформы у нас идут и что положение дел в России лучше, чем в других бывших союзных республиках, когда мы все до одного знаем, что мы кое-как сводим концы с концами за счет гигантской распродажи природных ресурсов, задержки выплаты зарплат миллионам людей да некоторой экономии по сравнению с былыми безумными тратами на ВПК и «братскую помощь»! И, кстати сказать, любой честный аналитик без труда найдет ниточки связи между тем безумием в экономике, которое почему-то именуется реформами, и упомянутыми ранее драматическими событиями.

И вторая вещь, не менее существенная. Теперь никуда не уйти от понимания того, что действительное реформирование российского общества, переход от бесчеловечного, милитаризованного общества к обществу достойного существования и благополучия человека невозможно осуществить по-большевистски одномоментно. Этот переход — переход к современному свободному гражданскому обществу —

будет неизбежно сложным, трудным и, к сожалению, относительно долгим. И при таких реалистически понимаемых перспективах первейшей, с большим отрывом опережающей другие задачей в реформировании российского общества должно как раз стать создание крепкой, надежной и по-настоящему человеческой правовой системы, которая одна только и может обеспечить обстановку спокойствия, стабильности, нормальный ход реформ, безопасность личности – надежно предсказуемую обстановку предупреждения и погашения конфликтов, их решение исключительно в юридическо-процедурных, процессуальных формах. Такую обстановку, когда в обществе безраздельно господствуют не власть и идеологические химеры, а право и правосудие.

А коль скоро иного в нашей жизни сейчас не дано, то нужно нам всем, буквально всем – от деятелей высших эшелонов власти до каждого гражданина – сделать все возможное и невозможное для того, чтобы создание крепкой, надежной, человеческой правовой системы России стало задачей номер один – задачей, требующей реализации в предельно короткие сроки, скажем, за недолгие месяцы, не более. И чтобы это дело стало всеобщим неотвратимым, самым что ни на есть Святым Делом. И чтобы промедление и отступничество в нем были осознаны нами как грех великий, не смываемый никогда.

...Некоторое время назад один из высших военных чинов громко заявил, что, если Дудаев будет обнаружен, он будет уничтожен сразу, без следствия и суда. Никто из официальных лиц это заявление не отверг, не оспорил. А другой чин, уже юридический, после убийства В. Листьева публично сказал об уместности близкой «чрезвычайки».

ПРИМЕЧАНИЯ К ТОМУ 4

Работы С.С. Алексеева, включенные в четвертый том, не только открывают и представляют второй цикл творческой деятельности автора (1990–2009 гг.), но и являются итоговыми для предшествующей научной деятельности ученого. В этих исследованиях наиболее концентрированно и ярко выражена основная теоретическая концепция и жизненная позиция автора.

Наименование одного из сочинений, включенных в четвертый том, — «Круг замкнулся: Повесть о праве» — выражает одновременно и тревогу, и надежду. Уникальный жанр сочинений, сочетание высокой науки и пронзительных знаков личной судьбы ведут читателя к главной идее ученого и гражданина. Как сформулировал С.С. Алексеев в Заключении к книге «Линия права» (М.: Статут, 2006. С. 458): «...для меня формула «круг замкнулся» с самого начала звучала и ныне, согласно требованиям времени и моему выстраданному убеждению, звучит иначе. Не как точка завершения чего-то на жизненном пути (хотя возможно и такое). А как неодолимость права в нашем мире, его безальтернативная ценность, необходимость неуклонного его возвышения, верховенства, и вследствие этого — возврат к тому, к чему долгое время шла наука права России, но была сбита, и, увы, во многом сбивается сейчас, тяжкими событиями нашей действительности».

Уроки. Тяжкий путь России к праву

Работа опубликована в 1997 г. в Москве издательством «Юристь» в одноименной книге, в которую вошли также некоторые публицистические статьи автора. Фактологическую основу этой работы (в упомянутом издании ей был отведен отдельный раздел под названием «Путь к праву») составили стремительные и бурные события в нашем Отечестве, связанные с подготовкой и принятием Конституции России, Гражданского кодекса, с организацией конституционного правосудия. Однако неизбежные в книге хронологические и биографические детали не заслонили высшей авторской цели: «...судьба вынесла меня в гущу событий, потрясших мое Отечество, не как некоего избранника или стороннего наблюдателя, а как *служителя науки*. И поэтому мой профессиональный и гражданский долг — не просто описать извест-

ные мне события (хотя этого не избежать), а попытаться осмыслить эти события, сделать из них выводы, извлечь из них в меру своих сил, понимания и умения *уроки*».

Текст работы воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С. Уроки. Тяжкий путь России к праву*. М.: Юрист, 1997. С. 5–158.

Круг замкнулся: Повесть о праве

Произведение написано С.С. Алексеевым в 2001–2006 гг. (1-е изд.: *Алексеев С.С. Круг замкнулся: Повесть о праве*. Екатеринбург: АМБ, 2001; 2-е изд., перераб. и доп.: *Алексеев С.С. Круг замкнулся: Повесть о праве. Философское эссе. Максимы*. Екатеринбург: АМБ, 2001; немного позднее повесть вошла в сборник: *Алексеев С.С. Две повести: О праве. О власти / Рос. шк. частн. права. Урал. отд-ние*. Екатеринбург: АМБ, 2002; затем это сочинение с некоторыми коррективами, отражающими дальнейшее осмысление автором темы линии права как одного из ключевых направлений развития современного общества, а также редакционными и стилистическими поправками органически вошло в качестве третьего раздела в книгу С.С. Алексеева «Линия права», опубликованную издательством «Статут» в 2006 г.). Подлинная литература и настоящая наука в своем высшем развитии неминуемо «перетекают друг в друга». И в этом произведении, жанр которого определен автором как повесть, повесть, в которой, по определению самого С.С. Алексеева, он «попытался как-то соединить научные и литературно-художественные подходы в понимании действительности, права и его судьбы» (*Алексеев С.С. Линия права*. С. 457).

Текст произведения воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С. Линия права*. М.: Статут, 2006. С. 414–455.

Тайна и сила права

Книга опубликована издательством «Норма» в 2009 г. Это второе издание, измененное и дополненное. Первое издание под названием «Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность: Резюме с претензией» выпущено в свет издательством «Норма» в 2001 г.

«Тайна и сила права», небольшое по объему произведение, содержит основные идеи и главные научные выводы, которые С.С. Алексеев достиг в фундаментальных книгах «Восхождение к праву. Поиски и решения», «Самое святое, что есть у Бога на земле: Имману-

ил Кант и проблемы права в современную эпоху», «Право на пороге нового тысячелетия».

Текст работы воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С.* Тайна и сила права. Наука права: новые подходы и идеи. Право в жизни и судьбе людей. 2-е изд., измен. и доп. / Институт частного права. М.: Норма, 2009.

Право собственности: Проблемы теории

Монография выдержала три издания (1-е изд.: Екатеринбург: Изд-во Ин-та частного права, 2006; 2-е изд., перераб. и доп.: М.: Норма, 2007; 3-е изд., перераб. и доп.: М.: Норма, 2008. Новые подходы автора к пониманию собственности и права собственности естественно вытекают из общей концепции о высшем значении и незаменимой роли права в обществе. Как отмечает сам ученый, в книге «предпринята попытка положить в основу рассмотрения вопросов собственности философские положения, которые *связывают наше миропонимание с человеком, его разумом и свободной волей*, и с этих позиций обосновать взгляд на собственность (право собственности) как на великое свершение человечества и одновременно как на остро проявившуюся в последние годы трагедию человеческого бытия».

Текст монографии воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С.* Право собственности: Проблемы теории / Институт частного права. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2008.

Демон власти и культура права

Впервые статья была напечатана в газете «Советская культура» 23 июня 1990 г., затем вошла в раздел «Заметки из прошедшего времени» книги С.С. Алексеева «Уроки. Тяжкий путь России к праву» (издана в 1997 г. издательством «Юристъ»).

Текст статьи воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С.* Уроки. Тяжкий путь России к праву. М.: Юристъ, 1997. С. 172–184.

«Право власти» и право гражданского общества

Данная статья была опубликована в «Независимой газете» 23 марта 1995 г., затем — в разделе «Заметки из прошедшего времени» книги С.С. Алексеева «Уроки. Тяжкий путь России к праву», изданной в 1997 г. издательством «Юристъ».

Текст статьи воспроизводится по изданию: *Алексеев С.С.* Уроки. Тяжкий путь России к праву. М.: Юристъ, 1997. С. 314–323.

СОДЕРЖАНИЕ

От автора и составителей.....7

УРОКИ. ТЯЖКИЙ ПУТЬ РОССИИ К ПРАВУ

Моим читателям 10

Глава первая. Первые уроки 12

1. Знакомство с правом..... 12
2. В плену фантазий и фальсификаций..... 13
3. Бесовщина..... 15
4. Другой мир 16
5. Противоречивая и коварная романтика..... 21
6. Сполохи близкой беды..... 24
7. Ветерок перемен..... 27

Глава вторая. Рухнувшие иллюзии 29

1. Эйфория 29
2. Добрые приметы 34
3. Казалось бы, вот он – прорыв 37
4. Обрушилось небо 41
5. Другая тяжкая реальность..... 44
6. Итак – поражение 47

Глава третья. Нежданный шаг 49

1. Новый шанс? 49
2. Как будто бы обнадеживающие результаты..... 52
3. Ловушка..... 57
4. Между Большой властью и безвластием 60
5. Прорыв 71
6. Новые горизонты 73

Глава четвертая. Конституция: надежды и действительность 75

1. Перехват мечты 75
2. Конституционные лабиринты 77
3. Концепция..... 81
4. Гладко было на бумаге... 90
5. Упущенный шанс. И – урок 101

ГЛАВА ПЯТАЯ. ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС В СУДЬБЕ РОССИИ	111
1. Когда сомкнулись прошлое, настоящее и будущее	111
2. Гражданский кодекс: незаменимая миссия	114
3. Противостояние	120
4. Достоинства и потери	125
5. Впереди времени – значит вовремя	129
ГЛАВА ШЕСТАЯ. УРОКИ ЧЕЧНИ	133
1. Во имя Конституции и территориальной целостности	133
2. Стержень правовой системы	137
3. Война в Чечне – разрушение права.....	141

КРУГ ЗАМКНУЛСЯ: ПОВЕСТЬ О ПРАВЕ

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ	148
I. ВХОЖДЕНИЕ В МИР ПРАВА.....	149
О том, как я оказался на юридической стезе	149
Не просто – очень просто	150
Лекции А.М. Винавера	151
Еще о лекциях А.М. Винавера.....	152
«Зацепило»	153
Что это?	155
Достойное сопротивление	157
Юридические конструкции?	158
Под напором демократических ветров	160
II. В СТОЛКНОВЕНИЯХ С ЖИЗНЬЮ	162
Пришло наше время	163
«Арендный подряд» и «аренда»	164
Прорыв	165
Прогнозы в «сослагательном наклонении»	167
Забытое свершение	169
Изгибы техники	171
Страдания по Гражданскому кодексу	174
Главный пункт непонимания.....	176
Провидение все же поступило верно!	178
III. ПЕРСПЕКТИВА.....	180
Что же происходит – парадокс?	180
А дело тут вот в чем... ..	182
В области же прав человека картина принципиально иная....	184
Круг замкнулся	185
А теперь – еще раз об А.М. Винавере	187

ТАЙНА И СИЛА ПРАВА

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО.....	190
ГЛАВА ПЕРВАЯ. ПРАВО — ОБЪЕКТИВНАЯ РЕАЛЬНОСТЬ	191
Право как факт.....	191
Главное — «тело», материя права.....	192
Исходное начало науки	193
ГЛАВА ВТОРАЯ. ДОГМА ПРАВА.....	196
Догма права — знак и образ правовой материи	196
Особенности догмы права	197
Зримая и незримая материя	199
Основной секрет силы права.....	202
ГЛАВА ТРЕТЬЯ. ДРАМА НАУКИ. ПОИСК	205
Догма права — первичная основа юридических знаний	205
Издержки. Разрыв в науке	207
Направление поиска.....	212
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. «ВСЯ» МАТЕРИЯ ПРАВА.....	214
Кредо современного научного подхода	214
Науковедческий аспект	216
ГЛАВА ПЯТАЯ. ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ.....	219
Юридические конструкции (к постановке вопроса)	219
Сплав реальностей, опыта и ума	221
Юридические конструкции — совершенство и уровни.....	226
Прошлое науки и практики? Их настоящее? Будущее?	229
Упущенные шансы	230
ГЛАВА ШЕСТАЯ. ЛОГИКА ПРАВА	236
Мир права. Формальная логика и логика права.....	236
Логика права — разные порядки.....	239
Парадоксальная грань долженствования в праве.....	241
ГЛАВА СЕДЬМАЯ. О ТАЙНЕ ПРАВА.....	243
Правовой массив и логика права	243
Шаги к пониманию	246
«Второй план» — значительные социальные ценности.....	249
Несколько «почему?».....	253
ГЛАВА ВОСЬМАЯ. ПРАВО — ВЫСШЕЕ НАЗНАЧЕНИЕ	256
Капитал интеллекта.....	256
Право как явление Разума.....	258
Фундаментальные правовые ценности.....	263

Назначение — «увековечивание» разумных начал в практической жизни	267
Правоведение — настоящее и будущее.....	269
ГЛАВА ДЕВЯТАЯ. ПРАВО ЧЕЛОВЕКА.....	274
Идея и современность	274
Право человека — особый смысл.....	277
Проблемы.....	279
Юридический аспект.....	284
Вопросы глобализации	286
Еще одна сторона высшего назначения права	289
ГЛАВА ДЕСЯТАЯ. ПРАВО В ЖИЗНИ И СУДЬБЕ ЛЮДЕЙ.....	292
Уникальные функции. Неодолимость права.....	292
Есть доказательство!	294
Убежище.....	297
Негативы. Противоречивые процессы	299
Основная идея.	
«Умерение» свободы через свободу же	303
Право нового тысячелетия	306
У нас, в России.....	314
Борьба за право — два звена.....	317
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	321

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ

ПРЕДИСЛОВИЕ К ТРЕТЬЕМУ ИЗДАНИЮ.....	324
Часть первая. Общие положения	325
ГЛАВА ПЕРВАЯ. ИСХОДНЫЕ НАЧАЛА.....	325
ГЛАВА ВТОРАЯ. СУЩНОСТЬ СОБСТВЕННОСТИ.....	331
ГЛАВА ТРЕТЬЯ. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ	341
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. ВИДЫ СОБСТВЕННОСТИ.....	360
ГЛАВА ПЯТАЯ. СОЦИАЛЬНЫЕ ФУНКЦИИ СОБСТВЕННОСТИ.....	364
ГЛАВА ШЕСТАЯ. ОБЪЕКТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.....	368
ГЛАВА СЕДЬМАЯ. ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	374
Часть вторая. Собственность в нашем мире	383
ГЛАВА ВОСЬМАЯ. СОБСТВЕННОСТЬ И ЦИВИЛИЗАЦИЯ	383
ГЛАВА ДЕВЯТАЯ. СОБСТВЕННОСТЬ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ.....	397

Глава десятая. Собственность в экономике и рынок	413
Глава одиннадцатая. Собственность и корпоративные отношения	422
Часть третья. Собственность в России.....	432
Глава двенадцатая. Собственность в России. Тотальное огосударствление.....	432
Глава тринадцатая. Экономические реформы в посткоммунистической России и преобразование собственности	448
Глава четырнадцатая. Приватизация в России: свободная и огосударствленная приватизация	459
Глава пятнадцатая. Акционерная собственность	477
Глава шестнадцатая. Драматические процессы	495
Глава семнадцатая. Сверхзадача — три звена.....	506

СТАТЬИ

Демон власти и культура права	516
«Право власти» и право гражданского общества.....	527
ПРИМЕЧАНИЯ К ТОМУ 4.....	536

Сергей Сергеевич АЛЕКСЕЕВ

СОБРАНИЕ СОЧИНЕНИЙ

В десяти томах

Том 4

Линия права. Концепция:
Сочинения 1990-х — 2009 годов

Редакторы: *А.В. Савкина, А.Н. Стрелко*

Корректор *Г.Б. Абудеева*

Художественное оформление: *В.В. Самойлова*

Компьютерная верстка: *С.В. Родина*

Подписано в печать 20.10.2010. Формат 60x90¹/₁₆. Бумага газетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 34. Тираж 2000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:

119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;

тел./факс: +7(495) 649-18-06

E-mail: book@estatut.ru

www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-0706-4



9 785835 140706 4