

III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Информация для цитирования:

Комиссарова Е. Г., Кузнецова О. А. К вопросу о внутреннем строении современного частного права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2018. Вып. 42. С. 644–663. DOI: 10.17072/1995-4190-2018-42-644-663.

Komissarova E. G., Kuznetsova O. A. *K voprosu o vnutrennem stroenii sovremennogo chastnogo prava* [On the Internal Structure of Modern Private Law]. *Vestnik Permskogo universiteta. Juridicheskie nauki – Perm University Herald. Juridical Sciences.* 2018. Issue 4. Pp. 644-663. (In Russ.). DOI: 10.17072/1995-4190-2018-42-644-663.

УДК 347.113

DOI: 10.17072/1995-4190-2018-42-644-663

К ВОПРОСУ О ВНУТРЕННЕМ СТРОЕНИИ СОВРЕМЕННОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Е. Г. Комиссарова

Доктор юридических наук,
профессор кафедры гражданского права

Пермский государственный
национальный исследовательский университет
614990, Россия, г. Пермь, ул. Букирева, 15

ORCID: 0000-0003-4257-5673**ResearcherID:** E-9302-2016

E-mail: grazhdanskoe.pravo@gmail.com

Статьи автора в БД «Scopus»/«Web of Science»:

DOI: 10.5829/idosi.mejsr.2013.15.9.11540

DOI: 10.5829/idosi.wasj.2013.24.01.13177

DOI: 10.17072/1995-4190-2015-2-61-70

О. А. Кузнецова

Доктор юридических наук,
профессор кафедры предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса

Пермский государственный
национальный исследовательский университет
614990, Россия, г. Пермь, ул. Букирева, 15

ORCID: 0000-0001-6880-5604**ResearcherID:** D-1066-2016

E-mail: predprim.pravo@gmail.com

Статьи автора в БД «Scopus»/«Web of Science»:

DOI: 10.5829/idosi.mejsr.2013.15.9.11540

DOI: 10.5829/idosi.wasj.2013.24.01.13177

DOI: 10.17072/1995-4190-2015-2-61-70

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.42.58

Поступила в редакцию 26.03.2018

© Комиссарова Е. Г., Кузнецова О. А.



Введение: современная проблематика сосуществования гражданского и предпринимательского (коммерческого, торгового, хозяйственного) законодательства в основном исследуется в аспекте дуализма частного права. Без преувеличения можно сказать, что проблема эта «отягощает» гражданское право практически вечно, начиная с выяснения его соотношения с правом торговым. Современные подходы к проблеме дуализма нередко носят односторонний характер как в силу недостаточного проникновения в историю вопроса, берущего свое начало в воззрениях науки и законодателя на соотношение торгового и гражданского права, так и за счет простого копирования опыта зарубежных стран, вставших на путь дуализма частного права в силу особенностей своего национального развития. Упрощенный подход к этой проблеме порождает множество теоретических нестыковок в вопросах как преемственности торгового, хозяйственного и предпринимательского законодательства, так и о месте торгового права и законодательства в его настоящей истории. Авторы статьи исследуют реальные правовые контуры торговых норм в законодательстве и в доктринальных оценках дореволюционных первоисточников, истинный след этих норм в постсоветской истории регулирования имущественных отношений и их влияние на современное предпринимательское право. Наряду с вопросами о дуализме и монизме частного права авторы обращаются к анализу процессов коммерциализации гражданского законодательства и дифференциации его норм как эволюционных процессов в развитии гражданского права. По мнению авторов, такой подход позволяет понять истинную сущность современного гражданского законодательства, давая возможность актуализировать объективные взгляды сторонников монизма частного права, находящиеся в согласии с позицией законодателя.

Цель: анализ доктринальных достижений по вопросу о правовом формате частного права и законодательства. **Методы:** общенаучный (диалектический) метод познания научных концепций частного права; частнонаучные методы познания: формально-юридический, историко-правовой, метод сравнительного правоведения. **Результаты:** авторские выводы направлены на корректировку привычного и отчасти одностороннего взгляда на соотношение права гражданского, торгового, хозяйственного, предпринимательского в их исторической связи. Вопрос о соотношении указанных видов законодательства был и остается вопросом об отраслевой структуре гражданского права или вопросом о внутреннем строении частного права. Что касается права предпринимательского (хозяйственного, коммерческого) в его современном законодательном и доктринальном виде, то авторы полагают, что это вопрос не о соотношении права гражданского и предпринимательского, а о внешнем окружении системы частного права, той среде, с которой соприкасается и которой противопоставляется частное право.

Ключевые слова: частное право; монизм и дуализм в праве; торговое, хозяйственное, предпринимательское право; коммерциализация гражданского права; дифференциация гражданского законодательства

ON THE INTERNAL STRUCTURE OF MODERN PRIVATE LAW

E. G. Komissarova

Perm State University
15, Bukireva st., Perm, 614990, Russia

ORCID: 0000-0003-4257-5673

ResearcherID: E-9302-2016

E-mail: grazhdanskoe.pravo@gmail.com

Articles in BD «Scopus»/«Web of Science»:

DOI: 10.5829/idosi.mejsr.2013.15.9.11540

DOI: 10.5829/idosi.wasj.2013.24.01.13177

DOI: 10.17072/1995-4190-2015-2-61-70

O. A. Kuznetsova

Perm State University
15, Bukireva st., Perm, 614990, Russia

ORCID: 0000-0001-6880-5604

ResearcherID: D-1066-2016

E-mail: predprim.pravo@gmail.com

Articles in BD «Scopus»/«Web of Science»:

DOI: 10.5829/idosi.mejsr.2013.15.9.11540

DOI: 10.5829/idosi.wasj.2013.24.01.13177

DOI: 10.17072/1995-4190-2015-2-61-70

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.42.58

Received 26.03.2018

Introduction: *the modern problematics relating to the co-existence of civil legislation and entrepreneurial (commercial, trade, economic) legislation are primarily investigated with respect to the dualism of private law. It would not be exaggeration to say that this problem has been chronically “burdening” civil law, starting from the point of clarifying its correlation with trade law. Modern approaches to the problem of dualism are often one-sided due to the insufficient study of the historical background of the issue, originating from the views of scholars and the legislator on the correlation between civil and trade law, and also because of the simple copying of the experience of foreign countries that followed the path of the private law dualism due to the specificity of their national development. The traces of the simplified approach to this problem cause numerous theoretical inconsistencies both in the aspects of the trade, economic and entrepreneurial legislation continuity and in understanding the place of trade law in its current history. Studying pre-revolutionary sources, the authors research the real legal contours of trade norms in the legislation and in the doctrinal analyses of the past, the true meaning of these norms in the post-Soviet history of regulating property relations, and their influence on modern property relations. Alongside with the private law dualism and monism aspects, the authors turn to the analysis of the commercialization of civil legislation and differentiation of civil law norms as evolutionary processes in the development of civil law. According to the authors, this approach allows for understanding the true essence of modern civil legislation, providing the possibility to actualize the objective views of the private law monism supporters being in line with the legislator’s position. The **purpose** of the article is to analyze the doctrinal achievements with regard to the legal format of private law and legislation. **Methods:** the methodological framework of the research is based on the general scientific (dialectical) method of cognition of the private law scientific concepts; specific methods of scientific cognition were also used (formal juridical method, historical legal method, method of comparative study of law). **Results:** the authors’ conclusions are focused on the correction of the widely accepted and somewhat one-sided view of the correlation between the civil, trade, economic and entrepreneurial law in their historical inter-connection. The issue of the correlation between these types of law was and continues to be the question of the branch-specific structure of civil law, or the question of the internal structure of private law. As for entrepreneurial (economic, commercial) law in its current legislative and doctrinal form, the authors think that this is not a question of the correlation between civil law and entrepreneurial law but of the external surroundings of the private law system, the environment which is in contact with private law and which is opposed to it.*

Keywords: private law; monism and dualism in law; trade, economic, entrepreneurial law; commercialization of civil law, differentiation of civil law

Введение

Казалось бы, торговое право в его истинно историческом значении в виде архаичной группы норм, претендующих на самостоятельную торговую кодификацию, стало достоянием истории и в современной истории представляет интерес разве что для познания его научной и законодательной истории, относящейся к взглядам на формально не обособленную специальную группу «торговых» норм, не доросших в свое время до самостоятельного статуса. Такие курсы и учебники сегодня есть, и их полезность, как и актуальность, не вызывает сомнений [1]. В числе прочих достоинств этих учебных изданий есть и то, которое вполне позволяет разобраться в существе теоретических дискуссий о необходимости принятия специального Торгового кодекса тогда и сейчас. Но оказывается, что на самом деле это не совсем так.

Процесс последовательного развития научной (а нередко и просто прагматической) мысли о необходимости отказа от гражданско-правового монизма в пользу принятия Торгового (Предпринимательского, Хозяйственного) кодекса РФ идет беспрерывно. Иногда с преувеличенной опорой на то, что «было раньше» и «что есть у них», невзирая на то, что все социальные, политические, экономические, юридические условия, присущие российской дореволюционной, затем постсоветской истории, ушли в далекое и не очень прошлое, а новое социальное и юридическое время принесло за собой новый Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ). Тот кодекс, который объединил в себе «два кодекса, традиционных для континентального европейского частного права: гражданского и торгового... предмет регулирования которого выходит далеко за пределы предмета регулирования его европейских прототипов, включающего в свое содержание практически все разделы частного права» [23, pp. 1416–1417].

Искусственное преувеличение места и роли процедурных и административных порядков в регулировании торговли, долгое время не подкрепленной в своей самостоятельной истории системой единообразных материальных норм, в которых только и может быть заложена преемственность регулятивных механизмов, порождает ту неразбериху, которая начинается с названия современных учебных дисциплин и

заканчивается не всегда обоснованным утверждением, что двум кодексам быть.

На наш взгляд, пришло время еще раз разобраться с наличными доктринальными и законодательными накоплениями, определив судьбу того торгового права, которое фактически осталось в прошлом, и «нового» торгового права, которое одни ученые объединяют с современным коммерческим (предпринимательским) правом, другие разделяют, видя в нем естественное продолжение советского хозяйственного права. Нам представляется это важным, так как на сегодняшний день в этом вопросе цивилистика фактически отдала право монолога представителям науки предпринимательского и коммерческого права.

Придерживаясь институционального подхода и следуя традициям догматико-юридических исследований, авторы стремятся восстановить ту истину, которая часто выпадает из исследования торгово-правовых явлений прошлого и настоящего, нередко отрываемых от их исконной гражданско-правовой основы. На наш взгляд, истина состоит в обратном. Вся история торгового права – это, по сути, история его существования с законодательством гражданским. В силу этого важно увидеть и признать те исторические «провалы», когда эти связи были нарушены для придания большей значимости (гибкому, понятному, поворотливому, интернациональному и т.д.) торговому законодательству в ущерб гражданскому, и те периоды, когда гражданское право обретало черты коммерциализации за счет более заметного, а в отдельные исторические периоды и более востребованного торгового законодательства.

Это позволит снизить градус идеализации и простой иллюстрации далекого, сначала беззаконодательного, а затем процедурно-административного прошлого в регулировании сначала бессловных, затем словных торговых отношений, выдаваемого без особых авторских интерпретаций в пользу современного обособления норм торгового права. Не исключено, что постепенно поблекнет проблематика дуализма частного права, привычно вытеснявшая и продолжающая вытеснять иные представления о соотношении гражданского и коммерческого законодательства, а исследовательский ряд наконец пополнится иными адекватными позициями, обосновывающими эту связь в соответ-

ствии с уже свершившимися законодательными достижениями.

Практически во всех исследованиях «дуалистической» направленности присутствует неизменная параллель с торговым правом европейских государств, которое в большинстве стран заключено в отдельный Торговый кодекс (уложение). Этот экскурс нередко оказывается единственным аргументом для вывода о том, что «принятие Торгового кодекса логично вытекает из историко-социальных факторов торговой деятельности России; к тому же надо помнить, что почти во всех странах наряду с гражданским имеются самостоятельные торговые и предпринимательские кодексы, например, в Германии, во Франции, в США и в недавно вступивших на рыночный путь развития экономики Чехии, Словакии, Эстонии и др. государствах» [2, с. 69]. Научных сторонников аргумента «у них есть, а у нас нет» не просто много, а очень много, и попытка привести имена их авторов может нарушить логически допустимые пределы научного цитирования, именно поэтому мы опускаем этот перечень.

Напомним о так называемом «компаративистском» этикете, который сопутствовал научной деятельности первых русских цивилистов. Как отмечают историки русского права, «несмотря на то, что сравнительно-правовой метод освещал все основные вопросы гражданского права того времени, он использовался русскими правоведами “без эпигонства и сервильности, без воскурения фимиамов цивилизованным правовым системам”, а с глубоким сознанием ценности и значимости собственного права, глубины его исторических корней, его незаемности и самостоятельности» [11, с. 173]. Это современной науке часто не достает. Но при этом хватает слепых фраз, рожденных без проникновения в истинную суть тех самых «историко-социальных факторов (торговой деятельности)».

Многочисленные попытки современных исследователей торгового права воспроизвести истину в истории его взаимоотношения с правом гражданским, нередко игнорируют те научные исследования, которые, будучи созданными в конце XIX в., ее обстоятельно и детально воспроизводят. В этих трудах всеобъемлющая история, восходящая к древнеримскому праву, право Средних веков и право периода

абсолютизма, во многом основана на реальной документалистике. Вряд ли по силе своей содержательности «исторические новоделы» способны перебить документальную аргументацию и научную убедительность ставших общедоступными сочинений дореволюционных классиков. Два из таких источников являются фоном и тоном настоящего исследования. Первым стал первый научный, печатный, монографический труд ученого, историка и теоретика права Г. Ф. Шершеневича «Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права» (1888 г.) [19], на основе которого впоследствии издавался бессмертный, многократно переизданный «Курс торгового права». В нем автор обозначил истинную сущность торгового права, оторвав его от права купеческого сословия и поставив на платформу торговых действий. Вторым является труд П. П. Цитовича «Труды по торговому и вексельному праву» [22]. Его автора, исповедовавшего дуализм частного права, небезосновательно именуют отцом торгового права. Он явился оппонентом Г. Ф. Шершеневича в его воззрениях на соотношение гражданского и торгового права. Этот труд также стал фоном настоящей статьи. В этом мы видим определенный гарант объективности по отношению к тем выводам, которые сформулированы нами по итогам теоретического анализа взглядов и суждений на проблему, заявленную в заглавии настоящей статьи.

**Дореволюционная доктрина
гражданского и торгового права:
об общем и специальном
регулировании торговых
(коммерческих) отношений**

В развитии торгового права доктрина выделяет различные периоды, чаще в зависимости от того, кто что намерен продемонстрировать или аргументировать. Мы же исходим из посылки о том, что в этом вопросе все исследовано «до нас», а потому присоединяемся к аргументам Г. Ф. Шершеневича, разделившего возникшую в Средневековье системную торговую деятельность на три периода: итальянский (XI–XIII вв.), французский (XIV–XVIII вв.), германский (XIX в.) [19, с. 101, 110, 122], каждый из которых описан самим автором и его современниками почти документально.

Если говорить об исконно русском торговом законодательстве, в котором возможно усмотреть истинно юридическую сторону, а не просто вести отсчет от бессистемных фактов совершения примитивных торговых операций обменного характера, то его зарождение приходится на XVI в., когда были разгромлены татары и началось собирание русских земель, управляемых одной государственной администрацией и единой системой правовых норм.

Что же до права гражданского, то оно, как часть европейской культуры, всегда существовало в российской истории. История донесла нам разные его памятники и разные значения: узкое, широкое, смешанное, специальное. Вне зависимости от формы своего существования, наполняющего его содержание, в нем то терялись, то выделялись, нередко превосходя его, нормы торгового законодательства. Все дело в природе этих законодательных норм. Все дело в природе тех и других норм. Возникнув в разное время и даже в разных местах, они имели одно, общее, предназначение. Говоря словами А. И. Покровского, это назначение было в том, чтобы научить «человечество управлять лежащими в его основе имущественными отношениями» [10, с. 9].

История, доктрина, а также и законодатель так и не сумели «отменить» эту общность целей, несмотря на полупиратский характер зарождения торгового права, его первоначальное обычное наполнение и затем значительный период существования как права одного сословия со смещением торгово-частного и торгово-публичного права.

Наиболее наглядным примером такой пожизненной совместности торгового и гражданского законодательства является Русская Правда. Ссылка на нее в трудах современных исследователей содержится обычно для заключения о том, что «торговое право было уже тогда». Мы же с целью отметить тот пункт в истории развития торгового и гражданского права, который подтверждает случай «уклонения от постановлений, предназначенных для общегражданского быта, в пользу торгового оборота» [19, с. 130]. Поводами для этого были ситуации общегражданской и торговой несостоятельности, торгового займа без стеснительных формальностей, сопутствующих общегражданскому праву, но с процентами, в отличие от займов

общегражданских [13, с. 101–103]. Если Русская Правда – это пример начального сосуществования торгового и гражданского права с их единой имущественной основой «для равных контрагентов», то примером современного соотношения гражданского и предпринимательского права служит действующий ГК РФ с его статьей второй.

Другие примеры размежевания торговых норм и норм общегражданских в более позднем законодательстве на документальном материале приводит Г. Ф. Шершеневич, приходя в итоге к выводу о том, что идея самостоятельности торгового права (в смысле частного) чужда российскому законодательству [19, с. 140–170, 178]. По мысли ученого, не только сама природа отказала России в ее способности к торговле, но и само торговое право не оказало великих подвигов в деле развития отечественной промышленности [19, с. 172]. Заметим, что цитируемый труд автора относится к 1888 г. Еще ранее, в 1857 г., был издан первый комплексный научный труд по торговому праву бывшего члена судебной палаты М. М. Михайлова [8], оцененный его современниками «как неудачный» из-за неготовности его восприятия как наукой, так и практикой. Причина была понятна, она состояла в неразвитости торговли.

На самом деле объем торговли в России в XIX в. был большим. Не без торговых меценатов русская литература, изобразительное и театральное искусство добились мирового признания. Но феодально-крепостнический след еще не отпустил Россию, экономический тип земледельца и после реформы крепостного права оставался преобладающим, а торговля продолжала оставаться тем видом экономической деятельности, который мало влиял на общую экономическую ситуацию в стране.

Несмотря на неопределенность того соотношения, в окружении которого находились торговые правила вплоть до революционных событий: обычаи – нормы торгового законодательства – нормы общегражданского права, торговое законодательство было выгодно противопоставлять «неповоротливому и громоздкому» гражданскому законодательству. Его римско-правовые формальности, настроенные вовнутрь «людской жизни», а не на государственные интересы, связанные с развитием торговли и наполнением казны, были как недос-

тупны, так и непонятны торговцам. Едва ли не эти утилитарные причины стали первичным и не в полной мере осознанным поводом для отделения норм торговых от гражданских, а впоследствии и для поиска критериев, сначала чисто эмпирических, для их разграничения, оправдания розни, чаще обособления, а иногда и примирения. Правовые критерии для отделения гражданского законодательства от торгового (или их соединения) ни в одном проекте систематизации российского законодательства, которые составлялись в России, вплоть до начала XIX в. отсутствовали. Но и после этого периода не все из них носили официальный характер, принадлежа одной лишь только юридической мысли, а не законодателю.

О необходимости полного пересмотра и приведения торгового права в соответствие с западноевропейскими дуалистическими образцами впервые заявил один из авторов судебной реформы 1864 г. С. И. Зарудный, озабоченный проблемами реформы коммерческого судопроизводства и судопроизводства, торговой и неторговой несостоятельности, изучивший историю торгового права Италии [7]. Одновременно и в науке гражданского права, явившейся миру ранее науки права торгового, начал набирать теоретические обороты вопрос о соотношении норм торгового и гражданского законодательства. Это означало приход в Россию того, что уже утвердилось к тому времени на Западе. Впервые в русской истории гражданское законодательство, а вместе с ним и торговое, стало развиваться не только за счет усилий самого законодателя и неоднозначной Сенатской практики, но и за счет научных идей. Развитие этих идей привело к постепенному переводу вопроса о соотношении торгового законодательства и гражданского на позиции дуализма. Однако не слишком значительное число научных сил и пока еще краткость самой научной истории того времени не позволили обеспечить законодателя убедительными выводами по вопросу как о возможном отрыве торгового права от гражданско-правовых начал, так и об обоснованном единстве частного права.

Как показывают итоги индуктивного подхода к истории торговли, торгового дела, торговых отношений и торгового права в России, явление это весьма специфично из-за его собирательно-национального характера развития, а

потому во многом не похожее на торговое право других государств. Обозревая путь исторического развития торгового права, пройденный Россией, Г. Ф. Шершеневич писал в связи с этим: «На западе государство слагается из сословий, уже успевших выработать каждый свой особый тип, – в России государство разлагается на отдельные сословия из разъединения сословий, которые лишь с течением времени приобретают черты особенности». Подобное состояние во многом характеризовало как несамостоятельность, так и слабость торгового сословия в XVI–XVII вв., которое и в XVIII в. не отличалось силой и влиянием, исчерпывая свое назначение «кормлением казны и войска». В то время как часть торговых учреждений к этому времени на Западе (гильдии, цехи) «достигли своей старости и были близки к смерти» [19, с. 145–146].

Многочисленные особенности российского торгового развития сосредоточены как в исторических (В. Ф. Гельбке, Н. Л. Дювернуа, С. И. Зарудный, А. И. Каминка, К. А. Неволин, С. В. Пахман, В. А. Удинцев), так и в отдельных современных источниках (И. В. Архипов, В. А. Белов, Т. А. Батрова и др.). Обобщение этого теоретического богатства позволяет сделать вывод о том, что все российское право до советского периода, в том числе и гражданское право, характеризовали два объективных признака. Первый – отставание от других стран континента из-за неравности социально-экономических условий, когда одни страны перешли фазу капиталистической формации, а другие еще только к ней шли. Второй – движение в том же направлении, что и другие страны континентальной Европы. Применительно к торговому праву данное движение было направлено в сторону его обособления.

Предпосылки западноевропейского дуализма частного права

Как известно, познание зарубежного права – это часть общей истории гражданского права. Неформальные традиции такого познания были заложены в трудах классики российской цивилистики. Сегодня эта традиция – неотъемлемая часть современной цивилистики.

О дуализме европейского частного права чаще говорят как о факте свершившемся и существующем, без проникновения в те социаль-

но-экономические и правовые причины, которые гораздо в большей степени предопределили дуализм европейских законодательств в сфере регулирования имущественных отношений. Несмотря на их значимость, мы не будем воспроизводить эти причины в настоящей статье. Сошлемся на труд В. А. Удинцева «История обособления торгового права» [18], в котором основательно изложены экономические, социальные, политические и правовые основания, послужившие причиной европейского дуализма частного права во многих странах континента и причины, исключившие дуализм в России.

Несмотря на то что современный российский законодатель не пошел по пути традиционного для многих европейских стран франко-германского подхода, когда торговый кодекс принимается отдельно от гражданского, мы затронем этот опыт, но не для целей повторного воспроизведения его исторических деталей, а в целях некоторых обобщений исходя из того, что он был учтен при принятии действующего ГК РФ.

Как указывает советник по реформам законодательства при Верховном Совете РСФСР (1990-1993 г.), американский компаративист К. Осакве, «источников влияния на формирование ГК РФ в виде сплава идей было пять: Основы гражданского законодательства ССР и республик 1991 г., Модельный Гражданский кодекс для государств-участников СНГ, Гражданский кодекс РСФСР 1964 г., западные гражданские и торговые кодексы (особенно Голландии, Италии, Швейцарии, Франции, Германии, США), Конституция России 1993 г.» [23, р. 1423].

Прообраз европейского торгового законодательства, который переняли многие страны на континенте, возник во Франции, ставшей во главе европейской цивилизации во второй половине XV в. Известность Франции и ее юридических достижений для большинства российских правоведов связывается с Гражданским кодексом французов 1804 г., его институциональной системой, формализованными нормами вещного и обязательственного права, доступностью норм Кодекса, не имеющих столь жесткого научного обрамления, как, например, в Германии.

Меньшую известность для юристов имеет факт принятия на фоне полного обновления гражданского права Франции ее Торгового кодекса. Его принятию предшествовал не только Гражданский кодекс, но и те естественные эволюционные процессы, которые происходили в организации и осуществлении торговли. Предыдущие торговые ордонансы 1653 и 1681 гг. в сфере сухопутной и морской торговли, явившиеся первыми в истории Франции источниками систематизации торговых норм, фактически предопределили содержание Торгового кодекса 1807 г.

Формализация в регулировании торговых отношений свидетельствовала о победе государственного права в регулировании отношений против права гильдий. Социальные и экономические причины такого исхода в виде принятия Торгового кодекса Франции были так названы Г. Ф. Шершеневичем: разорвать связи с прошедшим, уничтожить купца в его сословном значении и поставить на место особого права торговцев особое право торговли [19, с. 119]. Юридическая же причина усматривалась из норм Гражданского кодекса, регулировавшего только общие вопросы имущественного оборота и не имевшего распространения на торговые отношения.

Предпосылками Торгового кодекса наряду с опытом консолидации правовых обычаев, воспринятых правом, стали умения юристов обычного (кутюрного) и писаного права. Теоретические усилия Ж. М. Порталиса, Ф. Д. Тронше, Ж. Мельвиля, Ф. Ж. Биго де Приамне, Ф. Буржон, Р. Ж. Потье, К. Ж. Оливье, кого Наполеон рассматривал как представителей различных составляющих французской культуры, внесли свой вклад в дело его создания.

Интеллектуальные идеи французских юристов не получили полного одобрения в Германии, которая, начиная с XII в., пребывала в собственной научной силе, внутри которой к этому времени «раздался спокойный, величавый голос Савиньи» [15, с. 245], считавшего право сугубо национальным продуктом и утверждавшего, что оно не может навязываться извне. Ф. К. ф. Савиньи не поддерживал идей кодификации, но выступал не против кодификации, а настаивал на дальнейшем развитии права и его разработке силами научной юриспруденции.

Прошедшее после принятия в 1807 г. Торгового кодекса Франции политическое и социальное время отразилось на идеях торгового права Германии, не пожелавшей исключить из области торгового права элементы публичности. К этому времени немецкие юристы уже смогли оценить опыт двоевластия французских кодексов и учесть их просчеты, назвав причины создания в Германии специальных для торговли юридических правил: развитие торгового оборота в противоположность всему остальному гражданскому обороту и состояние всего частного права [25, с. 42]. Благодаря трудам немецких ученых была изучена судебная практика по торговым спорам, от которой не было оснований отказываться полностью, что позволило систематизировать и обобщить для целей кодификации в первую очередь торговое законодательство, нежели гражданское. Правители Германии делали ставку именно на торговое законодательство, а не гражданское, которое в тот период истории не отличалось системностью и ясностью, тогда как торговому праву сопутствовали такие понятия, как «опытность», «возмездность», «повышенная защита доверия», «специализированность», «типизация», «прозрачность», «быстрота», «универсальность», «космополитизм». Его субъекты были относимы к специализированным, они предъявляли повышенные притязания к правопорядку, но при этом от них требовалась повышенная ответственность [6, с. 462].

Вследствие того, что торговое законодательство Германии попало в руки «ученых-юристов» и подверглось сильному «онаучиванию», мощное влияние немецкой догматики обеспечило сохранение жизни многим торгово-правовым институтам Средневековья, «которые в итоге и стали ядром кодификации торгового права» [24, с. 13]. В их числе вексельное обращение, нормы о котором нашли свое воплощение в Едином вексельном уставе Германии еще в 1847 г., получившем через год после его принятия статус имперского закона. Именно этому Уставу была отведена роль путеводителя для будущего торгового законодательства, которое должно было выполнить роль объединения всей торгово-правовой материи.

Цели торговой кодификации были масштабными, а процесс дискуSSIONным. Отдель-

ные юристы предлагали отказаться от идеи кодификации торгового права и ограничиться включением отдельных положений, регулирующих торговый оборот, в Гражданский кодекс. Но победу в этой дискуссии одержали сторонники Торгового кодекса. Особая заслуга в этом принадлежала известному германскому правоведу того времени Л. Гольдшмидту, сумевшему аргументировано доказать практическую значимость и историческую обусловленность существования в Германии наряду с Гражданским еще и Торгового кодекса, который был принят в 1861 г., именуясь Общегерманским Торговым кодексом.

Оценивая эти факты, Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что общегерманское торговое уложение явилось отрицанием общего гражданского права [19, с. 125], имея в виду его дуализм. На самом деле Торговый кодекс не носил исключительно коммерческого характера изначально, так как был рассчитан на восполнение норм отсутствующего единого гражданского кодекса. Поэтому, будучи изданным ранее Гражданского уложения, этот кодекс рассматривался как часть существующего гражданского законодательства, рассчитанного на параллельное действие с ним.

Впоследствии при проведении кодификационных работ по принятию Гражданского уложения в конце XIX в. вопрос об определении места торгово-правовых норм в складывающейся единой системе частного права Германии встал снова. Предполагалось провести полное обновление гражданского законодательства с устранением существующего дуализма торгового и гражданского законодательства. Но структура принятого в 1898 г. Германского уложения, в котором присутствовали общая и особенная части, а соответственно нормы общие и специальные, наличие в нем сформулированных принципов, направленных на восполнение недостающих специальных норм, строгая иерархия нормативно-правовых предписаний в итоге привели к сохранению торгового законодательства. Это законодательство было подвергнуто реформе с установлением его соотношения к гражданскому как законодательства общего к специальному. Такое соотношение торговой и гражданской кодификаций не изменилось с принятием в 1897 г. нового

германского торгового кодекса. И сегодня торговое право Германии рассматривается как традиционная – наряду с гражданским – отрасль немецкого права, понимаемая как специальное право предпринимателей (*Kaufmann*) и относящаяся к праву частному. Применяется оно в тех случаях, когда хотя бы одним из участников сделки является лицо, признаваемое предпринимателем на основе предписаний Торгового кодекса.

Что касается современной немецкой гражданско-правовой науки, то при наличии кодификационного дуализма в ней как не было, так и нет стремления к абсолютизации особенностей торгового права. Как отмечает К. Гарейс, «особенности торговой деятельности не идут ни в одном из направлений так далеко, чтобы в ней могли или даже должны были найти применение только специальные правовые положения... Она принципиально стоит под господством права гражданского, которому подчиняются и другие сограждане» [4, с. 3–4]. В этом одна из причин того, что в действующих учебниках по гражданскому праву рассматриваются такие институты торгового права, как договоры купли-продажи [27].

Столь же компромиссное отношение прослеживается в современной германской литературе по отношению к хозяйственному праву, рассматриваемому в качестве «особого частного права профессионального хозяйства». Оно признается входящим в общую систему частного права либо как часть торгового права – частное хозяйственное право, противопоставляемое административному хозяйственному праву. Новейшие предложения о разработке особой отрасли предпринимательского права также рассматривают ее как разновидность частного права.

Таким образом, общий исход дуальной кодификации частного права как во Франции, так и в Германии никак не связывался и не связывается с противоположностью и абсолютной автономностью норм одного кодекса от другого. Следует особо отметить, что подобный исход случился, несмотря на разность мотивов, изначальных юридических целей и последовательности в принятии актов торгового и гражданского законодательства в этих странах.

О российском гражданско-правовом монизме

Монистический подход, как это видно из его названия, основан на законодательном признании того факта, что общегражданские нормы и нормы, регулирующие отношения с участием профессиональных участников рынка, едины, что исключает наличие самостоятельного кодифицированного акта или иного акта высшей юридической силы, но не исключает наличие определенной группы норм в рамках имеющейся гражданско-правовой кодификации, которые ориентированы только на определенных субъектов. В противовес монизму дуалистическая концепция основана на том, что в своем соотношении нормы, регулирующие гражданско-правовой оборот, и нормы, регулирующие коммерческие отношения, самостоятельны и во многом независимы, поскольку имеют разные предметы правового регулирования.

XX в. отметился в истории дуализма частного права процессами рекодификации. В силу собственных национальных причин две страны пошли против общепризнанности процессов самостоятельной кодификации торгового права в континентальном праве.

В результате объединения торгового права с гражданским дуализм был устранен в Италии (1942 г.), явившейся в свое время родоначальницей обособления торгового права от гражданского. Аналогичный подход (с 1970 г.) закрепляет современное гражданское право Нидерландов, рецепировавших в свое время французское гражданское и торговое законодательство, но впоследствии (после освобождения Нидерландов от власти Франции) принявших собственный национальный самобытный Гражданский кодекс и отказавшихся от Торгового кодекса. Изменения произошли и в швейцарском гражданском законодательстве. Надо заметить, что маленький, но небезыntenесный опыт этой небольшой страны слишком немного привлекает внимания сторонников дуализма в регулировании имущественных отношений. В нем также много национальных, в том числе территориальных, особенностей, но и этот опыт не следует исключать из числа аргументов теорий, отстаивающих два кодекса, а не один. Эта страна с 1911 г. обходится без автономной торговой кодификации. В 1936 г. здесь был принят

Закон об обязательственном праве Швейцарии, по сути являющийся пятой частью Гражданского кодекса [20].

Еще одним знаменательным событием этого же века, на сей раз для России, явился тот факт, что ее постсоветское гражданское право попало в настоящий научный оборот не только российских научных мэтров, но и зарубежных. В первую очередь итальянских, голландских, а также швейцарских. Во всех этих странах состоялась модификация гражданского законодательства, завершившаяся (в первых двух странах) прекращением юридической жизни торговых кодексов. По понятным причинам подобное участие не могло не отразиться на архитектуре проекта российского гражданского кодекса, разрабатываемого с участием юристов этих стран.

Заметим, что прежде по отношению к актам торгового законодательства, в том числе и в части его соотношения с гражданским, в России не существовало никакой проектируемой и управляемой эволюции. Попытки принять самостоятельное торговое законодательство были, но их характеризует та же стихийность. По признанию Г. Ф. Шершеневича, в этом смысле «счастливым для торгового права» явился 1832 г. [19, с. 173]. Он был ознаменован принятием Устава торгового и началом работ по составлению свода законов. Устав торговый, из-за «отрешенности от формальной связи с особенностями производства коммерческих судов, запущенности по бедности юридического содержания», устарелости части норм, получил небезызвестное определение П. П. Цитовича как «склад обломков» [22, с. 186]. Второй документ, имеющий цель с участием М. М. Сперанского обособить торговое право от норм общегражданского законодательства, также не сыскал поводов для успеха и по многочисленным причинам так и остался в роли проектного первоначала. Не способствовали реализации той и другой идеи и социально-экономические условия. Россия пока еще оставалась в прочном феодально-крепостническом образе, сословно организованной страной, свободного рынка как предпосылки для последовательно буржуазной кодификации не было. Аналогии с торговыми кодексами Западной Европы не получилось. Оценивая Торговый устав, «содержащий будто бы нормы торгового права», Г. Ф. Шершеневич

категорично утверждал, что «он не имеет ничего общего с торговыми Уложениями Западной Европы» [19, с. 178].

Когда после перерыва в 1882 г. правительство возвратилось к кодификационным работам, перед составителями снова возник весьма трудный вопрос о том, как поступить с соотношением норм гражданского и торгового законодательства в случае принятия Уложения. П. П. Цитович назвал этот год для торгового права «любопытной датой» [22, с. 440] по причине появления теоретического сопровождения в его судьбе. Чуть позднее были предприняты научные исследования торговых обычаев (А. Г. Золотарев, 1887, А. Х. Гольмстен, 1895). В 1893 году на русский язык было переведено сочинение К. Гарейса «Германское торговое право» [4]. Редакционная комиссия провела сравнительное исследование сущности институтов гражданского и торгового права, проанализировала соотношение гражданских и торговых узаконений в законодательстве Российской империи, а также обратилась к Коммерческому кодексу Франции 1807 г. Как отметили впоследствии историки права, вопрос стоял скорее не об утверждении дуализма, а об опровержении его и утверждении единства гражданского права. Один из выводов комиссии состоял в том, что обособление торгового частного права от гражданского с созданием отдельных торговых кодексов произошло во Франции и в Германии «не по соображениям систематической кодификации законодательного материала», а исключительно в силу исторических традиций [17].

Поддержанию, укреплению и, в конечном итоге, не случившейся возможности обособления торгового права в законодательных структурах препятствовали в основном причины внутреннего характера: фактическая неразвитость торговых отношений до тех кондиций, когда они способны были оказывать влияние на экономику страны; дробность, ненадлежащая системность и во многом не положительный характер существовавшего торгового законодательства, которое фактически не доросло до состояния обособления; недостаточная крепость самого гражданского права и законодательства, не способных к вычленению убедительных критериев для разграничения торговых норм и общегражданских норм, не

имевших в то время уверенно-системных норм об обязательствах, которые выполняли бы роль опоры и фундамента для рассуждений о нормах торговых и общегражданских. При таких национальных – экономических, научных и законодательных – условиях достижения и опыт европейских соседей, вставших на путь дуализма частного права и принявших два кодекса – Гражданский и Торговый, на который, безусловно, обращали и будут обращать внимание как сторонники, так и противники дуализма, были на тот исторический период развития для России недостижимыми.

Все эти причины, по их совокупности, и обусловили тот дореволюционный законодательный итог, на котором остановились составители проекта Гражданского уложения Российской империи накануне революции в виде признания единства гражданского законодательства.

Попытки поколебать это положение были предприняты после Февральской революции, когда ее вершители связывали хозяйственный рост и процветание страны с торговым правом, считали целесообразным выделить нормы торгового законодательства в самостоятельный кодекс, «потребность в котором должна быть признана еще более срочной, чем в Гражданском уложении» [3, с. 231]. Вряд ли речь шла только о признании превосходства западных кодификаций в регулировании торгового оборота, скорее всего, в очередной раз, и, как покажет последующая история, не последний, российские законодатели стремились достигнуть изменения экономической ситуации не иначе как через приоритет норм коммерческого законодательства. Этот момент в истории стремления к новому законодательству в новых экономико-правовых условиях в своей истории имел повторение в 1992 г., когда после распада СССР было принято решение о модернизации правовой системы России, и в особенности коммерческого законодательства, что в современном значении обозначало предпринимательскую свободу.

Однако особенность момента свершившейся Февральской революции состояла в том, что, в отличие от последующего постсоветского периода, ученых сил, которые бы помогли обеспечить кодификацию торгового законодательства, было явно недостаточно, обычное

(партикулярное) право, по-прежнему преобладающее в регулировании торгового оборота, не было обобщено и систематизировано для целей получения определенности в юридических воззрениях на нормативное регулирование торговых отношений. При этом юридические традиции, которые бы могли выступить ориентиром для его автономной кодификации, не сложились, а сами торговые отношения просто не доросли до уровня капиталистических.

В таком виде торговое право и законодательство сгнули с исторического горизонта вместе с тем государством, которое прекратило свое существование после Октябрьской революции. И в этом тоже историческая особенность России, не давшей торговому праву в силу последующих историко-политических событий перерасти то государство, которое его создало. Во многом это связано с тем, что процессы, аналогичные европейским, когда торговое право фактически вышло за узкие пределы отношений в сфере торговли, распространившись на все иные сферы хозяйственной жизни, в России так и не получили своего полного завершения. В силу этого понятие торгового права не стало объективно шире, оно не успело войти в промышленность, транспорт, банки и не стало обозначать в широком смысле правовую форму рыночного обмена товарами, работами, услугами, как это случилось в итоге на Западе.

О проникновении «духа» торгового права в экономический оборот, его триумфальном шествии, которое «постепенно захватывало и захватывало, подчиняло и подчинило себе все новые и новые области хозяйственных отношений, приостановив свое шествие перед добывающей промышленностью», писал Г. Ф. Шершеневич [19, с. 150]. Однако с высоты истории нельзя не заметить, что данные высказывания во многом опережали реальность. В действительности российская история отвела слишком мало времени для развития торгового права в его подлинном значении, которое возможно только в условиях существования реальных капиталистических отношений. В этой исторической особенности лежат причины российского опоздания «в дуализм» частного права, прочно обосновавшегося в российской научной литературе и отразившегося на структуре учебных дисциплин, но так и не реализованного в

нормативной плоскости. Нет смысла отвечать на вопрос о том, хорош или плох такой исход, это историческая данность, уготовившая имущественным отношениям в России монистический характер управления ими. На практике это означает, что «основы гражданско-правового регулирования частных отношений, складывающихся в отдельных сферах деятельности человека, какой бы спецификой они ни обладали, должны быть заложены в ГК РФ как стержневом нормативном акте гражданского законодательства. ... чем большей спецификой характеризуются частные отношения конкретной сферы деятельности, тем крепче должно быть привязано правовое регулирование этих отношений к ГК РФ» [6, с. 63]. Нет оснований чем-либо дополнять это утверждение, кроме разве что одного аргумента. Не стоит забывать, что сегодняшние предложения законодательно легализовать дуализм частного права, фактически равны призыву сломать не без трудностей сложившееся и существующее сегодня правовое регулирование коммерческих отношений, а также ту судебную-арбитражную практику, которая складывалась и продолжает складываться в расчете на монизм гражданского законодательства. Выбирая иной путь развития в регулировании имущественных отношений, предстоит изменить и нормы ГК РФ и практику правоприменения. А надо ли? Во всяком случае, запросов от практики правоприменения на этот счет не поступало.

Дифференциация гражданского законодательства и коммерциализация гражданского права как альтернативы теории жесткого дуализма

Несмотря на то, что у гражданского законодательства были и другие «спутники», во многом определявшие его содержание, например коммерциализация, вестернизация, дифференциация, наиболее заметным для научного освоения был и остается феномен дуализма частного права.

Генетика частнопроводного дуализма относится к средневековой Италии, именуемой в многочисленных источниках «колыбелью обычного права». Автономия обычаев как регуляторов получила признание реформаторов последующей эпохи, сохранивших эту отрасль как отдельную ветвь права.

Итальянский опыт наглядно показал, что для выделения торгового права требуется не только развитие городов, торговли и торговых отношений, но и те нормы и принципы, которые отсутствуют в других областях. Для целей их выявления в XVI–XVII вв. итальянскими юристами было проведено исследование Олеронских свитков в виде сборника решений морского суда XI–XII вв. и Барселонского морского судебного кодекса XIII–XIV вв. Именно эти ординансы в свое время дали толчок к объективации коммерческого права в рамках традиционной системы норм, подчиняя коммерческим законам и консульской юрисдикции коммерческие сделки, совершенные казуально, основываясь на одной лишь презумпции или фикции того, что их совершали купцы.

В своем первоначальном значении итальянский дуализм частного права не был вопросом о взаимоотношении между правом общегражданским и торговым. В момент его возникновения как явления он лишь исчерпывался вопросом о том, какое место отводится праву торговому в регулировании имущественных отношений и праву гражданскому. Все последующие оттенки пришли в дуалистические теории в связи с эволюцией общественных отношений в сторону их качественного изменения.

В современной юриспруденции накопилось немало определений дуализма частного права. Обретя постепенно несколько откорректированное наполнение в виде проблемы «о нормировании торгового оборота при установлении взаимоотношения между гражданским и торговым правом» [12, с. 3], проблема дуализма частного права по сути стала сквозной на всем последующем пути параллельного существования гражданского законодательства и смежных с ним норм, сначала только хозяйственного, а в настоящее время предпринимательского (коммерческого, хозяйственного).

Однако не без влияния дореволюционных дискуссий о торговом и гражданском праве и последовавшей затем в советском праве хозяйственно-правовой авторитарности, проблема дуализма в российском виде обрела формат не столько коммерческих норм в гражданском праве и даже не их соотношения, сколько доктринальной конкуренции между правом торговым (хозяйственным, предпринимательским,

коммерческим) и гражданским, что иногда доходит до антипода гражданскому.

Как известно, история сосуществования норм гражданского законодательства и торгового так и не привела к появлению в российском частном праве ситуации дуализма в том его значении, которое оно получило в большинстве стран на континенте. Существовая в дореволюционной науке, уйдя в тень по причине невостребованности в советское время, дуализм вновь вернулся на научный горизонт практически сразу в постсоветское время. Однако причины дореволюционной и сегодняшней жизнеспособности идеи дуализма частного права разнятся.

В дореволюционной науке в силу слабого развития законодательства дуализм оправдывался необходимостью демаркации подвижных и гибких норм торгового законодательства в противовес «неповоротливым» нормам гражданского законодательства. При том, что объективное существование тех и других было не столь наглядным. В послереволюционной науке проблема дуализма права оказалась вновь востребованной по причине возникновения идеологического тупика: гражданского законодательства «новой истории» еще нет, но бурно появляется законодательство хозяйственное.

В постсоветскую правовую систему гражданское право возвратилось в объединении с правом торговым по его дореволюционному образцу – в качестве призрака, т. е. родившись отнюдь не от дуализма кодексов.

По признанию К. Осаке, раскрывшего часть малоизвестных подробностей принятия ГК РФ, постсоветским реформаторам, принявшим Гражданский кодекс, нужно было ответить на три главных вопроса: «Какие элементы советского социалистического права из периода, предшествующего 1985 году, должны быть сохранены в новой постсоветской правовой системе? Насколько много и что конкретно можно было заимствовать из европейской правовой системы, чтобы обогатить российскую правовую систему? ... как много и какие именно элементы могли быть заимствованы из англо-американского общего права, чтобы они могли раствориться в континентальной гражданско-правовой основе новой российской правовой системы?» [23, p. 1502].

Первые два пункта не могли не вызвать к обсуждению проблему соотношения гражданского и хозяйственного права. К слову сказать, для ее возрождения были и внутренние предпосылки. Не без желания части ученых соответствовать установленным на континенте юридическим максимумам в виде «самостоятельных» кодексов Гражданского и Торгового, а также доктринальный след от теории «двухсекторного права» П.И. Стучки и его последователей привели к небезызвестному противостоянию хозяйственников и цивилистов. Последние, по свидетельству К. Осаке, «в любом разделении кодекса видели скрытую попытку воскресить в современном российском праве развенчанную идею хозяйственного кодекса, который на самом деле был похож не на Торговый, а на административный кодекс, а потому проявили откровенную враждебность к идее существования торгового кодекса отдельно от гражданского» [23, p. 1420].

Схожесть дореволюционных причин и причин постсоветских, не позволивших России обзавестись собственным Торговым (Предпринимательским, Хозяйственным) кодексом, во многом носит предположительный характер. Внимательное прочтение трудов ученых, участвовавших к разработке действующего ГК РФ и обстоятельно изложивших как правовые, так и политические перипетии его принятия (С. С. Алексеев, В. А. Дозорцев, А. Л. Маковский, В. Ф. Яковлев, С. А. Хохлов), позволяет воссоздать причины нереализованного дуализма частного права в его дореволюционной истории, о чем мы писали выше, являющейся по сути историей обрыва в развитии и жизни торгового права, и истории современной, которая принесла явлению частноправового дуализма новые альтернативы. И здесь нельзя не согласиться с суждением В. А. Белова о том, что «отсутствие в тот или иной момент объективных предпосылок к такому дуализму делает его бессмысленным, ненужным явлением» [5, с. 74–75].

Однако российской цивилистике весьма непросто размежеваться с проблемой дуализма, которая сначала на уровне научном, а затем на проектно-законодательном уровне сопровождала ее собственное становление и развитие практически всегда. Мягким исключением проблемы стал советский период, в котором ни

науке, ни законодателю по известным причинам было не до дуализма частного права как права несуществующего.

Современный период характеризуется отходом от позиции жесткого дуализма. В качестве альтернативы ему на смену приходят компромиссные суждения о дифференциации законодательства. Как в связи с этим отмечает В. Д. Рузанова, «о дуализме частного (гражданского) права сегодня вполне обоснованно говорить как о его внутреннем делении, не нарушающем целостность данной отрасли права. Дуализм как внутреннее деление гражданского права, позволяющее учитывать особенности регулирования коммерческих (торговых, предпринимательских, хозяйственных) отношений, – явление исключительно позитивное. В таком значении он не противопоставляется единству гражданского права, а выражает определенную степень дифференциации правового регулирования отдельных групп общественных отношений в рамках единого гражданского права» [14, с. 54–55]. По мысли автора, именно принципиальное различие в сути и содержании регулируемых отношений, но никак не в месте технического расположения конкретной нормы права в законодательстве предопределяет разность в правовом регулировании различных видов и групп имущественных отношений. В этом состоит основная идея и смысл единства и дифференциации гражданско-правового регулирования.

Сегодня, когда история ушла далеко вперед от того периода, когда страны Европы активно использовали формализованный критерий обособления норм торгового законодательства в виде Торговых кодексов, нам представляется, нет никакой прямой зависимости между эффективностью норм современного предпринимательского (коммерческого, хозяйственного) законодательства и формализованной или неформализованной моделью его обособления. Не без этого, несмотря на сохраняющуюся «популярность» проблемы дуализма в частном праве в ее как негативном, так и позитивном ключе, в пару к ней, не без учета европейского опыта, начинает входить вопрос о коммерциализации гражданского права. Не исключено, что учет этого объективного явления, сопутствовавшего в свое время как общегражданскому праву, предназначенному исключительно для

регулирования отношений с участием граждан, так и современному гражданскому праву, способствует развороту от недооценки монистического подхода в действующем ГК РФ.

По оценкам зарубежных экспертов, уникальность этой кодификации «среди континентальных европейских гражданских кодексов в феноменальном масштабе регулируемых им отношений ... кодекс удачно сплетает в себе правила двух отраслей в единое целое» [23, р. 1417]. Подобное положение предопределено прошлым и настоящим в национальной истории развития торговли и торговых отношений, временем появления в России цивилистической науки и особенностями освоения ею имущественных отношений, испытавших на себе естественный для всех стран фактический дуализм в виде деления на отношения общегражданские и торговые. Но нельзя не признать, что это и итог коммерциализации гражданского законодательства, имевший в дореволюционном праве «медленно ползучий характер», усилившийся не без влияния идеологических догм в советском гражданском законодательстве и получивший совершенно осознанный характер в законодательстве постсоветском.

Сегодняшняя коммерциализация гражданского законодательства – это и процесс и результат. Если говорить о результате, то налицо естественный прирост гражданского законодательства за счет, прежде всего, торгового права в их многотрудной совместной дореволюционной истории. Именно торговому праву выпало тогда стать благодаря обычаям неиссякаемым источником образования новых институтов и норм.

Многочисленные примеры коммерциализации гражданского права за счет отсутствия стремления навязать жизни свои предписания и возможность делать необходимые уступки менее формализованного, свободного от толкования «по букве» торгового права приводит Г.Ф. Шершеневич. Автор подчеркивал «экономический взгляд (торгового права) на вещи, большее соответствие с жизнью, отсутствие тонкостей римского учения, способность уклоняться от начал, признанных и освященных гражданским правом. ... Таков характер торгового права, возбуждающий симпатии со стороны экономического оборота, дающий ему значительное превосходство над устаревшим и неподвижным гражданским правом» [19, с. 66, 71–78, 80].

Г. Ф. Шершеневич весьма красочно повествует о пионерских начинаниях торгового права в представительских отношениях, отмечая, что идея о представительстве родилась на почве торговых отношений и торгового права... жизнь настаивала на свободе представительства. Торговое право поспешило удовлетворить этому требованию и тем заслужило ее симпатию. В настоящее время и общегражданское право должно последовать примеру своего младшего брата [19, с. 66–67]. Ученый называет и другие юридические сферы, где фактическим первопроходцем были действия торговые: виндикационный иск, учет интересов третьих лиц, товарищество, комиссионное вознаграждение, солидарность в отношениях и др. Нисколько не умаляя эти достоинства торгового права, Г.Ф. Шершеневич завершает свои суждения вопросом о том, «что же в них такого, что не могло бы стать достоянием всего гражданского оборота» [19, с. 83]. П. П. Цитович отмечал, что из гражданского торгового право берет «не только понятия, но и целые институты, изменяя последние по-своему», а с другой – само создает «такие институты, которые чужды гражданскому праву, долго развивая их независимо... от гражданского права, а затем нередко сдает их уже готовыми последнему» [22, с. 168]. Автор подчеркивал сравнительно богатое творчество торгового права, отмечая также влияние на общегражданские отношения защитных механизмов, вызванных к жизни коммерческими отношениями [22, с. 448]. Нельзя не отметить современную актуальность суждений П. П. Цитовича о сущностном единстве права коммерческого и гражданского: «одно и другое право определяют имущественные отношения. В одном и другом праве эти юридические отношения разрешаются в права и обязанности вещного (безусловного) или обязательственного (относительного) свойства», но «та совокупность юридических отношений – совокупность активная, подвижная, какою является торговля как промысел такого-то лица, – неизвестна гражданскому праву» [22, с. 166–167].

Постепенно идущие процессы принятия русским гражданским законодательством, как частью системы государственного устройства, в свое содержание конструкций, а иногда и целых институтов, изначально возникших в рам-

ках торгового законодательства, оценивались также А. И. Каминкой, К. П. Победоносцевым. В условиях развития экономических отношений этого требовали интересы и самого торгового оборота в целом. Да и единая природа торгового и гражданского законодательства объективно способствовала такому сближению, только торговое право обогащается за счет общих положений гражданского права, гражданское – за счет специальных положений торгового.

Если рассуждать о коммерциализации как о процессе, то, по смыслу существующих в науке немногочисленных высказываний, это прошлое и настоящее движение гражданского права в сторону его развития под влиянием более гибких норм коммерческого оборота и последующего приспособления к потребностям регулирования предпринимательской деятельности. В литературе названо несколько пределов такого сближения: предел институтов, предел понятий, предел принципов [5, с. 81–82].

Коммерциализацию можно условно назвать процессом обратным дуализму. Она не разъединяет и не противопоставляет, а объединяет нормы гражданского и коммерческого права, посылает им взаимообусловленность и зависимость, иногда сообщая необходимость растворения одних норм в других или простое исчезновение отдельных норм (торгового) права по причине укрепления и развития права гражданского.

Эти процессы непрерывно идут и сегодня, лишая и силы, и смысла аргументацию о дуализме частного права. Качественные изменения в имущественных отношениях отодвинули в далекое прошлое прежде «мирное и спокойное» общегражданское право. Научная обработка гражданского права, реализованные в нем исторические накопления и достижения, учет опыта стран континента и непрерывно идущие уже в настоящем процессы его коммерциализации надежно обеспечили ему авторитет в управлении имущественными отношениями.

Признаки коммерциализации гражданского законодательства многочисленны. И это уже не только нормы о либерализации формы договоров через внедрение в договорную практику элементов электронного документооборота, расширение линейки договоров за счет внедрения конструкции смешанного договора, увели-

чение перечня поименованных способов обеспечения обязательств и т.д. Сигнал идет и от тех норм ГК РФ, которые рассчитаны исключительно на отношения с участием предпринимателей. Не последнюю роль сыграли последние трехкратные (дважды – в 2013 г. и 2015 г.) законодательные дополнения в подотрасль обязательственного права.

Свою роль в процессах коммерциализации гражданского законодательства играет цивилистика как наука, отыскивая и находя неформальные обоснования для введения в гражданско-правовую сферу того вида отношений, которые прежде составляли исключительно публично-правовую сферу регулирования (государственная регистрация прав на имущество), либо обоснованно беря под свое крыло отношения, порожденные рыночной экономикой и не имеющие собственной отраслевой принадлежности (корпоративные).

Свой опыт коммерциализации составляет и зарубежная практика. Как показала история других стран, отказавшихся от самостоятельного торгового законодательства, распространение принципов коммерческих взаимоотношений за пределы торгового права, развитие другими отраслями институтов, исконно находящихся в его поле (вексельное, страховое, таможенное и др.), лишили акты торговой кодификации того органического единства, на котором они основывались. Так, в Италии торговое законодательство фактически оказалось опустошенным за счет обстоятельного решения в нормах кодекса гражданского вопроса об учреждении предприятия [16, с. 244].

Коммерциализация гражданского законодательства предопределена не только исторически заданной и действующей сегодня траекторией гражданско-правового регулирования имущественных отношений, но и развитием других отраслей права, законодательства, наук и учебных дисциплин. В этом смысле заслуживают отдельного внимания достижения учебных дисциплин, ориентированных на торговые сделки и договоры. Не стоит умалять значение тех познаний, которые созданы в теории торговых сделок по сравнению со сделками общегражданскими, имеющими серьезное укрепление (как и сделки торговые) в виде учений о сделке как юридическом факте. Важно увидеть

суть сделки в процессе ее жизни, ее реализационный аспект, что наиболее наглядно обеспечивают именно торговые сделки. Они, без преувеличения, ядро коммерческого права – без них нет всего того остального, что наполняет коммерческие отношения. Однако доктринальный подход должен быть свободен от тех приемов, когда реальность этого познания не должна подгоняться под теорию фактического дуализма частного права. Тактике и дидактике образовательного процесса надлежит исходить из того, что теория дуализма может и должна рассматриваться лишь в качестве одного из направлений во взглядах на положение торгового (коммерческого, предпринимательского, хозяйственного) права в российской правовой системе.

К понятию «торговые сделки» доктрина обращается гораздо реже, нежели, в желании размежеваться с гражданским правом, к понятию «торговое право». Нельзя в связи с этим не указать на не изведенные в полной мере современниками залежи того научного материала по торговым действиям, который поставил для этой цели современникам Г. Ф. Шершеневич.

Попытку привлечь доктринальное внимание к проблематике торговых сделок предприняла Л. В. Щенникова, обратившись к дореволюционным доктринальным взглядам и предложив свое определение торговой сделки как «сделки, объектом которой являются товары, предназначенные для использования в торговом обороте, совершенные лицами профессионально (по торговой профессии) со спекулятивной целью в виде промысла» [21, с. 148]. Нельзя не согласиться с автором, что помехами для определения торговой сделки сегодня служит как инерция самого законодателя, так и доктринальное «многоголосье» в соотношении терминов «предпринимательская деятельность», «коммерческая», «хозяйственная», «торговая» [21, с. 140].

Процесс коммерциализации гражданского права идет неизбежно. Игнорировать этот процесс, уступая теориям «жесткого дуализма», равно попытке повернуть вспять историю российского законодательства, когда все виды условий, окружавших ее – социальные, политические, экономические и юридические, ушли в прошлое.

Заключение

История торгового права и торгового законодательства в России, не выросшего в свое время до необходимых кондиций и оставшегося в тождестве «торговое право и право торгового сословия», не дает оснований для механического переноса прошлых научных воззрений о дуализме частного права на современную почву.

Соотношение торгового права и права гражданского в их исторически-правовой данности, приоритет хозяйственного права и законодательства перед законодательством гражданским в советский период, теоретические разработки в части отделения предпринимательского законодательства от законодательства гражданского, вопреки установленному их законодательному соотношению в постсоветский период, – все это части российской юридической модели частнопроводного регулирования имущественных отношений.

Проблема модели частного права – монистической или дуалистической носит чисто теоретический (умозрительный) характер. Любые выводы теории прямо или косвенно влияют на позицию как законодателя, так и правоприменителя. Это обязывает теорию и ее представителей быть как актуальными, так и убедительными.

Нет оснований сомневаться в том, что теория хозяйственного (предпринимательского) права выросла из теории торгового права, однако не в России. Появление европейской теории торгового права и ее закономерного следствия – Торговых кодексов стало импульсом для возникновения зрелого торгового класса и горизонтальных торговых отношений, свободных от сословности, а потому нуждающихся в признании юридического равенства и частной инициативы их участников. Последующее распространение правил торговли на иные сферы хозяйственной жизни позволило отойти от узкого значения торгового права как права одного только торгового оборота. Русское торговое право до подобных кондиций дорасти не смогло.

Несмотря на качественную разность и степень зрелости норм торгового законодательства в дореволюционной России и в Европе, процессы коммерциализации гражданского права за счет права торгового шли непрерывно, доставляя гражданскому праву как пандектному образованию то, что не пришло к нему с рецепцией

римского права. Возможности подобного обогащения гражданского права за счет торгового порождены, и прежде и сегодня, динамичностью и специализацией торгового оборота.

Стремление отстоять и оправдать несуществующий гражданско-правовой дуализм входит в противоречие с теми тенденциями, которые сейчас повсеместно заявляют о себе в регулировании имущественных отношений, основанных на равенстве и автономии участников отношений. Дело отнюдь не в единичных процессах рекодификации торгового права, а в активно и последовательно идущих процессах коммерциализации гражданского права.

Пестование идеи о самостоятельности коммерческого права – это шаг назад уже по той причине, что он потребует перекроя существующего гражданского законодательства во избежание множественных дублирований, не говоря уже об устоявшейся судебной практике и ее позитивных традициях. Здравый взгляд как на систему действующего гражданского законодательства, так и на существующую практику его применения дает все основания утверждать, что причин для корректировки монистических гражданско-правовых идей с целью освободить часть нормативного пространства для коммерческого права сегодня не существует. Что же касается соотношения частных и публичных начал в регулировании торговых отношений, то алгоритм этого соотношения заложен в нормах ГК РФ начиная с 1994 г. и он вполне пригоден для коммерческих (предпринимательских) отношений как разновидности имущественных отношений, основанных на началах равенства, диспозитивности и частной инициативы.

Важность собственно теоретических исследований по проблемам коммерческого (предпринимательского) права отрицать невозможно. Не стоит лишь подгонять все теоретические идеи под суждения о двуглавой кодификации, находящей все больше подтверждений как идеи «дня вчерашнего». Гораздо важнее включить в сферу научного внимания вопросы устойчивости терминологии и ее соотношения с гражданско-правовым понятийным аппаратом, о специфике торговых сделок, критериях обособления в общей системе гражданско-правовых договоров коммерческих договоров, особенностях ответственности участников коммерческих отношений.

Библиографический список

1. Белов В. А. Понятие и виды торговых договоров: учеб. пособие; курс лекций для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2017. 502 с.
2. Власов А. А., Коваленко В. Н. Торговый кодекс как ключевой инструмент коммерческого регулирования // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. 2014. № 2 (33). С. 68–73.
3. Вормс А. Государственный переворот и гражданское право // Вестник права. 1917. № 10–11.
4. Гарейс К. Германское торговое право. М.: Тип. А. И. Мамонтова и Ко, 1893. Вып. 1. 399 с.
5. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под ред. В. А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. 993 с.
6. Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М.: Спарк, 2001. 767 с.
7. Зарудный С. И. Торговое уложение Итальянского Королевства и русские торговые законы. Опыт сравнительного изучения системы законодательств. М.: Спарк, 272 с. [репринт. копия 1870 г.].
8. Михайлов М. М. Торговое право. СПб., 1857–1860. Вып. 1–4.
9. Пахман С. В. История кодификации гражданского права. М.: Зерцало, 2004. 855 с.
10. Покровский А. И. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. 353 с. (Классика рос. цивилистики).
11. Развитие русского права во второй половине XIX – начале XX в. / отв. ред. Е. А. Скрипилев. М.: Наука, 1997. 368 с.
12. Ровный В. В. Дуализм права и дуализм частного права // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. ст. / под ред. В. Ф. Воловича. Томск, 2000. С. 3–7.
13. Российское законодательство X–XX веков: в 9 т. / под общ. ред. д.ю.н., проф. О. И. Чистякова. М.: Юрид. лит., 1984. Т. 1: Законодательство Древней Руси. 432 с.
14. Рузанова В. Д. Дуализм частного права как проявление дифференциации правового регулирования // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2017. № 2 (51). С. 52–57.
15. Стоянов А. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков: Тип. Чеховскаго и Зарина, 1862. 277 с.
16. Судакова К. Г. Дуализм итальянского частного права // Правоведение. 2002. № 3 (242). С. 238–248.
17. Томсинов В. А. Разработка проекта Гражданского Уложения и развитие науки гражданского права в России в конце XIX – начале XX в. в России. Статья вторая // Законодательство. 2015. № 3. С. 87–94.
18. Удинцев В. А. История обособления торгового права. М.: Ленанд, 2015. 224 с.
19. Шершеневич Г. Ф. Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права. М.: Юрайт, 2018. 328 с.
20. Швейцарский обязательственный закон. М.: ИнфотропикМедиа, 2012. 576 с.
21. Щенникова Л. В. Понятие торговых сделок // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика / под ред. А. Г. Диденко. Алматы: Раритет, 2012. Вып. 39. С. 139–150.
22. Цитович П. П. К вопросу о слиянии торгового права с гражданским // Труды по торговому и вексельному праву: в 2 т. М.: Статут, 2005. Т. 1: Учебник торгового права; к вопросу о слиянии торгового права с гражданским. 460 с.
23. Osakwe Ch. Anatomy of the 1994 Civil Codes of Russia and Kazakstan: A Biopsy of the Economic Constitutions of Two Post-Soviet Republics // Notre Dame L. Rev. 1998. Vol. 73. Pp. 1413–1514.
24. Bahr P. Grundzuge des Burgerlichen Rechts. 8. Aufl. München, 1995. 451 s.
25. Getz H. Die deutsche Rechtseinheit im 19 Jahrhundert als rechtspolitisches Problem. Bonn, 1966. 166 s.
26. Krejci H., Schmidt H. Vom HGB zum Unternehmensgesetz. Wien, 2002. S. 1–3.
27. Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts. Zweite Band. Besonderer Teil. München, 1972. S. 6–122.

References

1. Belov V. A. *Ponyatie i vidy torgovykh dogovorov: uchebnoe posobie; kurs lekcij dlya bakalavriata i magistratury* [Concept and Types of Trade Agreements: Textbook: a Course of Lectures for Bachelor's and Master's Degrees]. Moscow, 2017. 502 p. (In Russ.).
2. Vlasov A. A., Kovalenko V. N. *Torgovyj kodeks kak klyuchevoy instrument kommercheskogo regulirovaniya* [The Trading Code as the Key Element of Commercial Regulation]. *Uchenye trudy Rossiyskoy akademii advokatury i notariata* –Scientific Works of the Russian Academy of Advocacy and Notary. 2014. Issue 2 (33). Pp. 68–73. (In Russ.).
3. Worms A. *Gosudarstvennyj perevorot i grazhdanskoe pravo* [Coup D'état and Civil Law]. *Vestnik prava* – Bulletin of Law. 1917. Issue 10–11. (In Russ.).

4. Gareis K. *Germanskoe torgovoe pravo* [German Commercial Law]. Moscow, 1893. Issue 1. 399 p. (In Russ.).
5. *Grazhdanskoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki / Pod. red. V. A. Belova* [Civil Law: Current Issues of Theory and Practice; ed. by V. A. Belov]. Moscow, 2007. 993 p. (In Russ.).
6. Zhalinskiy A., Rerikht A. *Vvedenie v nemeckoe pravo* [Introduction to German Law]. Moscow, 2001. 767 p. (In Russ.).
7. Zarudnyj S. I. *Torgovoe ulozhenie Ital'yan-skogo Korolevstva i russkie torgovye zakony. Opyt sravnitel'nogo izucheniya sistemy zakonodatel'stv (reprintnaya kopiya 1870 g.)* [Trade Code of the Italian Kingdom and Russian Trade Laws. Experience of Comparative Study of the System of Legislations (reprint copy of the edition of 1870)]. Moscow, 2017. 272 p. (In Russ.).
8. Mikhaylov M. M. *Torgovoe pravo* [Commercial Law]. St. Petersburg, 1857–1860. Issue 1–4. 52 p. (In Russ.).
9. Pakhman S. V. *Istoriya kodifikacii grazhdanskogo prava* [History of Civil Law Codification]. Moscow, 2004. 855 p. (In Russ.).
10. Pokrovskiy A. I. *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava* [The Main Problems of Civil Law]. Moscow, 1998. 353 p. (In Russ.).
11. *Razvitie russkogo prava vo vtoroy polovine XIX–nachale XX v. / otv. red. E. A. Skripilev* [The Development of Russian Law in the Second Half of the 19th–Early 20th Centuries; ed. by E. A. Skripilev]. Moscow, 1997. 368 p. (In Russ.).
12. Rovnyj V. V. *Dualizm prava i dualizm chastnogo prava* [The Dualism of Law and the Dualism of Private Law]. *Pravovye problemy ukrepleniya rossiyskoy gosudarstvennosti: sbornik statey / pod red. V. F. Volovicha* [Legal Issues of Strengthening the Russian Statehood: Collection of Articles; ed. by V. F. Volovich]. Tomsk, 2000. Pp. 3–7. (In Russ.).
13. *Rossiyskoe zakonodatel'stvo X–XX vekov: v 9 t. / Pod obsch. red. d.yu.n., prof. O. I. Chistyakova* [Russian Legislation of the 10th–20th Centuries: in 9 vols.; ed. by O. I. Chistyakov]. Vol. 1. *Zakonodatel'stvo Drevney Rusi* [Legislation of Ancient Russia]. Moscow, 1984. 432 p. (In Russ.).
14. Ruzanova V. D. *Dualizm chastnogo prava kak proyavlenie differenciacii pravovogo regulirovaniya* [Dualism of Private Law as a Manifestation of Differentiation of Legal Regulation]. *Vestnik Omskogo universiteta. Seriya «Pravo»* – Herald of Omsk University. Series “Law”. 2017. Issue 2 (51). Pp. 52–57. (In Russ.).
15. Stoyanov A. *Metody razrabotki polozhitel'nogo prava i obschestvennoe znachenie yuristov ot glossatorov do konca XVIII stoletiya* [Methods of Development of Positive Law and Public Importance of Lawyers from Glossators until the End of the 18th Century]. *Kharkov*, 1862. 277 p. (In Russ.).
16. Sudakova K. G. *Dualizm ital'yanского частного права* [Dualism of Italian Private Law]. *Pravovedenie – Pravovedenie*. 2002. Issue 3 (242). Pp. 238–248. (In Russ.).
17. Tomsinov V. A. *Razrabotka proekta Grazhdanskogo Ulozheniya i razvitie nauki grazhdanskogo prava v Rossii v konce XIX - nachale XX v. v Rossii. Stat'ya vtoraya* [Development of the Civil Code Draft and Development of the Science of Civil Law in Russia in the Late 19th – Early 20th Centuries. Article Two]. *Zakonodatel'stvo – Legislation*. 2015. Issue 3. Pp. 87–94. (In Russ.).
18. Udincev V. A. *Istoriya obosobleniya torgovogo prava* [History of Isolation of Commercial Law]. Moscow, 2015. 224 p. (In Russ.).
19. Shershenevich G. F. *Sistema torgovykh deystviy. Kritika osnovnykh ponyatij torgovogo prava* [Trading Actions System. Criticism of the Basic Concepts of Commercial Law]. Moscow, 2018. 328 p. (In Russ.).
20. *Shveysarskiy obyazatel'stvennyy zakon* [Swiss Law of Obligations]. Moscow, 2012. 576 p. (In Russ.).
21. Schennikova L. V. *Ponyatie torgovykh sdelok* [The Concept of Trade Transactions]. *Grazhdanskoe zakonodatel'stvo. Stat'i. Kommentarii. Praktika / pod red. A. G. Didenko* [Civil Legislation. Articles. Comments. Practice; ed. by A. G. Didenko]. Vol. 39. Almaty, 2012. Pp. 139–150. (In Russ.).
22. Citovich P. P. *Trudy po torgovomu i veksel'nomu pravu: v 2 t.* [Works on Commercial and Exchange Law: in 2 vols.]. Vol. 1. *Uchebnik torgovogo prava; k voprosu o sliyani torgovogo prava s grazhdanskim* [Textbook of Commercial Law. On the Issue of Merging Commercial Law with Civil Law]. Moscow, 2005. 460 p. (In Russ.).
23. Osakwe Ch. *Anatomy of the 1994 Civil Codes of Russia and Kazakhstan: A Biopsy of the Economic Constitutions of Two Post-Soviet Republics*. *Notre Dame L. Rev.* 1998. Vol. 73. Pp. 1413–1514. (In Eng.).
24. Bahr P. *Grundzuge des Burgerlichen Rechts*. 8th ed. Munich, 1995. 451 p. (In Germ.).
25. Getz H. *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*. Bonn, 1966. 166 p. (In Germ.).
26. Krejci H., Schmidt H. *Vom HGB zum Unternehmensgesetz*. Vienna, 2002. Pp. 1–3. (In Germ.).
27. Larenz K. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Vol. 2. *Besonderer Teil*. Munich, 1972. Pp. 6–122. (In Germ.).