

«Как зарвавшийся биржевой игрок, увлекшись погоней за еще не виданным на земле социальным строем, она [русская интеллигенция] проиграла тот дар свободы, который народ уже имел. Вместо благородного величия освободившегося гения она явила миру низость взбунтовавшегося раба».

И.А. Покровский. Перуново заклатье

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Дорогой читатель!

Вы держите в руках новую книгу из серии «Классика российской цивилистики», которую с 1998 г. выпускает издательство «Статут». Некоторый перерыв в издании серии, я надеюсь, завершен, и издательство будет продолжать радовать нас новыми книгами, составляющими золотой фонд российской юридической литературы.

Задача серии «Классика российской цивилистики» — воссоздать связь между великой русской юриспруденцией конца XIX — начала XX в. и современным российским правоведением, — связь, разорванную на почти 80 советских лет, которые наша Родина провела без подлинного частного права (а может быть, выскажусь сильнее, и вообще без подлинного права).

Символично, что в далеком уже 1998 г. серия открывалась переизданием ключевой работы профессора Иосифа Алексеевича Покровского «Основные проблемы гражданского права». Изданная в 1917 г. эта книга невольно стала подведением итогов чуть менее чем 100-летнего развития науки отечественного гражданского права, хотя, разумеется, ее автор не ограничивался анализом российского правового материала. На примере римского, средневекового, современного ему германского, французского и швейцарского права проф. Покровский набросал — пусть и крупными мазками — яркую картину генезиса основных институтов частного права (обязательства, вещные права, юридические лица, наследование и проч.). Да, «Основные проблемы» — книга скорее популяризаторская, и она вряд ли может рассматриваться как глубокое частноправовое исследование.

Но ведь у этой книги другая задача: погрузить тех, кто только начал интересоваться частным правом, в историю развития частноправовых институтов и описать их текущее состояние. И с этой задачей проф. Покровский блестяще справился!

Работы этого же автора мы предлагаем вниманию читателей в настоящем томе. Я очень хотел бы видеть здесь, с одной стороны, не-который символизм и продолжение традиций серии «Классики», а с другой – выполнение наказа Александра Львовича Маковского, который он дал в предисловии к «Основным проблемам», предположив, что и другие работы профессора Покровского «надо надеяться, будут со временем переизданы»¹.

Именно Александра Львовича, встретив его как-то в коридорах Исследовательского центра частного права, я спросил, а не стоило бы, по его мнению, собрать в один сборник и издать статьи проф. Покровского. Он практически не раздумывая ответил: «Непременно, если у Вас есть возможность, пожалуйста, займитесь таким сборником».

Увы, я с этим затянул, и сборник, который был изначально задуман еще в 2008 г., выходит только сейчас. И для меня стало большой честью и предметом особой гордости предложение написать вступительную статью к нему. А сама мысль о том, что в 1998 г. вступительную статью к изданию работы проф. Покровского писал А.Л. Маковский и я в не-котором смысле стану продолжателем его дела, меня дополнительно вдохновила!

I

Я не буду останавливаться на деталях биографии профессора Покровского, она подробно изложена А.Л. Маковским в предисловии к «Основным проблемам гражданского права». Там же интересующийся читатель может найти и блестящее описание того влияния, которое его работы оказали на наших учителей – юристов старшего поколения, отцов-основателей современного российского частного права.

Здесь же я хотел бы поделиться своими соображениями о том, каково значение работ проф. Покровского для юристов моего поколения.

Наше нынешнее состояние в сфере частного права в некотором смысле весьма схоже с тем, каким оно было в период активной деятельности проф. Покровского. В Российской империи только завершилась

¹ Маковский А. Л. Выпавшее звено // Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 3–32.

работа над проектом большой кодификации частного права и проект Гражданского уложения с мотивами разработчиков был опубликован для всеобщего изучения интересующейся публики. Проект вызвал оживление в правовой литературе, причем раздавались далеко не только комплиментарные голоса, но и суровая критика (к числу критиков проекта относился также и проф. Покровский).

Это весьма схоже с тем, что мы имеем сейчас: масштабная рекодификация действующего гражданского права (реформа Гражданского кодекса, начатая в 2008 г.) сопровождается как раскрытием законодательных мотивов (Концепция совершенствования гражданского законодательства РФ), так и идущими до настоящего времени публичными дискуссиями не только о содержании реформы, но и даже о необходимости ее как таковой.

Рубеж XIX и XX вв. — это время, когда представителями юриспруденции интересов и школы свободного права был нанесен мощный интеллектуальный удар по догматической юриспруденции, юриспруденции понятий, примату писаного закона. Повсюду раздаются голоса в пользу того, что писаное право устарело и оно далеко не всегда способно предлагать справедливые решения для конфликтов, возникающих в обществе. И поэтому следует дать свободу судам в поиске справедливости, освободив их от жестких оков законодательных предписаний. В эту дискуссию охотно включается и проф. Покровский, отстаивая прежние — догматические — рубежи юриспруденции и защищая писанный закон как источник предсказуемости и правовой определенности.

Этот эпизод нашей правовой истории весьма схож с дискуссиями о путях развития российского права, которые активно велись в начале десятих годов XXI в. (и сами собой сошли на нет после ликвидации Высшего Арбитражного Суда России). Ряд лидеров российского юридического мнения активно публично высказывались в пользу отказа от диктата писаного права и широкого перехода к «судейскому праву», позволяющему при помощи разнообразного интерпретационного инструментария (применение аналогий закона и права, расширительного и телеологического толкования, а также толкования *contra legem*) и принципа *stare decisis* предлагать обществу подлинное правосудие, основанное на чувстве справедливости.

Я сам был активным участником этих дискуссий и я хорошо помню, какими острыми были дебаты между сторонниками «права судей» и классического подхода, основанного на идее о том, что единственный источник права — это текст закона. И никогда не забуду,

как на одной из конференций, посвященной правовым позициям ВАС РФ в сфере частного права, А.Л. Маковский, возражая против идеи судейского правотворчества, в полемическом задоре энергично воскликнул: «Мы стояли и будем твердо стоять на началах юридического позитивизма!». Чем это не позиция И.А. Покровского, высказанная ровно 100 лет назад?!

Наконец, есть еще одна характерная черта той эпохи — это дискуссия о соотношении государства и личности, публичного и частного, общественного и индивидуального интереса. И здесь И.А. Покровский ярко и мощно выступает на стороне второго, защищая индивидуального человека, его интересы, ожидания, устремления в столкновении с интересами государства. Для проф. Покровского именно человек, индивидуальная личность является центром правовой вселенной, именно он заслуживает максимальной правовой защиты.

Нечто похожее на эту дискуссию мы наблюдаем и сейчас. Мы видим, как на наших глазах происходит «публицизация» частного права, как частноправовые нормы ставятся на службу государственным (или понимаемым как государственные!) интересам. Это касается и правил об ответственности отдельных государственных юридических лиц, и положений о заключении договоров акционерными обществами с государственным участием, и судебной практики по применению положений об исковой давности при истребовании государственного имущества. Некоторые коллеги прямо заявляют: «У нас, в России, исторически повелось так, что государство важнее частных лиц. Поэтому право должно это отражать».

Безусловно, это справедливо в условиях, когда государство находится под воздействием внешних угроз (со стороны ли сил природы или врагов) и выживание народа зависит от его сплоченности и подчинения частных интересов общему — выживанию. Но придерживаться этой же парадигмы в XXI в., кажется, сродни призыванию добрых богов урожая вместо использования достижений сельскохозяйственной науки.

Все эти проблемы обсуждаются в статьях проф. Покровского, которые собраны под одной обложкой в настоящем издании. Я понимаю, что среди читателей этой книги будут люди с разными политическими убеждениями и этическими установками: убежденные либералы и эта-тисты-консерваторы, сторонники сильного национального государства и космополиты и проч. Но я уверен, что каждый найдет в статьях, включенных в сборник, какие-то новые аргументы и контраргументы для своих рассуждений.

II

И.А. Покровский для меня — особый автор. Именно с прочтения его «Основных проблем гражданского права» начался мой путь в настоящую юриспруденцию. Эта книга буквально открыла мне глаза на то, каким большим и интересным является мир цивилистики, как утонченны и филигранны ее конструкции.

Но мое знакомство с творчеством проф. Покровского на этой книге не закончилось. Когда я писал дипломную работу по проблемам владельческой защиты, то, читая «Учебник гражданского права» проф. Шершеневича, я отметил для себя в списке рекомендуемой литературы, которую автор привел в главе о защите владения, две статьи проф. Покровского, посвященные владельческой защите по Германскому гражданскому уложению и по проекту нашего Уложения. Статьи были опубликованы на рубеже XIX и XX вв. (в 1899 и 1902 гг. соответственно), ни о каких электронных версиях дореволюционной периодики в то время не могло быть и речи, но я сумел найти номера журналов «Вестник права» и «Журнал Министерства юстиции» с этими статьями в отделе специального хранения Самарской областной научной библиотеки (тогда я еще жил в Самаре). Ксерокопии этих статей, зачитанные, с миллионом карандашных пометок, хранятся у меня до сих пор... И именно они стали фундаментом для рассуждений, положенных потом в основу моей кандидатской диссертации.

Но, пожалуй, самая эмоционально сильная встреча произошла у меня в октябре 2013 г. Я гулял с семьей в парке у Новодевичьего монастыря, потом мы заглянули на территорию самого монастыря и дошли до некрополя — самой старой части монастырского кладбища. Он — как и все старые кладбища — грустно-прекрасен и романтичен. Разбросанные в кажущемся случайным порядке красивые потрескавшиеся и покрытые мхом скульптурные надгробия перемежаются невысокими и хрупкими старыми деревьями и создают парадоксальную атмосферу упокоившегося хаоса. Могил здесь немного и одна не похожа на другую: старые кладбища визуально отличаются от новых примерно так же, как небольшая группка разодетых в пух и прах тяжеловооруженных рыцарей, вольно скачущих по полю, отличается от плотно сбитого пешего ополчения, состоящего из плохо одетых и дурно вооруженных деревенских мужиков...

Мы бродили по кладбищу, рассматривая ангелов на могилах и читая надписи с ятями, которые рассказывали о нашедших под старыми мрачными плитами последний приют полковниках, графинях и обер-

прокурорах. И вдруг совершенно случайно мой взгляд упал на очень скромную гранитную надгробную плиту, прятавшуюся под небольшим кустом, и я прочел: «Покровский Иосиф Алексеевич, 1868–1920, профессор».

Я буквально замер от странного и непонятного чувства — я прекрасно помнил слова А.Л. Маковского о том, какие лишения постигли профессора Покровского после 1917 г., о его астме, о том, как он «упал под тяжестью вязанки дров, которую он поднимал на своих слабых плечах в свою жилплощадь», о том, как мало мы знаем о семье профессора и о его жизни после революции. Я тут же вспомнил, как я — студент-третьекурсник — зачитываюсь «Основными проблемами гражданского права», ксерокопирую старые журнальные статьи профессора. И вот я стою у места, где он упокоился, на которое я наткнулся совершенно случайно...

Я провел около могилы Иосифа Алексеевича, наверное, минут тридцать, размышляя о том, что сказал бы профессор о судейском активизме ВАСа, сотрудником которого я тогда (напомню, это был 2013 г.) был. Скорее всего, ругал бы Суд, настаивая на том, что надо твердо стоять на началах юридического позитивизма...

Понятно, что не обошлось без фотографии могилы Иосифа Алексеевича, поста о нем в Инстаграме и Фейсбуке. Потом я поделился атмосферой этого места с Александром Молотниковым, делавшим интервью со мной для YouTube-канала «Moscow Lawyers». Но самое ценное для меня в той встрече — это именно восторг случайного открытия, который я запомнил навсегда и который останется со мной до конца моих дней...

III

Теперь несколько слов о журнальных публикациях профессора Покровского, вошедших в сборник. Их всего 13, они расположены по темам в соответствии с систематикой частного права — от общих положений к вещным правам, обязательствам, наследованию и т.п. Публицистические статьи помещены в конце сборника.

Сборник открывается статьей **«Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношений»**. В ней проф. Покровский анализирует новейшие для времени написания работы (1905 г.) течения в понимании соотношения законодательства и судебной практики (Жени, Ламбер, Салейль, Штаммлер, Эрлих). Автор сетует на то, что юристы-практики советуют начинающим коллегам «забыть теорию» и просто ориентироваться

на поиск справедливости. Как это наивно, восклицает Покровский! Ведь лучший способ устроить защиту людей от несправедливости — это хорошие, разумные и справедливые законы. А судьи лишь их служители, но никак не творческая сила, которая может законодателя заменить. Почему? Да потому что подбор судей вряд ли когда-нибудь будет совершенным, а индивидуальные особенности каждого судьи будут мешать создавать абстрактные и непредвзятые правила для жизни общества. Эта статья пронизана недоверием к судебному правотворчеству, подозрениями в том, что эта «новая правовая метода» — лишь к выгоде судейского сословия, но не общества в целом, так как не гарантирует правовой определенности.

Разумеется, такие взгляды и такой — «антисудебно-правотворческий» — подход имеет право на существование, он в некотором смысле обосновывается даже современным положением дел. Хорошо, когда общество настолько доверяет своим судьям, что готово вручить им в руки свою юридическую судьбу. А если нет? Если общество своих судей презирает, насмехается над ними? Какие аргументы останутся в руках у сторонников судейского усмотрения и судебного правотворчества в этом случае?

Эту тему проф. Покровский продолжает в работе **«Прагматизм и релятивизм в правосудии»** (1916). Автор обсуждает школу «свободного права» и попытки Карла Шмитта оправдать судебное правотворчество и несвязанность судьи законами. Да-да, это тот самый знаменитый Карл Шмитт, который в 1933 г. станет членом НСДАП, редактором «*Deutsche Juristen-Zeitung*» и автором печально известной работы «*Der Führer schützt das Recht*» («Фюрер защищает право»). Здесь же обнаруживается и полемика с «узким англо-американским прагматизмом», зачатками теории о том, что право — это способ минимизации издержек, и проникновением начал бихейвиористики в юриспруденцию. И, конечно, здесь же проф. Покровский ожесточенно критикует стремление заменить «добрые законы» ссылками на «добрые нравы».

Ничего это не напоминает? Конечно же, это фактически стопроцентное попадание в современную проблему индоктринации отечественной юриспруденции принципом добросовестности, который был введен в текст нашего Гражданского кодекса в ходе реформы 2012 г. Суды схватились за него, как за спасательный круг! Но для чего? Не для того, чтобы в условиях молчания нормы закона отойти от сухой догмы и дать защиту там, где ее невозможно получить по строгому праву. А просто для того, чтобы совершенно перестать мотивировать свои решения! «Суд считает, что поведение истца недобросовестно. Поэтому в иске следует

отказать» — вот оно, современное российское последствие широко и неуместного увлечения принципом добросовестности. «Ахалай-махалай юриспруденция» стала его детищем... Хотя, разумеется, это проблемы не самого принципа добросовестности, а исключительно качества отечественного судейского корпуса. Но ведь именно от этого и предостерегает проф. Покровский: доверяете ли судейским рукам, которым вручаете такое мощное юридическое оружие?

Следующая статья — **«Принудительный альтруизм»** (1902). В ней автор также обсуждает так волнующие его темы: последствия бездействия, которое не является незаконным, но идет вразрез с господствующей моралью: «Я прохожу по берегу реки и вижу, что кто-то тонет; здесь же на берегу есть лодка, и я лишь с небольшим пожертвованием своего времени и своих сил мог бы спасти утопающего. Но я ничего для спасения не делаю». Автор рассуждает о соотношении требований закона, требований морали и доброй совести, места судьи в обществе и правовой системе. Опасаясь широкого внедрения принципа добросовестности, нарушающего правовую определенность, автор отстаивает взгляд на то, что только «определенная, положительным законом предписанная обязанность к действию» является обязательной для членов общества и только нарушение такой обязанности может влечь за собой негативные последствия для нарушителей. И опять здесь из строк сквозят опасения автора получить «республику судей» вместо «правового государства».

В статье **«Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека»** (1899) обсуждается ряд любопытных вопросов, которые актуальны и по сей день: ничтожность сделки, противной добрым нравам; снижение судом чрезмерно высокой неустойки; недействительность невыгодной сделки, совершенной по неопытности. И проф. Покровский снова остро полемизирует со сторонниками этих положений, появившихся в германском праве в связи с принятием Гражданского уложения, и предостерегает от их проникновения в русское право: «Защищать экономически слабых нужно не путем законоположений, подобных рассмотренным статьям, а прямо — установлением правила, что всякое взыскание вообще не должно идти далее известного предела, что человеку должны оставаться известные средства для его дальнейшего хозяйственного существования».

И опять я не могу не вспомнить дискуссии, которые велись в период рекодификации нашего Гражданского кодекса — вокруг принципа добросовестности и последствий его нарушения, ничтожности недобросовестных сделок и — в особенности — вокруг предложения рабочей

группы по реформе ГК ввести в Кодекс отдельный состав оспоримости сделок — возможность оспорить невыгодную сделку, совершенную лицом слабовольным, легкомысленным или неопытным в делах. В отличие от вдумчивой критики проф. Покровского современная критика проекта в этой части была скорее юмористической и заключалась в высмеивании этой идеи, но не в тщательном разборе последствий принятия предложения. Увы, но даже этого хватило для того, чтобы предложение было отвергнуто. Бедные постсоветские пенсионеры, которые настолько неопытны в азах экономики, что не умеют переводить плату за заем из твердой денежной суммы в проценты, ведь это именно вас «юристы-юмористы» оставили без защиты... И все во имя «правовой определенности»! Но, не могу не заметить, идея проф. Покровского о твердом позитивистском начале была реализована при изменении положений о договоре займа и введении законодательного запрета ростовщических процентов.

Следующая статья — **«Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права»** (1913). В ней автор обсуждает проблему «гражданского человека», т.е. усредненную, абстрактную поведенческую модель участника гражданских правовых отношений. Профессор Покровский протестует против нивелирования особенностей конкретной личности и попытки свести предоставление защиты лишь если нарушены представления общества о «средних» сообразительности, уме, силе и проч. Здесь автор восстает против недопущения обязательств с неимущественным содержанием по той причине, что «гражданский человек» живет интересами хозяйственными, а «неимущественные интересы это лишь прихоть». Нет, «надо предоставить индивиду право заключать договора даже необычного содержания»! И дальше, при анализе других правовых ситуаций (например, при ответе на вопрос, какой силы должна быть угроза, достаточная для того, чтобы сделка была признана недействительной), автор призывает не игнорировать нужды и особенности конкретных людей в пользу мнимой правовой определенности.

В работе **«Юридические сделки в проекте Гражданского уложения»** (1904) проф. Покровский разбирает опубликованный для всеобщего обсуждения проект общих положений Гражданского уложения Российской империи. Сетуя на то, что «русский юридический мир не обнаруживает большой энергии в литературном обсуждении проекта», автор с сожалением констатирует: подготовленные редакционные материалы к проекту (некоторый аналог нынешней пояснительной записки к проекту федерального закона) свидетельствуют о «крайней спешности или о крайней усталости разработчиков».

Внимание, современный читатель: к 272 статьям нового Уложения пояснения занимают всего-то... 500 страниц! Вспомните, чем нас сегодня «балуют» современные делатели законов — к законопроекту на десятки страниц пояснительная записка может состоять из двух абзацев, в которых будет написано, что проект конечно же разрешит все насущные проблемы, не потребовав при этом затрат из федерального бюджета!

Профессор Покровский критикует проект Уложения за невнимательность к деталям: в проекте отсутствуют положения о ничтожности волеизъявлений, совершенных ради шутки, в качестве описки, оговорки или опечатки (второй и третий примеры есть в действующем Кодексе — ст. 178 ГК, а вот ничтожности сделки, совершенной ради шутки или в учебных целях, наш Кодекс до сих пор не знает). Далее автор дает детальный разбор учения о заблуждении в предмете сделки как основании для ее недействительности и подробно анализирует соответствующие положения проекта. Наконец, проф. Покровский переходит к анализу положений проекта о недействительности сделок, совершенных под влиянием угрозы и, будучи последовательным в защите субъективного критерия угрозы, приводит реальный пример: к некой суеверной старухе заявился жулик, одетый Николаем-чудотворцем и потребовал подарить ему деньги под угрозой кары в посмертии, требование было выполнено. По проекту Уложения такая сделка не могла быть оспорена, так как не случилось насилия, способного испугать «среднее лицо». Неужели, восклицает профессор, мы оставим несчастную чудаковатую старуху без защиты?! Наконец, в этой же статье коллеги, интересующиеся представительством, найдут отличный критический обзор соответствующего положения проекта русского Гражданского уложения.

Две статьи — «**Основные вопросы владения в новом Германском уложении**» (1899) и «**Владение в русском проекте Гражданского уложения**» (1902) посвящены анализу феномена владельческой защиты. Мало кто из современных юристов понимает, что такое владельческая защита и как она устроена. Сама идея того, что фактическое обладание вещами может быть защищено вне контекста обсуждения основания владения (владеешь ли ты как собственник, как арендатор, как хранитель или же ты просто вор, укравший вещь), кажется немыслимой. Между тем защита фактического владения — институт, известный всякому культурному правопорядку, заботящемуся о том, чтобы оградить владельцев вещей от кулачного права и обеспечить им быструю и эффективную защиту в случае нарушения владения.

Классическое римское учение о владении исходило из того, что для получения защиты владелец должен иметь не только физическое господство над вещью (*corpus possessionis*), но и намерение владеть вещью как своей собственной (*animus possidendi*). Собственник имеет *animus*, вор имеет *animus*, а арендатор — нет, потому что он господствует над вещью, признавая при этом, что вещь не его. Поэтому по римскому праву арендатору владельческая защита недоступна. Это позволило в свое время великому Р. фон Иерингу объявить, что упрощенная защита владения — это защита видимости собственности, так как в подавляющем большинстве случаев владеющий — это именно собственник. Случаи, когда владельческую защиту получит вор, крайне немногочисленны и маргинальны, а потому могут быть легко отброшены ради лучшего обустройства защиты собственности.

Однако это положение дел не устраивает современный оборот, и разработчики ГГУ идут дальше римского права, наделяя владельческой защитой — намного более скорой и простой — арендаторов и иных лиц, фактически владеющих вещами, но не для себя. Это позволило выдвинуть новое обоснование защиты владения — защищая любое владение, законодатель защищает общественный мир и спокойствие. Даже собственник не может силой отобрать свою вещь у арендатора (так как тут же получит владельческий иск).

Разработчики ГГУ выбрали в качестве объяснения владельческой защиты теорию общественного мира, разработчики русского проекта — иеринговскую теорию защиты видимости собственности. И сквозь призму выбора проф. Покровский анализирует нормы ГГУ и нашего проекта, тонко подмечая противоречия и несостыковки конкретных норм с объявленными теоретическими исходными посылками.

В статье **«Возмещение вреда и разложение его»** автор обращается к проблемам деликтного права. Он разбирает римский принцип вины как основание ответственности за деликт, анализирует древнегерманский принцип причинения, который предполагает, что любой вред, даже причиненный невиновными действиями, должен быть возмещен. Наконец, он обращается и к третьему принципу — ответственности по имущественному состоянию, предполагающему, что возложение обязанности по возмещению вреда и объем возмещения должны зависеть от имущественного положения причинителя вреда. Отвергая второй и третий подходы как порождающие не всегда справедливые решения, автор, заботясь о жертвах случайных деликтов, предлагает государству брать на себя компенсационную функцию, защищающую «маленького человека» от случайностей жизни.