

DOI: 10.17803/1729-5920.2023.196.3.009-020

В. Г. Ротань*

Гражданское право России в свете трансатлантических различий в правовой мысли

Аннотация. В статье констатируется, что в последнее время в процессуальные кодексы были внесены изменения, которые фактически привели к законодательному признанию судебной практики источником материального (в том числе гражданского) права. Судебная практика, по крайней мере начиная с середины 90-х гг. прошлого века, не прекращала попыток освоить правотворческую функцию, интенсивность которых значительно снизилась после ликвидации Высшего Арбитражного Суда РФ. Наука гражданского права в лице большой группы ученых также стала на путь обоснования поисков права за пределами закона. В статье обосновывается мысль о том, что эта «ультраамериканская» тенденция социальным условиям России не соответствует. Российское гражданское право должно вернуться к своим немецким истокам, что предполагает поиск права исключительно в рамках закона. При этом заимствованная в Германии концепция правотолкования и правоприменения должна быть дополнена рационалистическим учением о правотолковании. Указанный подход придет на смену интуитивной юриспруденции, прикрываемой ссылками на «смысл» законодательных и иных нормативных положений.

Ключевые слова: судебное правотворчество; немецкий концептуализм; экономический анализ права; судебный прецедент; рациональное правотолкование; интуитивная юриспруденция.

Для цитирования: Ротань В. Г. Гражданское право России в свете трансатлантических различий в правовой мысли // Lex russica. — 2023. — Т. 76. — № 3. — С. 9–20. — DOI: 10.17803/1729-5920.2023.196.3.009-020.

Russian Civil Law in the Light of Transatlantic Differences in Legal Thought

Vladimir G. Rotan, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Civil Law and Procedure, Law Institute, Sevastopol State University
ul. Universitetskaya, d. 33, Sevastopol, Russia, 299053
rotan1942@mail.ru

Abstract. The paper states that recently changes have been made to the procedural codes, which actually led to the legislative recognition of judicial practice as a source of substantive law (including civil law). Judicial practice, at least since the mid-90s of the last century, has not stopped trying to master the law-making function, the intensity of which has significantly decreased after the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation ceased its operation. The science of civil law, represented by a large group of scholars, has also taken the path of justifying the search for law beyond the law. The paper substantiates the idea that this «ultra-American» trend does not correspond to the social conditions of Russia. Russian civil law should return to its German origins, which implies the search for law exclusively within the framework of the law. At the same time, the concept of legal interpretation and law enforcement borrowed in Germany should be supplemented with a rationalistic doctrine of legal interpretation. This approach will replace intuitive jurisprudence, covered by references to the «meaning» of legislative and other regulations.

© Ротань В. Г., 2023

* Ротань Владимир Гаврилович, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права и процесса Юридического института Севастопольского государственного университета
Университетская ул., д. 33, г. Севастополь, Россия, 299053
rotan1942@mail.ru

Keywords: judicial law-making; German conceptualism; economic analysis of law; judicial precedent; rational interpretation of law; intuitive jurisprudence.

Cite as: Rotan VG. Grazhdanskoe pravo Rossii v svete transatlanticheskikh razlichiy v pravovoy mysli [Russian Civil Law in the Light of Transatlantic Differences in Legal Thought]. *Lex russica*. 2023;76(3):9-20. DOI: 10.17803/1729-5920.2023.196.3.009-020. (In Russ., abstract in Eng.).

Исследование проблемы, обозначенной в заглавии настоящей статьи, должно дать ответы на вопросы и о том, как сегодня следует толковать и применять нормы гражданского права, и о перспективах развития практики толкования и применения таких норм, и о перспективах развития гражданского законодательства. Если это так, то указанная проблема должна была бы находиться в центре внимания науки гражданского права. Но так не вышло. И статья скорее лишь ставит проблему, нежели претендует на ее разрешение. Последнее требует длительных дискуссий с участием многих ученых, которые в своей научной деятельности так или иначе касались проблемы, которой посвящена настоящая статья. Изложенное позволяет утверждать, что исследование российского гражданского права в свете трансатлантических различий в правовой мысли является актуальным.

Хотя специально проблема гражданского права России в свете трансатлантических различий в правовой мысли не исследовалась, она, безусловно, принималась во внимание учеными при исследовании проблем толкования и применения гражданского права и права вообще, судебного правотворчества как в советское, так и в постсоветское время. Это не могли не учитывать все ученые, которые готовили или участвовали в подготовке комментариев к гражданскому законодательству, учебников гражданского права либо исследовали проблемы толкования и применения гражданского права и права вообще. Среди таких ученых нельзя не назвать А. Ф. Черданцева, М. Н. Марченко, В. Д. Зорькина, В. А. Белова, А. Г. Карапетова, С. В. Сарбаша, а также большую группу ученых — авторов книг, издаваемых под редакцией А. Г. Карапетова.

Целью статьи является постановка соответствующей проблемы и попытка пригласить к дискуссии специалистов в области гражданского права, других отраслей права, теории права по проблеме гражданского права в свете трансатлантических различий в правовой мысли.

Возможно, термин «трансатлантические различия в правовой мысли» и недостаточно точен, но всякий термин условен. Возможно, более правильно было бы ввести речь о различиях в правовой мысли между странами континентальной Европы и странами общего права. Но употребление взятого выше в кавычки термина К. Грехениг и М. Гелтер вполне убедительно обосновывают тем, что в правовой мысли США наиболее четко выразилось стремление к поиску права за пределами закона. Противоположная сторона указанных различий представлена названными авторами немецким доктринализмом, наиболее ярко выражающим идею поиска права в пределах закона¹. Для целей настоящего исследования не столь важно, насколько американский экономический анализ права фактически готов подчиниться требованиям закона и насколько в немецкой судебной практике проявляется готовность к поиску права за пределами закона. На такую готовность немецкой судебной практики указывают авторитетные ученые: Х. Коциоль², Р. Алекси³, К. Цвайгерт и Г. Кётц⁴. И если Х. Коциоль и Р. Алекси отмечают отдельные эпизоды поиска немецкими судами права за пределами закона, то К. Цвайгерт и Г. Кётц дают на этот случай обобщающие оценки. Повторим, что реальные трансатлантические различия в правовой мысли нас в данной статье интересуют меньше всего. Нас интересует сама возможность таких различий. И если бы на самом деле их не было,

¹ Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 207–278.

² Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право — пример для Европы? // Вестник гражданского права. 2012. № 6. С. 227–288.

³ Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 8–9.

⁴ Цвайгерт К., Кётц Г. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. М.: Международные отношения, 1998. Т. 1. С. 235.

то для целей настоящей статьи их надо было бы придумать, потому что проблема в науке гражданского права России существует независимо от того, насколько ярко в юридической науке и судебной практике США проявляются идеи экономического анализа права (поиска права за пределами закона), а в юридической науке и судебной практике Германии — идеи немецкого концептуализма.

Дискуссию в современной российской науке гражданского права по вопросу о праве суда выйти за пределы закона трудно назвать конструктивной. В советское время общая концепция социалистической законности не допускала такого выхода. Но тогда и дискуссия об обязательности разъяснительных постановлений Пленума Верховного Суда СССР и пленумов высших судов союзных республик оказалась бы беспредметной: такие постановления обязательны исключительно в той части, в которой они не выходят за пределы закона. Но в тридцатые годы прошлого столетия законодательно была признана обязательность разъяснительных постановлений Верховного Суда СССР, хотя при этом ничего не было предусмотрено относительно того, как следует разрешать коллизии между актами законодательства, с одной стороны, и разъяснительными постановлениями Пленума Верховного Суда — с другой. Возможно, это было понятно само собой.

Позднее указания на обязательность разъяснительных судебных постановлений из законов были изъяты. Но бесплодная дискуссия в науке о том, являются ли такие постановления нормативными актами, была продолжена. Вместо поиска ответов на вопрос о том, имеют ли обязательное значение для судов и сторон соответствующих материальных правоотношений правовые позиции, сформулированные в разъяснительных постановлениях Пленума Верховного Суда, в науке стали искать термины, которыми можно было бы обозначить указанные правовые позиции. Таковым стал термин «правоположения» — «специфические правовые явления из сферы правоприменения, находящиеся на грани правосознания и таких объективированных форм правовой действительности, как правовые предписания — нормативные и индивидуальные»⁵. Поиски такого рода продолжаются. При этом меньше всего обращается внимание на материально-правовые нормы, которые логически закреплены в ч. 4.1

ст. 198, ч. 2 ст. 330, ч. 2.3 ст. 379.7 ГПК РФ, ч. 4 ст. 170, ч. 1,2 ст. 270, п. 2 ст. 288 АПК РФ (с учетом п. 3 ч. 3 ст. 310 КАС РФ) и которыми признается нормативное значение правовых позиций, сформулированных в постановлениях Пленума Верховного Суда, постановлениях Президиума Верховного Суда, обзорах судебной практики, утвержденных Президиумом Верховного Суда. Более того, в Гражданский и Арбитражный процессуальные кодексы, Кодекс административного судопроизводства были включены почти идентичные положения, признающие основанием для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора нарушения: 1) прав и свобод человека и гражданина, гарантированных Конституцией, общепризнанными нормами и принципами международного права, международными договорами Российской Федерации; 2) прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов; 3) единообразия в толковании и применении судами норм права (ст. 391.9 ГПК РФ, ст. 308.8 АПК РФ, ст. 341 КАС РФ). Нарушение единообразия в толковании и применении норм права, очевидно, проявляется, в частности, в неправильном истолковании закона, «в том числе без учета правовой позиции, содержащейся в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации, Пленума Верховного Суда Российской Федерации, Президиума Верховного Суда Российской Федерации» (п. 3 ч. 3 ст. 310 КАС РФ). Очевидно, таким нарушением является также толкование и применение норм права без учета правовых позиций, содержащихся в обзорах судебной практики Верховного Суда, утвержденных Президиумом Верховного Суда: поскольку ст. 198 ГПК РФ, ст. 170 АПК РФ, ст. 180 КАС РФ предусматривают возможность ссылок на указанные обзоры, логичным будет сделать вывод о том, что толкование норм права без учета правовых позиций, содержащихся в таких обзорах, будет нарушать единообразие той судебной практики, которая подтверждена как таковая (единообразная) Президиумом Верховного Суда.

Если внимательно посмотреть ст. 391.9 ГПК РФ, ст. 308.8 АПК РФ и ст. 341 КАС РФ, то легко обнаруживается отсутствие в перечне оснований для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора нарушений прав и свобод, установленных законами (другими нормативными правовыми актами — тем

⁵ Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. М. : Юридическая литература, 1981. Т. 1. С. 351.

более). Само по себе это может быть объяснено тем, что в порядке надзора проверяется отсутствие нарушений прав и свобод человека и гражданина, установленных Конституцией, международными договорами Российской Федерации, общепризнанными нормами и принципами международного права, нарушений прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов. Но ведь в перечне таких оснований находится единообразие в толковании и применении судами норм права. Так единообразие судебной практики было поставлено выше закона. Таким образом, судебная практика приобрела собственную признанную законодательно юридическую обязательность, и вполне разумное утверждение о том, что единообразная судебная практика должна признаваться имеющей нормативное значение только при условии ее непротиворечия закону, остается правильным только в той части, в которой под законом понимаются Конституция, общепризнанные нормы и принципы международного права, а также международные договоры Российской Федерации. Противоречащая закону, а также изданным в соответствии с установленным порядком иным нормативным правовым актам единообразная судебная практика приобрела легитимацию через ст. 391.9 ГПК РФ, ст. 308.8 АПК РФ и ст. 341 КАС РФ. Можно, конечно, утверждать, что эти статьи не вполне соответствуют ст. 120 Конституции («судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральным законам»). Но вопрос о конституционности названных статей может решить только Конституционный Суд (постановление Конституционного Суда РФ от 16.06.1998 № 19-П⁶). Можно также обратить внимание на то, что в связи с включением в процессуальные кодексы упомянутых статей Гражданский кодекс не был дополнен указанием на сложившуюся единообразную судебную практику как на источник гражданского права. Но всё это не способно поставить под сомнение юриди-

ческую силу ст. 391.9 ГПК РФ, ст. 308.8 АПК РФ, ст. 341 КАС РФ.

Правда, в связи с этими статьями возникает брешь между гражданским правом и процессуальным правом. Она устраняется элементарным способом, о котором в свое время писал Е. В. Васильковский⁷, позднее — А. Ф. Черданцев⁸. Но написанное ими наукой гражданского права не воспринимается. Тем более не воспринимается усовершенствованный вариант указанного элементарного способа, разработанный крымскими учеными и подробно описанный ими в коллективной монографии⁹ — столичная наука не внемлет гласу провинциальных ученых. Суть проблемы, о которой здесь идет речь, заключается в том, что в положениях процессуальных кодексов, которые признают неправильное применение и толкование норм материального права (в том числе их применение и толкование без учета правовых позиций, изложенных в постановлениях Конституционного Суда, в разъяснительных постановлениях Пленума Верховного Суда, постановлениях Президиума Верховного Суда, обзорах судебной практики Верховного Суда, утвержденных Президиумом Верховного Суда) основанием для отмены судебных постановлений в апелляционном, кассационном и надзорном порядке и которые (положения процессуальных кодексов) регулируют прежде всего процессуальные отношения, логически закрепляются правовые нормы, признающие соответствующие правовые позиции источниками материального (в нашем случае — гражданского) права. Эти правовые нормы при толковании обнаруживаются при помощи вывода от последующего правового явления (признания основанием для отмены или изменения судебных постановлений толкования и применения норм материального права без учета соответствующих правовых позиций) к предыдущему (признанию этих правовых позиций источником материального, в частности гражданского, права). Это такой себе феномен, когда подобного рода право-

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.06.1998 № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. С. 302–305.

⁸ Черданцев А. Ф. Толкование советского права. Теория и практика. М. : Юридическая литература, 1976. С. 48–50.

⁹ Новейшее учение о толковании права : монография / В. Г. Ротань, О. Е. Сонин, Ю. В. Черткова. Симферополь, 2019. С. 228–286.

вые нормы не замечают, не хотят замечать, а остаются (в том числе ученые) на том же уровне познания содержания нормативных правовых актов, на котором более двух тысячелетий тому назад находился Цицерон, когда он говорил о том, что «сущность закона надо искать в мыслях, которые думал выразить законодатель, но не в словах, которыми он выражен»¹⁰. Одно изменилось: «сущность закона надо искать в мыслях» заменили ссылками на «смысл закона».

Изложенное дает основание для вывода о том, что в нормах гражданского права, логически закрепленных в процессуальных кодексах, совершенно определенно проявилась тенденция к приближению к американской модели правотолкования и правоприменения. Но эта тенденция проявляется непоследовательно, в какой-то мере даже скрытно.

Теперь обратимся к ситуации в науке. Корни российской цивилистики — и законодательства, и науки — немецкие (а не американские). Это констатируется и аргументируется¹¹. Но мы уже обратили внимание на выраженную проамериканскую тенденцию в развитии гражданского законодательства России. Относительно науки гражданского права России следует признать весьма скупую выраженную прогерманскую тенденцию в развитии российской науки, хотя немецкая юридическая литература осваивается достаточно интенсивно, о чем свидетельствуют, в частности, научные труды С. А. Сеницына¹², С. В. Третьякова¹³, И. А. Емелькиной¹⁴. Возможно, слабая прогерманская направленность российской науки гражданского права обусловлена особенностью самой германской цивилистики, которая отказалась от разработки проблем пра-

вотолкования, которые (разработки) вполне могли бы стать закономерным путем развития немецкого концептуализма. Очевидно, подействовала магия Ф. К. фон Савиньи, который пришел к выводу о том, что правотолкование есть искусство, которое так же мало может быть освоено посредством изучения правил, как и любое другое искусство¹⁵. Его ученик Г. Ф. Пухта продолжил эту линию, поставив для юриста на первый план здравый смысл¹⁶. Р. фон Иеринг ответил на это достаточно весомо: «Даже простейшие искусства имеют свою технику — технику, которая представляет собою, правда, не что иное, как собранный и объективированный осадок здравого разума, но которая тем не менее может быть понята и применена лишь тем, кто взял на себя труд изучить ее»¹⁷. Но этого оказалось недостаточно, чтобы переломить ситуацию. Поэтому и в современной литературе констатируется, что правотолкование носит эмпирический характер¹⁸. И это, очевидно, касается и Германии.

Зато проамериканская тенденция в российской науке гражданского права получила совершенно определенное и мощное проявление. А. Г. Карапетову при участии С. В. Сарбаша удалось создать неформальную, но сильнейшую научную школу, которая нашла признание в адвокатской среде: одно из последних изданий вышло при поддержке 16 ведущих московских адвокатских объединений¹⁹. Я спросил руководителя одного из этих объединений о том, насколько искренней является лично его поддержка соответствующего издания. Мой собеседник в ответ высоко оценил скрупулезность анализа законодательных положений

¹⁰ Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 1883. С. 359.

¹¹ Гражданское право : учебник : в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. М. : Статут, 2019. Т. 1 : Общая часть. С. 27 ; Белов В. А. Гражданское право : учебник для бакалавров : в 4 т. М. : Юрайт, 2011. Т. 1 : Общая часть. Введение в гражданское право. С. 84.

¹² Сеницын С. А. Общее учение об абсолютных и относительных субъективных гражданских правах : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. М., 2017.

¹³ Третьяков С. В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. М., 2022.

¹⁴ Емелькина И. А. Система ограниченных вещных прав на земельные участки : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011.

¹⁵ Савиньи Ф. К. ф. Система современного римского права. М. : Статут, 2011. Т. 1. С. 389–390.

¹⁶ Васильковский Е. В. Указ. соч. С. 57.

¹⁷ Иеринг Р. ф. Избранные труды : в 2 т. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2006. Т. 2. С. 327.

¹⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М. : Международные отношения, 1999. С. 90–91.

¹⁹ Исполнение и прекращение обязательства : комментарий к статьям 307–328 и 407–419 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : Статут, 2022.

в комментариях, издаваемых под редакцией А. Г. Карапетова, но отказался поддержать идеи политико-правовых резонансов, распространяемых на сферу правоприменения, расширительного и ограничительного толкования, телеологического толкования, понимаемого не как поиск воли исторического законодателя, а как объективно-телеологическое толкование, которое скорее является толкованием теологическим — поиском божественной воли и замечательной ей воли законодателя (соответствующего правотворческого органа). Так что, возможно, не всё так и плохо, идея поиска права за пределами закона не так успешно внедряется в сознание российских юристов, как успешно она разрабатывается представителями научной школы А. Г. Карапетова, как она пропагандируется и издаваемыми ими книгами-комментариями, ставшими доступными в той же мере, в которой стала доступной каждому сеть Интернет, и в аудиториях.

В основу концепции, разрабатываемой школой А. Г. Карапетова, положены ранее разработанные ученым идеи судебного правотворчества²⁰, политико-правовых резонансов, распространяемых на сферу правоприменения²¹, продолженные в концепции экономического анализа права²². Пожалуй, на центральное место в творчестве научной школы А. Г. Карапетова претендует сформулированная С. В. Сарбашем такая мысль: «...Закон — лишь бессловесная бледная тень права, которая оживает и получает истинный голос в судебном применении закона»²³. Полагаем, что все-таки истина заключена в законе, а судебное применение закона — это лишь опыт поиска истины. Да и вообще представители научной школы А. Г. Карапетова любят использовать термины римского права. Возраст и опыт научной деятельности, как представляется, позволяют автору

настоящей статьи посоветовать им обратиться к работе Р. фон Иеринга «Дух римского права»²⁴, чтобы увидеть разницу в отношении к закону римлянина и нашего современника (соотечественника), разницу в социальных условиях, способных питать идею судебного правотворчества. Возможно, С. В. Сарбаш и прав, когда он пишет об удручающем состоянии законотворческого процесса²⁵, но параллельно надо оценивать и готовность социальных условий для перемещения истины из сферы правовых норм в сферу судебного их применения. Закон надо было бы как-то учиться уважать, даже при удручающем состоянии законодательного процесса. При этом не надо возлагать на закон излишних надежд. Закон не может дать абсолютной справедливости. Абсолютную справедливость нам обещали при коммунизме. Но говорили, что при коммунизме права не будет. По дороге к коммунизму оно должно было то ли умереть (отмереть), то ли уснуть (без перспективы проснуться). Так что надо было бы учиться терпимо относиться к несправедливости закона. Не может применяться лишь тот закон, который вообще отрицает нравственность. Это формула Радбруха²⁶. А в остальном... с несправедливостью закона надо мириться. А судам надо было бы идти по пути более последовательного воплощения закона в общественные отношения. Больше надо было бы задумываться над тем, что писал по этому поводу И. А. Покровский, отрицая идею судебного правотворчества²⁷.

А. Г. Карапетов добросовестно приводит пространную цитату из произведения Г. Ф. Шершеневича, в которой содержится убийственная критика судебной практики современной ему России, которая (судебная практика) «рабски ловит каждое замечание кассационного департамента, старается согласовать свою деятельность со взглядом сената»²⁸. Но вывод

²⁰ Исполнение и прекращение обязательства : комментарий...

²¹ Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М. : Статут, 2011.

²² Карапетов А. Г. Политика и догматика гражданского права : исторический очерк // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2010. № 4. С. 6–69 ; № 5. С. 6–56.

²³ Карапетов А. Г. Экономический анализ права. М. : Статут, 2016. С. 82.

²⁴ Основные положения гражданского права : постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : Статут, 2020. С. 291.

²⁵ Основные положения гражданского права : постатейный комментарий... С. 44.

²⁶ Основные положения гражданского права : постатейный комментарий... С. 233–234.

²⁷ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права М. : Статут, 2020. С. 102–107.

²⁸ Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права в России. М. : Статут, 2003. С. 241.

А. Г. Карапетова из этой цитаты оказывается совершенно неожиданным: «...Та картина, которая открывается из этой цитаты, в полной мере отображает бессмысленность борьбы с судебным правотворчеством»²⁹. Выходит, что вроде бы судебное правотворчество является скорее злом, чем добром, но бороться с ним бессмысленно.

Однако научная школа А. Г. Карапетова оказалось не одинокой в обосновании идеи судебного правотворчества. М. Н. Марченко посвятил исследованию и апологетике этой идеи свою монографию, полагая, что «судебные прецеденты, постановления, определения и другие юридические акты, исходящие от высших судебных инстанций, являются одновременно источниками соответственно всей системы национального права различных стран и международного права»³⁰. Идею прецедентного характера решений Конституционного Суда обосновывает В. Д. Зорькин³¹. По поводу оценки идей судебного прецедента применительно к правовой системе России имеется очень содержательная статья Л. В. Головки³². Но всё это — теория права. А нам надо вернуться к проблемам гражданского права, к попыткам ученых — представителей школы А. Г. Карапетова вырастить американское дерево на российской цивилистической почве.

Обратимся прежде всего к вопросу о достижении абсолютной справедливости в имущественных отношениях. В соответствии с п. 1 ст. 811 ГК РФ на своевременно невозвращенную сумму займа подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном пунктом 1 ст. 395 ГК РФ, со дня, когда она должна быть возвращена. Комментируя это законодательное положение, А. Г. Карапетов пишет: «Первым днем, за который начинают причитаться проценты, является первый день просрочки, то есть день, следующий после последнего дня срока платежа. В самой комментируемой норме указано на день, в который сумма займа должна была быть возвращена, но, как представляется, эта

формулировка не вполне корректна и не должна пониматься буквально. Иначе получится абсурдный вывод о том, что штрафная санкция начнет начисляться в тот день, в который по условиям договора должен быть возвращен заем, или последний день того периода, который был отведен договором для оплаты, то есть за тот день, когда еще не было нарушения договора. Проценты же годовые по ст. 395 ГК РФ начисляются на просроченный долг»³³. Между тем последнее замечание («проценты... по ст. 395 ГК начисляются на просроченный долг») не основаны на п. 1 ст. 811 ГК РФ, поскольку этот пункт отсылает к п. 1 ст. 395 ГК РФ только в части, касающейся размера процентов. В части срока, за который начисляются проценты, правовая норма, установленная п. 1 ст. 395 ГК РФ, и правовая норма, текстуально закрепленная в п. 1 ст. 811 ГК РФ, относятся как общая и специальная: специальная правовая норма в сфере своего действия исключает применение общей нормы. Корректна или некорректна эта специальная правовая норма — этот вопрос в рамках российской правовой системы может ставиться только в той мере, в которой она допускает поиск права за пределами закона в порядке экономического анализа права. Поскольку концепция экономического анализа права не имеет своего места в правовой системе России, недопустимо было бы оценивать корректность нормы гражданского права России методом экономического анализа права. Это возможно только в правотворческом аспекте в целях решения вопроса о более целесообразном урегулировании соответствующих общественных отношений. Поэтому и оценка А. Г. Карапетовым вывода, вытекающего из п. 1 ст. 811 ГК РФ, как абсурдного не может быть признана допустимой по своей форме. Не может она быть признана правильной и по содержанию: два субъекта связаны обязательством и должны надлежаще исполнять свои обязанности, составляющие содержание указанного обязательства. И вдруг одна из сторон свою обязанность

²⁹ Исполнение и прекращение обязательства : комментарий... С. 205.

³⁰ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. М. : Проспект, 2008. С. 5.

³¹ Зорькин В. Г. Прецедентный характер решений Конституционного Суда // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–9.

³² Головки Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 6–34.

³³ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет : постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2019. С. 418.

нарушает. Законодатель мог учесть специфику этого обязательства, связанного с риском невозврата в установленный срок заемщиком суммы займа, и установить для заемщика санкцию сугубо штрафного характера в виде обязанности уплатить проценты годовые за последний день своевременного возврата суммы займа, если уж просрочка возврата суммы займа была заемщиком допущена. Это право (полномочие) законодателя. Возможно, в США суд действительно в подобных случаях и вправе проверять правовую норму в порядке экономического анализа права. Правовая система России такого не допускает. Толкование и применение закона *contra legem* в России судом общей юрисдикции или арбитражным судом возможны только в рамках формулы Радбруха, да и то со ссылкой не на эту формулу, а на Конституцию РФ. Но это возможно только путем приостановления судом общей юрисдикции или арбитражным судом производства по делу и обращения с запросом в Конституционный Суд РФ на предмет соответствия Конституции РФ соответствующего подлежащего применению законодательного положения. Такое вытекает из постановления Конституционного Суда РФ от 16.06.1998 № 19-П. Здесь действительно возможно в перспективе изменить (упростить) ситуацию, поскольку указанное постановление не вполне соответствует ч. 1 ст. 15 Конституции РФ.

Обратим внимание также на мелочность вопроса, ради разрешения которого ученый предлагает оценить законодательное положение как «некорректное» и ведущее к «абсурдным выводам», отдав в жертву великое благо, которое дает каждому правовая определенность. В немецком языке используется даже более сильный, чем «правовая определенность», термин — «правовая безопасность» (*Rechtssicherheit*). Эту тропинку осторожно и последовательно протоптал Высший Арбитражный Суд, а в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах»³⁴ эта тропинка выглядит как вполне современная дорога. В частности, Пленум ВАС РФ счел, что он имел полномочия принцип императивности норм обязательственного права, совершенно определенно закрепленный в п. 4 ст. 421 ГК РФ и допускающий признание нормы обязательственного права диспози-

тивной только в силу специального указания закона, заменить принципом диспозитивности. Это касается настолько большого круга норм обязательственного права, что у Пленума ВАС РФ должен был непременно возникнуть вопрос о том, не являются ли такие масштабные изменения в обязательственном праве исключительной прерогативой законодателя. Или не возник этот вопрос, или на него был дан отрицательный ответ — неизвестно. Известен результат: как бы разъяснение, вносящее масштабные изменения в обязательственное право, было дано. Далее это предполагало установление правил о том, когда же норма обязательственного права должна считаться императивной. И такое разъяснение было дано в том же постановлении. Стремление Пленума ВАС РФ заняться правотворчеством было настолько велико, что он стал разъяснять вопрос об императивности/диспозитивности и тех норм обязательственного (договорного) права, которые регулируют отношения, споры по которым арбитражные суды не рассматривают. При этом создается впечатление, что Пленум ВАС РФ совсем не был озабочен проблемой правовой определенности. Так, Пленум отдал предпочтение перед принципом правовой определенности интересу слабой стороны правоотношения в таком совсем уж маловероятном случае, который мы здесь опишем. Частью 4 ст. 29 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»³⁵ установлен запрет на одностороннее изменение кредитной организацией порядка определения процентов по кредитному договору, заключенному с заемщиком-гражданином. Однако, полагал Пленум, это не означает, что запрещено такое изменение, вследствие которого размер процентов по кредиту уменьшается. При этом Пленум счел возможным отступить от буквы закона ради того интереса заемщика-гражданина, который возникнет, если банк решит уменьшить размер процентов (1), сделает это односторонне, а не путем внесения изменений в кредитный договор (2), впоследствии передумает уменьшать размер процентов и начнет спор по поводу размера процентов (3). Вероятность такого поведения банка — субъекта предпринимательской деятельности в сфере высокоинтеллектуального бизнеса крайне

³⁴ СПС «КонсультантПлюс».

³⁵ СПС «КонсультантПлюс».

низкая. Но интересу гражданина-заемщика, который (интерес) может возникнуть в такой ситуации, Пленум ВАС РФ приносит в жертву правовую определенность. Возможно, это и было бы целесообразно в странах общего права, ведь в них, как и когда-то в Древнем Риме, существует высокий уровень доверия к суду, которого нет в современной России. А в условиях низкого доверия к суду правовая определенность должна цениться особенно высоко.

Тем не менее А. Г. Карапетов положительно оценивает рассматриваемое постановление Пленума ВАС РФ и с удовольствием констатирует, что Коллегия по экономическим спорам Верховного Суда поддержала некоторые положения этого постановления³⁶.

Но в одном из произведений А. Г. Карапетова мы находим теоретическое обоснование гораздо более масштабного поиска права за пределами закона. Так, пишет А. Г. Карапетов, суд может обнаружить «телеологический пробел» в праве: логического пробела в таких случаях нет, спор можно разрешить на основании общих норм, «но суду очевидно, что с точки зрения целей права и политико-правовых соображений в позитивном праве отсутствует специальная норма, которая должна была бы учесть специфику ситуации, и разрешение спора на основании общих норм будет явно несправедливо и неразумно. Иначе говоря, здесь суд обнаруживает потенциал для улучшения права и его развития, а для легитимации включения режима правотворчества объявляет наличие пробела в праве»³⁷. По существу, таким образом можно отступить от любой правовой нор-

мы. А указание автора на «явную» несправедливость и неразумность разрешения спора на основе общей нормы опровергается первым же примером, который он приводит, ибо трудно увидеть «явную» несправедливость или неразумность в невозможности применения ст. 333 ГК РФ к товарной неустойке. Стороны сами выбрали такой экзотический вид неустойки и сами несут все неблагоприятные последствия своего выбора.

Мы не будем далее приводить примеры ни из практики Высшего Арбитражного Суда, ни из произведений авторов научной школы А. Г. Карапетова. По существу, и эта практика, и эти произведения пронизаны идеей поиска права за пределами закона. И если иметь в виду указанные произведения, то следует учитывать, что это большое количество произведений большого объема, которые являются легкодоступными. Они в высшей мере полезны, а потому и необходимы для профессионала. И этим привлекают читателей. Но идея поиска права за пределами закона, которая проводится в этих книгах, для российской социальной действительности вряд ли приемлема. По крайней мере, нужна широкая дискуссия с целью поиска приемлемой для российской реальности модели толкования и применения норм гражданского права. Необходима также более активная дискуссия по вопросу о признании регулятивного значения судебной практики, которая положениями процессуальных кодексов об основаниях для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора поставлена выше закона.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. Т. 1. — М. : Юридическая литература, 1981. — 360 с.
2. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с.
3. Белов В. А. Гражданское право : учебник для бакалавров : в 4 т. Т. 1 : Общая часть. Введение в гражданское право. — М. : Юрайт, 2011. — 521 с.
4. Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. — 508 с.
5. Головкин Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. — 2010. — № 6. — С. 6–34.
6. Гражданское право : учебник : в 4 т. Т. 1 : Общая часть / под ред. Е. А. Суханова. — М. : Статут, 2019. — 576 с.

³⁶ Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : Статут, 2017. С. 828.

³⁷ Основные положения гражданского права : постатейный комментарий... С. 337.

7. Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. — 2010. — № 6. — С. 207–278.
8. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М. : Международные отношения, 1999. — 400 с.
9. Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. — М. : Статут, 2017. — 1120 с.
10. Емелькина И. А. Система ограниченных вещных прав на земельные участки : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2011. — 410 с.
11. Заем, кредит, факторинг, вклад и счет : постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / отв. ред. А. Г. Карапетов. — М. : М-Логос, 2019. — 1282 с.
12. Зорькин В. Г. Прецедентный характер решений Конституционного Суда // Журнал российского права. — 2004. — № 12. — С. 3–9.
13. Иеринг Р. фон. Избранные труды : в 2 т. Т. 2. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2006. — 545 с.
14. Исполнение и прекращение обязательства : комментарий к статьям 307–328 и 407–419 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. — М. : Статут, 2022. — 1124 с.
15. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. — М. : Статут, 2011. — 308 с.
16. Карапетов А. Г. Политика и догматика гражданского права : исторический очерк // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2010. — № 4. — С. 6–69 ; 2010. — № 5. — С. 6–56.
17. Карапетов А. Г. Экономический анализ права. — М. : Статут, 2016. — 528 с.
18. Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право — пример для Европы? // Вестник гражданского права. — 2012. — № 6. — С. 227–288.
19. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. — М. : Проспект, 2008. — 512 с.
20. Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. — М., 1883. — 691 с.
21. Новейшее учение о толковании права : монография / В. Г. Ротань, О. Е. Сонин, Ю. В. Черткова. — Симферополь, 2019. — 792 с.
22. Основные положения гражданского права : постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. — М. : Статут, 2020. — 1104 с.
23. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М. : Статут, 2020. — 351 с.
24. Радбрух Г. Философия права. — М. : Международные отношения, 2004.
25. Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. 1. — М. : Статут, 2011. — 510 с.
26. Синицын С. А. Общее учение об абсолютных и относительных субъективных гражданских правах : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. — М., 2017. — 604 с.
27. Третьяков С. В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике : дис. ... д-ра юрид. наук : 22.00.03. — М., 2022. — 495 с.
28. Цвайгерт К., Кётц Г. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. Т. 1. — М. : Международные отношения, 1998. — 478 с.
29. Черданцев А. Ф. Толкование советского права. Теория и практика. — М. : Юридическая литература, 1976. — 168 с.
30. Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права в России. — М. : Статут, 2003. — 250 с.

Материал поступил в редакцию 18 декабря 2022 г.

REFERENCES

1. Alekseev SS. Obshchaya teoriya prava: v 2 t. [General theory of law: in 2 vols]. Vol. 1. Moscow: Yurid. lit. Publ.; 1981. (In Russ.).
2. Aleksii R. Ponyatie i deystvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu) [The concept and validity of law (response to legal positivism)]. Moscow: Infotropik Media Publ.; 2011. (In Russ.).
3. Belov VA. Grazhdanskoe pravo: uchebnik dlya bakalavrov: v 4 t. Obshchaya chast. Vvedenie v grazhdanskoe pravo [Civil Law: textbook for bachelors: in 4 vols]. Vol. 1: General part. Introduction to Civil Law]. Moscow: Yurait; 2011. (In Russ.).

4. Vaskovsky EV. Tsivilisticheskaya metodologiya. Uchenie o tolkovanii i primenenii grazhdanskikh zakonov [Civilistic methodology. The doctrine of the interpretation and application of civil laws]. Moscow: YurInfoR Publ.; 2002. (In Russ.).
5. Golovko LV. Sudebnyy pretsedent kak nenormativnyy sposob legitimatsii sudebnykh resheniy [Judicial precedent as a non-normative way of legitimizing judicial decisions]. *Civil Law Review*. 2010;6:6-34. (In Russ.).
6. Sukhanov EA (ed.). *Grazhdanskoe pravo: uchebnik: v 4 t. T. 1: Obshchaya chast* [Civil Law: textbook: in 4 vols.]. Moscow: Statute Publ.; 2019. (In Russ.).
7. Grehenig K, Gelter M. Transatlanticheskie razlichiya v pravovoy mysli: amerikanskiy ekonomicheskiy analiz prava protiv nemetskogo doktrinalizma [Transatlantic Differences in Legal Thought: American Economic Analysis of Law versus German Doctrinalism]. *Civil Law Review*. 2010;6:207-278. (In Russ.).
8. David R, Jofre-Spinozi K. Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti [The main legal systems of our time]. Moscow: International Relations Publ.; 1999. (In Russ.).
9. Karapetov AG (ed). *Dogovornoe i obyazatelstvennoe pravo (obshchaya chast): postateynny kommentariy k statyam 307–453 Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [Contract and Obligation law (general part): Article-by-article commentary on Articles 307–453 of the Civil Code of the Russian Federation]. Moscow: Statute Publ.; 2017. (In Russ.).
10. Emelkina IA. Sistema ogranichennykh veshchnykh prav na zemelnye uchastki: dis. ... d-ra yurid. nauk [The system of limited property rights to land plots: D. Sci. (Law) Dissertation.]. Moscow; 2011. (In Russ.).
11. Karapetov AG (ed). *Zaem, kredit, faktoring, vklad i schet: postateynny kommentariy k statyam 807–860.15 Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [Loan, credit, factoring, deposit and account: article-by-article commentary to Articles 807–860.15 of the Civil Code of the Russian Federation] [Electronic edition. 1.0 Edition]. Moscow: M-Logos Publ.; 2019. (In Russ.).
12. Zorkin VG. Pretsedentnyy kharakter resheniy Konstitutsionnogo Suda [The precedent nature of the decisions of the Constitutional Court]. *Journal of Russian Law*. 2004;12. (In Russ.).
13. Iering R. von. *Izbrannye trudy: v 2 t.* [Selected works: in 2 vols]. Vol. 2. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr-Press; 2006. (In Russ.).
14. Karapetov AG (ed). *Ispolnenie i prekrashchenie obyazatelstva: kommentariy k statyam 307–328 i 407–419 Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [Performance and termination of obligations: commentary on Articles 307–328 and 407–419 of the Civil Code of the Russian Federation]. Moscow: Statute Publ.; 2022. (In Russ.).
15. Karapetov AG. *Borba za priznanie sudebnogo pravotvorchestva v evropeyskom i amerikanskom prave* [The struggle for the recognition of judicial lawmaking in European and American law]. Moscow: Statute Publ.; 2011. (In Russ.).
16. Karapetov AG. *Politika i dogmatika grazhdanskogo prava: istoricheskiy ocherk* [Politics and dogmatics of civil law: a historical essay]. *Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation*. 2010;4:-69; 2010;5:6-56. (In Russ.).
17. Karapetov AG. *Ekonomicheskiy analiz prava* [Economic analysis of law]. Moscow: Statute Publ.; 2016. (In Russ.).
18. Kotsiol H. Blesk i nishcheta nemetskoj tsivilisticheskoy dogmatiki. Nemetskoe pravo — primer dlya Evropy? [The splendor and poverty of German civilistic dogmatics. Is German law an example for Europe?]. *Civil Law Review*. 2012;6. (In Russ.).
19. Marchenko MN. *Sudebnoe pravotvorchestvo i sudeyskoe pravo* [Judicial law-making and judicial law]. Moscow: Prospect Publ.; 2008. (In Russ.).
20. Muromtsev SA. *Grazhdanskoe pravo Drevnego Rima* [Civil law of Ancient Rome]. Moscow; 1883. (In Russ.).
21. Rotan VG, Sonin OE, Chertkova YuV. *Noveyshee uchenie o tolkovanii prava: monografiya* [The newest doctrine of the interpretation of law]. Simferopol; 2019. (In Russ.).
22. Karapetov AG (ed). *Osnovnye polozheniya grazhdanskogo prava: postateynny kommentariy k statyam 1–16.1 Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [The main provisions of civil law: an article-by-article commentary on Articles 1–16.1 of the Civil Code of the Russian Federation]. Moscow: Statut Publ.; 2020. (In Russ.).
23. Pokrovsky IA. *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava* [The main problems of civil law]. Moscow: Statut Publ.; 2020. (In Russ.).
24. Radbruch G. *Filosofiya prava* [Philosophy of Law]. Moscow: International Relations Publ.; 2004. (In Russ.).
25. Saviny FK. *von Sistema sovremennogo rimskogo prava* [The system of modern Roman law]. Vol. 1. Moscow; Statut Publ.; 2011. (In Russ.).

26. Sinitsyn SA. Obshchee uchenie ob absolyutnykh i otnositelnykh subektivnykh grazhdanskikh pravakh: dis. ... d-ra yurid. nauk [The general doctrine of absolute and relative subjective civil rights: Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Moscow; 2017. (In Russ.).
27. Tretyakov SV. Razvitie ucheniya o subektivnom chastnom prave v zarubezhnoy tsivilistike: dis. ... d-ra yurid. nauk [The development of the doctrine of subjective private law in foreign civil law: Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Moscow; 2022. (In Russ.).
28. Zweigert K, Kötz G. Vvedenie v sravnitelnoe pravovedenie v sfere chastnogo prava: v 2 t. [Introduction to comparative jurisprudence in the field of private law: in 2 vols]. Vol. 1. Moscow: International Relations Publ.; 1998. (In Russ.).
29. Cherdantsev AF. Tolkovanie sovetskogo prava. Teoriya i praktika. [Interpretation of Soviet law. Theory and practice]. Moscow: Yurid. lit. Publ.; 1976. (In Russ.).
30. Shershenevich GF. Nauka grazhdanskogo prava v Rossii [The science of civil law in Russia]. Moscow: Statut Publ.; 2003. (In Russ.).