

## ПРЕДИСЛОВИЕ К ШЕСТОМУ ИЗДАНИЮ

Тринадцать лет прошло с момента выхода пятого издания этой книги. Ситуация сильно изменилась во всех отношениях. Это уже само по себе означает, что нынешнее издание решительно отличается от прежнего, хотя бы исходя из контекста как юридического и шире — социального, так и собственно научного.

Но изменился и сам текст книги. Некоторые главы опущены, и читатель может при желании найти их в 4-м и 5-м изданиях<sup>1</sup>. В других главах в основном обрели завершенную форму те идеи, которые уже были ранее высказаны. Но теперь эти идеи, кроме того, сопоставлены одна с другой, увязаны в систему взглядов, им придано качество общей теории или, по крайней мере, нескольких теорий, которые все же находятся в связи между собой.

Несколько лет назад один юрист не пошел дальше эпиграфа к 5-му изданию и сразу же стал широко обсуждать его в сетях, ограничившись, впрочем, электронной версией, которую я, к слову сказать, не авторизовал. Не буду называть его имени, полагая, что такое отношение к юридическим текстам свойственно не только ему. Нужно признать, что окончание эпохи Гуттенберга, как это время называла А. Ахматова, породило наряду с прочим именно такое, иногда называемое клиповым, чтение. Его чертами, как кажется, стало неумение (а может быть, и отсутствие стремления) вчитываться в слова, думать не только над тем, что написано, но и над тем, что не сказано, неумение остановиться и подумать, пробиться через «пену текста» (слова М. Фуко) к его твердым основам, не всегда прямо обозначенным, но понимаемым, скажем, путем исключения противоречий, сопоставления с ранее признанными аксиомами и т.п. средствами, причем овладение ими само по себе — важнейшее достижение.

Читатель умнеет, как я говорю студентам, не тогда, когда читает, а когда обдумывает прочитанное.

В этой связи должен заметить, что, несмотря на внушительный объем этой книги, многие важные мысли сказаны здесь очень кратко, иногда в придаточных предложениях, скобках или сносках. Конечно, я мог бы их развернуть, но тогда книга стала бы просто необъятной.

Для тех, кто все же посчитал слишком трудным или, наверное, уже и непривычным вчитывание в книгу — а она требует именно медленного чтения, труда, — я, посоветовавшись с редактором, решил кратко изложить некоторые выводы в этом предисловии. Хотя и должен высказать свое давнее убеждение, что доводы практически всегда важнее выводов.

Книга начитается с очерка теории дара, впервые сформулированной сто лет назад французским антропологом М. Моссом (я разделяю убеждение тех ученых, которые относят очерк о даре М. Мосса к величайшим текстам науки о человеке).

---

<sup>1</sup> Склоцкий К.И. Собственность в гражданском праве. 4-е изд. М.: Статут, 2008; 5-е изд. М.: Статут, 2010.

Ее я и раньше привлекал для обоснования различных частных суждений. Теперь мои размышления над этой теорией привели меня к некоторым тезисам, которые отчетливо высказаны впервые. То немаловажное обстоятельство, что ранее они не высказывались, а некоторые даже и не обсуждались, я могу объяснить тем, что речь идет о понятиях юридических, а юридическая теория до сих пор не освоила теории дара, как и ее основных выводов. Впрочем, то же самое говорят и о многих других отраслях гуманитарного знания.

Основным, но далеко не единственным в первой главе стал тезис: свобода воли возникла из договора купли-продажи, так как решение о цене может быть принято только произвольным решением, охватывающим риск. Свобода — не личное качество субъекта, а отношение, суть которого — в ответственности лица, принимающего свободное решение, за это решение. Упрощая, свобода нужна не тому, кто принимает решение, а тому, кто получает право привлечь к ответственности (юридическое выражение известной истины: свобода — не благо, а бремя). Стало быть, свобода воли утрачивает значение, когда не имеется этого отношения (например, при завладении ничьей вещью).

Соответственно, поскольку цена — это количество денег, свобода воли возникла непосредственно в результате появления денег, которые были призваны для выхода из общества даров.

Нужно заметить, что юристы со времен римского права и до сих пор исходят из того, что свобода дана. Насколько известно, только Гегель увидел здесь противоречие и, согласившись с данностью (и вневременностью) свободы в «Философии права», там же, однако, заявил, что свобода пришла в мир с христианством, т.е. тем самым отверг общее неверное суждение.

Идея возникновения свободной воли и права из договора купли-продажи, которое могли и должны были обнаружить только юристы, нуждается в юридических же уточнениях. Договор имелся и до права, поэтому возникновение права точнее увязать не с договором, а с обязательством. Именно обязательство — количественно определено и возможно, лишь если уже есть деньги, есть определенное количество. Даже когда само обязательство состоит в передаче вещи, а не денег, оно с самого начала включает ответственность, а уж ответственность — это непременно деньги и количество.

Здесь, кстати, обнаруживаются и средства для решения частного вопроса о существовании и генезисе договора мены, на который обращали внимание великие романисты XIX в. Иеринг решал его в том смысле, что доденежная мена бесследно исчезла. Точнее полагать, что передача вещей не создавала до денег обязательства (об этом прямо говорил И. Покровский) и потому несовместима с существованием права. В любом случае суждение римских юристов, что мена в своем развитии «постепенно» привела к появлению денег, не принималось ни Иерингом, ни Покровским, и это правильно — такое суждение ошибочно. Любое обязательство, в том числе обязательство из договора мены, возникает лишь тогда, когда деньги уже есть, уже появились.

Если свобода возникла вместе с деньгами, то тогда же возникла и современная мораль, которая также основана на свободном выборе и ответственности за него. Связь и взаимовлияние права и морали — важнейшая тема для юристов, в частности, для понимания концепта естественных прав, прирожденных прав личности

и вытекающей из него моральной критики позитивного права, но рассмотрение этой темы далеко выходит за рамки книги.

Важным мне кажется то, что антропология, помимо упомянутых выше теоретических потенций теории дара, дала также и возможность пересмотреть понятие права собственности. Человеческому обществу, несомненно, всегда было присуще признание связи между человеком и вещью. Эта связь актуальна и сегодня, проявляясь, например, в тотальных феноменах подлинника (отражение личности в вещи) и феномене моды (отражении вещи в личности). Эта связь, имея фундаментальное цивилизационное значение, конечно, воздействовала и на складывание права, прежде всего – создав такое социальное качество лица, как принадлежность вещи, признанную обществом: ведь любое социальное качество – результат признания обществом, всеобщего признания, как говорил Гегель. Эта общепризнанная принадлежность вещи лицу – и есть право собственности.

Она вполне идеальна, как это и присуще праву, и вполне социальна, т.е. создана и поддержана обществом.

Сопоставление права собственности как явления идеального с владением как явлением материальным позволяет лучше увидеть, в чем состоит право собственности как принадлежность вещи.

Одновременно решаются трудности, с которыми до конца не справилась германская цивилистика, остановившаяся в понимании права собственности перед противоречиями между концептом «дозволения» и возможностями правового механизма, основанного на запрете как средстве регулирования.

Здесь нужно привлечь, помимо собственно юридического материала, также и знание об обществе, способном творить идеальные качества, которые право может лишь принять, но не создать.

К высказанной ранее критике отечественного концепта триады, которая якобы составляет содержание права собственности (а идея триады – довольно слабый вариант в целом не самого убедительного концепта «дозволения», точнее, его средневековой разновидности – «наделения»), добавлена также отсылка к тексту п. 2 ст. 209 ГК РФ, который как раз и определяет право собственности через запрет, тем самым отбрасывая содержание этого права и как дозволение, и как наделение.

До сих пор тот факт, что в п. 1 и 2 ст. 209 ГК РФ право собственности определяется принципиально по-разному, не привлекал внимания.

Большое внимание уделяется понятию вещи, которое также до сих пор полагалось данным праву извне, из природы. На самом деле это понятие принадлежит не только вообще сфере социальной, но исключительно сфере юридической. Опираясь на взгляды Х. Арендт, я предложил понятие вещи как материального объекта, созданного человеком в соответствии с идеей вещи, причем эта идея обязательно включает способность вещи находиться во владении. При создании вещи человеком гораздо важнее соответствие вещи идее, чем вложенное в это создание количество труда. Этот теоретический вывод был практически проверен применительно к таким вещам, как земельные участки, деньги, линейные объекты, помещения и др.

Говоря об общей собственности, я обратил внимание на то, что иски совладельцев в суд, помимо защиты нарушенного права, также выступают и как способ получить решение, недоступное из-за отсутствия консенсуса. Во втором случае

суд, по существу, выступает в той роли, которую можно в некотором смысле сопоставить со жребием.

Если содержание права собственности (принадлежность вещи лицу) предпослано праву, то переход права собственности уже требует привлечения юридического арсенала, развития юридических механизмов, опосредующих волю участников отношения. Здесь имеется серьезная проблема. Ведь принадлежность вещи не содержит в себе самой возможности ее передачи. Требуются большие усилия, чтобы найти связь между признанием лица собственником вещи и признанием его возможности передать собственность другому лицу. Процесс поисков способов передачи права не мог не быть долгим, что позволяет сказать, что если возникновение обязательственных прав дискретно, то возникновение вещных прав постепенно, т.е. их генезис не тождествен.

Процесс передачи собственности подчинен запрету кражи, который охватывал также и запрет продажи чужого. Этот запрет и после того, как он перестал квалифицироваться как кража, остается неизменным для права в целом.

Соответственно развитию общества, в том числе — развитию гражданского оборота, формировались различные исторические и национальные способы передачи права собственности с подчинением того или иного способа императиву запрета продажи чужого.

Гражданский кодекс РФ избрал механизм передачи (перехода) права собственности, состоящий в том, что право собственности переходит по накоплению юридического состава, в который входит в качестве обязательного факта и основания договор об отчуждении вещи.

Если ввести в рассуждение такой пункт, как соответствие права действительности, то российский механизм перехода права собственности представляется наиболее соответствующим действительности. На самом деле он исходит из того, что имеются факты как явления материальные и субъективные права как явления идеальные и юридическая связь между ними состоит в том, что право (закон) указывает на факты или фактические составы и связывает с ними юридические последствия. Если исходить из этого, то только переход права против состава будет соответствовать действительности, реальной хозяйственной жизни.

Проблема запрета продажи чужого решена российским правом так: сделка по продаже чужого ничтожна для собственника (обладателя права в целом, так как этот запрет охватывает продажу любого имущества), но стороны сделки по продаже чужого не могут оспаривать ее по мотиву нарушения прав третьего лица, так как такого права у них нет, а для защиты интереса нужно указание закона, которого между тем не имеется. Впрочем, возможно оспаривание сделки по такому основанию, как заблуждение (обман) касательно принадлежности права продавцу.

Механизм эвикции действует для недействительной (ничтожной) продажи чужой вещи в силу правила п. 2 ст. 167 ГК РФ, предусматривающего исключения из общего правила о реституции в случае, указанном в законе. Здесь таким законом выступает ст. 461 ГК РФ.

Таким образом, ГК РФ нашел решения основных трудностей, связанных с продажей чужого, в том числе за счет особенного, присущего российскому праву, механизма реституции. При этом не понадобилось введения фикций и отступления от понимания сделки и исполнения обязательства как действия.

Здесь нужно отметить, что если не отступать от такого, имеющего решающее значение факта, что сделка – это действие, как об этом правильно говорится и в законе (ст. 153 ГК РФ), то невозможно избежать пересмотра всего учения о сделке. Некоторые мои суждения об этом изложены в отдельной книге<sup>1</sup>. Но и в главах книги о переходе права и о договоре купли-продажи затрагиваются также и общие проблемы понятия сделки.

Обсуждение владения заставляет признать, что в отсутствие владельческой защиты квалификация владения в основном ограничена отношениями владельца и собственника. В таком случае, я полагаю, оно выступает в трех видах: законное, незаконное и полицейское владение.

Завершает книгу глава о реституции, появившаяся уже в первом издании. Имеющаяся литература позволяет сказать, что реституция – особенность отечественного права. Этот механизм был создан и обоснован советскими цивилистами, первоначально – преподавателями ЛГУ, в 50–60-е гг. прошлого века. После научных дискуссий он был введен в советское гражданское законодательство и остается частью российского права до сих пор. Реституция, имея природу относительного отношения типа обязательства, не является способом защиты гражданского права.

Рассматриваются различные практические аспекты применения норм о реституции.

Затрагивается в связи с соотношением реституции и конфискации вопрос о содержании правопорядка. Я полагаю, что высказанная в деле «Гогитидзе против Грузии» в ЕСПЧ идея Конституционного суда Грузии о том, что в силу основ правопорядка условием защиты права собственности должно быть доказательство собственником законных источников ее приобретения, не может быть принята. Действующий правопорядок основан на защите права собственности лица на вещь, поскольку иным лицом не доказано, что эта вещь принадлежит ему.

Говоря шире – в обществе существует тот правопорядок, который сложился, включая и существующее право (которое, как известно, далеко не всегда совпадает с законом). Правопорядок, конечно, несовместим с произволом, даже если произвол стал обыденным. Но он не совпадает и с желаемым устройством общества, которого еще нет, хотя бы оно и мыслилось с точки зрения текущего его устройства как идеальное и совершенное. Кстати, ЕСПЧ в резолютивной части своего решения оставил упомянутый довод КС Грузии без поддержки.

Я впервые предлагаю издательству текст книги в отсутствие моих идеальных читателей и собеседников – А. Маковского и В. Ема. Как-то К. Паустовский сказал, что, когда пишешь книгу, нужно писать ее не с оглядкой на придирчивого критика, а для близкого человека. Хочу сказать, что для таких близких людей я и писал ее.

---

<sup>1</sup> *Скловский К.И.* Сделка и ее действие. (4-е изд., доп.). Комментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. М.: Статут, 2019.

## ВВЕДЕНИЕ

Дело юристов — видеть связь между конкретным фактом  
и зданием всей вселенной.

*Оливер Уэнделл Холмс — младший*

Два равно очевидных фактора: дискредитация теоретизирования как такового и бурная экспансия прагматизма — привели вместе к бесспорному преобладанию феноменологических описаний над фундаментальными спекуляциями. Абстракции совершенно определенно уступили место эмпирии. Казалось бы, теперь следует ожидать в праве триумфа позитивизма. Но оказывается, что до этого еще далеко. Основой позитивизма может служить лишь разработанная юридическая база, хорошо прослеживаемые традиции и укоренившийся приоритет права в жизни. Только такая ситуация позволяет вполне утвердиться снисходительному отношению к юридической философии (спекуляции) и самодостаточности права, требующему лишь догматической шлифовки. Не стоит, видимо, доказывать, что мы находимся довольно далеко от такого положения. Как метко заметил В. Нерсесянц, у нас господствует «антиюридический позитивизм».

Непростой задачей сегодня стало обоснование самого права на теоретическое исследование. Если с появлением возможности инициативного издания отпала необходимость ритуального обоснования «актуальности» работы, то возникла обязанность убедить, что речь идет о вещах насущных, что ранее было бы воспринято как недопустимая наивность. Наверное, важнее всего доказать, что сегодня наиболее важны теоретические, фундаментальные работы. Современный мировой фон отнюдь не подтверждает этого. Если англо-американское право всегда тяготело по хорошо известным причинам к прикладным исследованиям, то и европейское, и самое близкое нам немецкое правоведение все меньше ориентируется на теорию. Это, впрочем, можно понять. В середине XIX в. во время разделенной Германии только отвлеченные теоретические работы могли иметь значение для немецких юристов, работающих в условиях юридического партикуляризма. Сказывалось и влияние великой немецкой философии с ее стремлением к универсальным системам. Впрочем, с созданием единого германского гражданского права и даже несколько ранее связь германского правоведения и европейской философии, пожалуй, стала гораздо менее заметна.

Германская юридическая теория послужила источником и образцом для русской юриспруденции конца XIX — начала XX в.

С тех пор немецкое право стало в значительной мере частью европейского, а европейское право, накопив громадный нормативный массив, создав в значительной мере унифицированные судебные процедуры, озабочено прежде всего поддержанием нормального функционирования этой системы, не подвергая ревизии и особенно глубокой рефлексии ее основания. Соответственно роль отвлеченных теоретических исследований в континентальном праве не могла не снизиться.

Надо признать, что простое «приобщение» к европейской юридической системе невозможно потому, что мы еще культурно далеки от этого: невозможно, находясь в совершенно иных условиях, освоить, т.е. сделать своим, действующий механизм, не освоив оснований его деятельности.

При этом переписывание немецких учебников, имея некоторый смысл в части пополнения юридического кругозора, гораздо менее полезно в смысле развития современного российского права, поскольку при этом игнорируются тот сложившийся уклад жизни, те взгляды и стереотипы, с учетом которых создается право, и качество того государства, для которого это право создается, а также того чиновничества, которое призвано его исполнять.

За прошедшие годы было в основном освоено наиболее ценное в русской теории права начала прошлого века, хотя и здесь невозможно говорить о возвращении к нему – прежнее русское право уже не может вернуться.

Позитивизм у нас невозможен еще и потому, что, как уже говорилось, текущая практика слишком слаба, слишком мало в ней собственно юридического содержания по сравнению с политической и иной случайной конъюнктурой, чтобы она могла стать достойным и достаточным материалом для позитивного анализа и обобщений<sup>1</sup>. Поэтому решения всякой сложной проблемы мы должны искать не в нашей текущей практике, а в основаниях теории, которая несравненно богаче.

У нас нет иного выхода, кроме интенсивного освоения того теоретического фундамента, который создан цивилизацией и включает в себя не только право, но также антропологию, социологию, лингвистику, философию и т.д. Только обращение к достижениям мировой гуманитарной мысли, которая достигла развития, далеко превосходящего уровень германских юридических теорий полуторавековой давности, позволяет решить многие нерешенные проблемы и преодолеть многие трудности.

Кроме того, повторение задов европейского права, которое могло бы иметь некоторый смысл лишь при формальном включении российского права в систему права европейского (это имеет место лишь в весьма ограниченной сфере действия конвенций, к которым Российская Федерация, обычно с оговорками, присоединилась), само по себе вполне похвальное, как и любое мирное и безвредное занятие, однако порождает лишь сожаления по поводу бесцельных усилий, если сравнить тот пафос подъема, в котором европейское право XIX в. создавалось, с той атмосферой безнадежности, которая сложилась сегодня в юридической сфере, атмосфере, выйти из которой можно будет лишь находя собственные, уникальные пути, учитывая уникальность самой ситуации.

Особое, центральное, место, занимаемое правом собственности, обычно подразумевается и, кажется, не требует доказательств. Но это интуитивное осознание, ощущение должно быть объяснено. При этом обнаруживается, что такое объяснение едва ли возможно без обращения к самой сути этого права. В советской науке

---

<sup>1</sup> Поэтому довольно курьезными выглядят такие попытки следования традициям прецедентного права, когда для обоснования тезиса привлекается несколько десятков казусов, при том что не меньше можно найти и для его опровержения. Сила прецедента – в его единственности; если же решение, не будучи прецедентом, претендует на значение для права, то важно, насколько убедительно и глубоко оно обосновано, что едва ли присуще решениям наших судов.

ведущее значение права собственности выводилось обычно из основополагающего места экономических отношений собственности, совпадающих с экономическим базисом.

Соответственно, преобразование экономики должно происходить через отмену или изменение права собственности.

Эта победительная логика таит в себе серьезную опасность: если вдруг заколеблется и рухнет вся иерархия, то под ее обломками могут оказаться наиболее ценные юридические приобретения, создаваемые согласованными согласными усилиями несколько тысячелетий и совершенно не заслужившие такого отношения.

Впрочем, тотальность, всеохватность экономического детерминизма уже более не предопределяет конкретных подходов к решению собственно юридических задач, хотя в учебной литературе преобладают традиционные взгляды, признающие существование «экономических отношений собственности».

Возможно, что воспроизведение этих взглядов можно в некоторых случаях объяснить понятным нежеланием ученого менять однажды высказанную позицию, особенно если следование ей не влечет никаких опасных практических последствий, а увидеть сегодня реальные угрозы правоведению и тем более текущему законодательству из уважительного или, чаще, безразличного признания «базисных отношений собственности», надо сказать, нелегко.

В некоторых случаях, впрочем, можно расценивать изложение тезиса об экономических отношениях собственности не как сообщение о предмете, а как сообщение об авторе текста.

Тем не менее вопрос заслуживает некоторого внимания, хотя его актуальность постоянно снижается по мере увеличения числа юристов, не учившихся по советским учебникам.

Обсуждая взгляды Маркса, которые, бесспорно, являются основой любой теории, признающей существование наряду с юридическими также экономических отношений собственности, мы не можем не заметить их связи с идеями его времени, в том числе — философией права Гегеля<sup>1</sup>.

Общим для них является подчинение права иной системе отношений, объяснение его извне. Понятно, что значение для правоведения такого подхода снижается всякий раз, как ставится под сомнение жесткий детерминизм, какую бы природу — материальную или идеальную — он не имел.

Стало быть, практически примирение может быть найдено на почве признания самоценности права, его внутренней цельности, первичности для него собственных аксиом, уважения к его истории. Едва ли можно ожидать, что юристам будет трудно принять такие взгляды.

По-видимому, наметилось сближение именно на этих принципах. Более трех десятилетий назад, когда проблема детерминизма была куда острее, я пытался искать компромисс в том, что даже если «собственность в экономическом смысле» — как самое глубокое и самое потаенное базисное отношение — и существует, то она никогда не является нам — ни сама по себе, ни в юридическом обличье<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См., например: *Пашуканис Е.Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. Следует заметить, что Пашуканиса принято считать наиболее последовательным марксистом среди юристов.

<sup>2</sup> Правоведение. 1990. № 1. С. 40–45.

В рамках советской доктрины это было максимально радикальное из возможных высказывание. Действительно, никому еще не удавалось указать на какой-либо экономический феномен или их комбинацию и опознать его как явление самой собственности. Даже если прибегнуть к помощи известных инфернальных сил, коим доступны все глубины и бездны и уж, конечно, недра базиса, то все равно не будет основания для заявления: «Остановись, мгновение, вот явлена собственность (в экономическом, конечно, смысле)!».

В.П. Шкретов достаточно убедительно показал, что попытки экономистов обнаружить собственность саму по себе приводят обычно к тому, что юридические явления выдаются за экономические<sup>1</sup>.

Современная экономическая литература не колеблет эти выводы. Например, молодой экономист, поставив перед собой трудно выполнимую, пожалуй – героическую, задачу обнаружить «владение как экономическую категорию», соглашается с тем, что отыскиваемое им экономическое владение состоит в том, что «субъект собственности того или иного объекта (средств производства, денег, предметов потребления и т.п.<sup>2</sup>) не использует этот объект сам, а передает его на определенный срок или в бессрочное пользование другому субъекту, не утрачивая при этом права собственности на передаваемый объект». По мнению автора, в этом определении (как и в иных аналогичных) «речь идет о реальных экономических отношениях, а не о праве владения»<sup>3</sup>. Однако на самом деле в данном определении самым тривиальным образом описывается известное Гражданскому кодексу законное<sup>4</sup> владение. Если «экономическое владение» должно чем-то отличаться от владения юридического, то мы должны в этом определении найти какой-то остаток, не охватываемый правом, и отождествить его с неправовым, т.е. искомым, экономическим явлением. Но здесь нет решительно ничего иного, кроме юридического, причем самого заурядного, содержания.

Попытка, приходится признать, не удалась. Удачных попыток сторонники теории экономической собственности не приводят.

Поэтому остается согласиться с В. Шкретовым в том, что в лучшем случае экономисты просто не очень компетентно излагают прописные юридические истины в качестве экономических понятий, а в худшем – придумывают довольно невнятные категории, которые чем более отличны от юридических, тем более лишены смысла и применимости.

---

<sup>1</sup> См.: Шкретов В.П. Метод исследования собственности в «Капитале» Маркса. М., 1973. С. 59; Он же. Экономика и право. М., 1990. С. 222 и сл.

<sup>2</sup> Различие между экономическим и юридическим рассуждением чаще всего обнаруживается именно в понимании предмета. Право знает только вещи как объект права и объект владения. Указание на экономические функции вещей никак не затрагивает суть владения.

<sup>3</sup> Шайхутдинова Э.Р. Владение как категория политической экономии // Вестник молодых ученых. 2001. Вып. 1 / Самарская гос. эконом. академия. Самара, 2001. С. 21–22.

Автор отнюдь не стремится сформулировать новый подход, а цитирует экономистов старшего поколения, которые точно так же общеизвестные, классические юридические понятия выдавали за экономические.

<sup>4</sup> Если уж обсуждать полноту данного определения, то следует отметить, что оно совершенно не замечает существования незаконного владения, которое ведется против воли собственника и тем не менее имеет важное значение в механизме оборота, как это будет показано в соответствующих главах книги.

Наиболее основательным из известных мне современных экономических исследований собственности в экономике представляется работа Е.В. Устюжаниной<sup>1</sup>. Обсуждая с автором основные пункты наших расхождений, я остановился на вопросе, может ли собственность простирается на такие объекты, которые не являются объектами владения, т.е. физического господства над вещь, которые могут отбираться без насилия и которые, следовательно, трудно или невозможно защитить от внешних посягательств.

Речь идет как об идеальных объектах, признаваемых Гражданским кодексом, так и о понятиях, ему неизвестных. К сожалению, Е.В. Устюжанина во многих случаях прошла мимо этой проблематики; кроме того, она склонна полагать, что собственность изменяется в разные эпохи; соответственно она говорит, например, о собственности на капитал. Это понятие, как мне кажется, не имеет серьезных референтов в юридической действительности. Несомненно, оно ценно при экономическом анализе. Вот только такого объекта права нет, и собственность на капитал невозможно приобрести, если при этом не имеется приобретения вещи по правилам ст. 218, 223 ГК РФ.

Если в экономике понятию «капитал» корреспондирует понятие дохода, а юридическим выражением их выступает узурфрукт, как об этом (причем рассматривая все эти соотношения как трюизм) пишет Л. Мизес<sup>2</sup>, то нам придется свести капитал к вещи, а называние ее капитальной ничего не меняет в юридическом смысле, лишь добавляя к вещи плоды и доходы (ст. 136 ГК). Иными словами, собственность возможна все же только на вещь, даже если она способна приносить доходы: ее юридическое качество не меняется, право на нее остается тем же самым.

Аналогично я бы оценил и иные конструкции, в которых собственность распространена на обобщенные идеальные феномены.

На самом деле сегодня мы сталкиваемся, скажем, с такими проблемами:

До каких пределов права на безличные деньги (этот предмет не сопряжен с какими-либо сложностями в рамках экономических представлений о собственности) подчиняются правилам о собственности? Практика показывает, что здесь существуют весьма серьезные трудности.

Как осуществляется владение природными объектами (недрами, лесами, водами)? Практика показывает, что адекватных форм здесь не найдено, в связи с чем не могут быть выстроены и права собственности.

Как вообще возможна собственность без владения? Практика показывает, что везде, где она допускается, немедленно создается ситуация массовых нарушений и хаоса, причем не от слабости судов и полиции, а из-за смутности самих отношений.

Это только малая часть существенных жизненных вопросов, в которых обнаруживается разница между подходом экономики к собственности как к средству и подходом права к собственности как цели.

---

<sup>1</sup> Устюжанина Е.В. Проблемы развития отношений собственности в современной российской экономике. М., 2006.

<sup>2</sup> Мизес Л. фон. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории: Пер. с англ. Челябинск, 2005. С. 246–247. Дальше он пишет, что любое понятие капитала, кроме денежного, не является точным, что лишь подтверждает неуместность конструирования собственности на капитал.

Важно подчеркнуть эту разницу: представления о собственности как само-достаточной ценности, как конечной цели деятельности субъекта, присущие праву и имеющие также и внеправовой (от обыденного житейского до философского) смысл, видимо, и не могут быть приняты экономикой, которая вообще, как заметил Ф. Хайек, имеет дело только со средствами, но не с целями: «...в конечном итоге экономических целей вовсе не существует. Экономические усилия людей... заключаются в распределении средств между соперничающими между собой конечными целями, которые всегда имеют неэкономический характер»<sup>1</sup>. В частности, такое сугубо экономическое и ключевое экономическое отношение, как цена, являющееся, пожалуй, главным экономическим *средством* регулирования поведения участников рынка, вовсе не присуще вещи, не является ее качеством, а характеризует только товар, т.е. вещь в том ее виде, на той ее стадии, которая предшествует индивидуализации, т.е. еще до обретения вещью уникальности, которая необходима для возникновения на нее собственности. (Товаром при этом являются не только вещи, что тоже достаточно важно для различения экономического и юридического.)

*Собственность существует только на конкретную, определенную вещь и принадлежит конкретному лицу. Все остальные формы принадлежности — не на вещи и не конкретным лицам — это не собственность.*

Если собственником становится государство, то тем самым не собственность становится иной, а государство вынуждено выступать наравне с частными лицами (ст. 125 ГК).

Мне кажется, что эти различия, ведущие к разным представлениям о собственности, не только объясняют, почему юристы и экономисты по-разному понимают собственность, но и не позволяют переносить в право без самых существенных корректировок (одной из которых является непременно увязывание собственности с владением и тем самым — с вещью) экономические категории.

Если экономическая наука не в состоянии обнаружить в понимании собственности ничего иного, кроме того, что рождено правом, то можно все же заметить, что при этом экономисты скорее берут от собственности то ее свойство, которое проявляется в контроле (иногда развиваемом до власти) над вещью, отвлекаясь при этом от того, что вещь (и владение) все же непременно должна быть. Нетрудно также заметить, что контроль — именно та черта собственности, в которой, пожалуй, в наибольшей степени проявляются ее качества, средства. Известно, что даже политики избегают отрицать тезис об извращенности представлений о власти как цели и с различной степенью искренности говорят о ней как о средстве; тем более это очевидно для хозяйственной жизни.

Наконец, экономический детерминизм в бытующих у нас формах неразрывно связан с прогрессистской идеологией, исходящей из постоянного и радикального изменения как формы бытия. Между тем, как верно заметил У. Маттеи, «с переходом от относительно простых форм организации общества к более сложным, какими являются современные правовые системы, фундаментальная природа права собственности остается неизменной»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Хайек Ф.А. ф. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики: Пер. с англ. М., 2006. С. 281.

<sup>2</sup> Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 48.