

# Система современного частного права и частноправового законодательства

 Александр Ананьев



# Аннотация

Цель данной статьи заключается в том, чтобы осветить одну из ключевых для любого континентального правового порядка проблем, а именно проблему анализа системы частного права и частноправового законодательства. Данный вопрос является основным для правоприменения и толкования норм частного права. В статье проанализированы теоретические аспекты построения системы частного права, а также технические аспекты построения системы частного правового законодательства.

**Annotation.** The aim of this article is to highlight one of the key problems for each continental state, namely the problem of analysis of private law and private law legislation system. This issue is central to the enforcement and interpretation of private law norms. The article analyses the theoretical aspects of building a system of private law, as well as the technical aspects of building a system of private law legislation.



# Введение

**Система права** – это костяк, на котором строится вся юридическая наука. Только в системном единстве институты частного права могут эффективно регулировать общественные отношения.

Однако для построения цельной системы права необходима теория, которая будет описывать природу этой системы, и именно она в дальнейшем будет положена в основу системы частноправового законодательства. Российское право с момента своего возникновения было вечным реципиентом европейской юридической мысли. Видимо, такое положение дел повлияло на то, что некоторые ключевые институты частного права не были отрефлексированы российской доктриной. Одной из таковых обделенных вниманием тем и стала тема системы права и частноправового законодательства.

Данная работа призвана заполнить этот пробел.

Практическая ценность понимания системы права заключается в том, что именно на ее основе строится системное и целевое толкование норм частного права.

Более того, коль скоро не утихают «старые песни о главном», а именно желание создать некий хозяйственный/предпринимательский кодекс, призванный порушить целостность системы частного права, необходимо понять и уяснить ее сущность, ее воплощение в системе законодательства и практическую ценность, чтобы не разрушить долгую и столь ценную историческую цивилистическую традиция российского частного права.

# Системность права

Отличительной чертой права является его системность<sup>[1]</sup>. С момента своего появления оно всегда стремилось к тому, чтобы структурироваться в стройный механизм, который должен саморегулироваться на основе внутренней структуры.

Под системностью мы понимаем сущность самого права складываться в определенную стройную структуру, а под системой мы понимаем результат данной системности, то есть образовавшуюся структуру права.

Данная работа будет посвящена анализу результатов системности, а именно анализу известных систем права и его элементов, а также факторов, которые влияют на образование системы.

<sup>[1]</sup> Иоффе О. С. Избранное: В 4 т. Т. II. Советское гражданское право. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. С. 50.

# Теоретическое основание системы права

Системность права создается общими усилиями теории и практики. Практика создает материал, теория его систематизирует. Практика создает новые институты, теория вписывает их в существующую систему. Только таким образом может создаваться система права.

Описание влияния практики бессмысленно, так как для этого необходимо проанализировать не только юридические вопросы, но и экономические, которые и побуждают практику на создание новых институтов. Нам доступно лишь описание теоретического вклада в создание системы права, собственно, в первую очередь, теории права.

Истинная системность права стала результатом теоретического осмысления римского права немецкой догматикой. К слову, отец немецкой юриспруденции XIX века, Ф.К. Савиньи и ставил своей целью системное описание римского права, оттого его главный труд и называется «Системой современного римского права».

Именно с этого момента и следует начинать отсчет реального учения о системности права. Глобально немецкое право в своих догматических исканиях пришло к двум подходам к пониманию системы права.

# Внешняя и внутренняя система права

Право развивается, а вместе с ним развиваются и подходы к осмыслению его системы. На данный момент существует два подхода к формированию системы права, выработанных немецкой догматикой: внешняя система ("äußere" System) или система абстрактных понятий (abstrakt-begrifflichen System) и внутренняя система ("innere" System) или система функциональных понятий и принципов (System mit funktionsbestimmten Begriffen und mit Prinzipien)[1].

[1] Larenz K. Canaris C.W. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Springer-Lehrbuch. 1995. S. 265.

# Внешняя система

Суть внешней системы заключается в том, что вся система частного права строится в логике юриспруденции понятий. Юриспруденция понятий (Begriffsjurisprudenz) предполагает, что юридические институты должны складываться в стройную систему/пирамиду, внутри которой существует строгое подчинение низших элементов высшим[1].

Имеется в виду, что идея внешней системы предполагает, что вся система частного права строится на системе абстрактных понятий, которые выражают определенный юридический институт.

Данные абстрактные понятия выстраиваются в четкие структуры, где одни понятия, образуя классы, обнимаются другими понятиями[2], и на основе этой подчиненности строится все частное право. В частности, такая система позволяет четко отграничивать одни юридические институты от других[3], в силу понимания, их природы и принадлежности к определенным абстрактным понятиям.

[1] Подробнее см. напр. Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4., erg. Aufl. 1978. S. 20-34.

[2] Larenz K. Canaris C.W. Op. cit. S. 265-266.

[3] Ibid. S. 265.

Ключевым инструментом внешней системы являются «конструкции»<sup>[1]</sup>. Конструкциями являются определенные абстрактные совокупности обобщений относительно конкретного юридического вопроса<sup>[2]</sup>. Затем данные конструкции реализуются в нормах, регулирующих конкретные отношения. Если такая норма подпадает под действие конкретной конструкции, то она должна пониматься в русле данной конструкции<sup>[3]</sup>.

Конструкции, в свою очередь, являются основанием для создания теорий<sup>[4]</sup>. Теории в дальнейшем используются для решения конкретных практических проблем<sup>[5]</sup>.

Такая структура преследует своей целью создание идеальной системы, выраженной в законе, где каждый юридический вопрос нашел бы себе место<sup>[6]</sup>. Однако этот идеал недостижим, что показывает наличие таких институтов, как квази-договоры или квази-контракты<sup>[7]</sup>.

[1] Ibid. S. 267-268.

[2] Ibid. S. 268.

[3] Ibid.

[4] Ibid. S. 275.

[5] Ibid. S. 276.

[6] Ibid. S. 282.

[7] Ibid.

Таким образом, внешняя система – это идея, построенная на вере в то, что все частное право можно описать как четкий алгоритм и стройную структуру, где все институты будут находиться в четкой вертикали подчиненности. При этом любая вертикаль делится на свои вертикали, которые в свою очередь также делятся на вертикали.

Очевидно, что это невозможно. Право вынужденно создавать нечто вроде буферных зон по типу квази-договоров или сделкоподобных действий, куда правопорядок мог бы относить те институты, которые не входят ни в одну из вертикалей или же могут быть отнесены к нескольким вертикалям.

Внешняя система позволяет решить ряд задач. В частности, она позволяет рассортировать институты в различные классы и выработать для них общие правила и принципы. Классический пример разделение институтов частного права – это разделение на институты вещного права и обязательственного. Иными словами, внешняя система – это предтеча пандектной системы построения кодекса, о которой мы будем говорить ниже.

Также внешняя система в силу своей косности консервирует некоторые институты и позволяет проследить их эволюцию. В частности, во многом благодаря косности немецкой системы частного права, которое закрепило большое количество переходных форм от простого товарищества к корпорации, мы можем проследить обязательственную природу юридического лица.

Тем не менее несмотря на недостижимость главной цели внешней системы, она стала основой юридического мышления в принципе. Юрист и помыслить не может, что любой юридический институт не систематизирован и не встроен в определенную систему координат. Внешняя система выросла в юридическая сознание, став его основой.

От этого и происходит множество споров по типу того, является ли залог обязательственным или вещным правом, является ли исковая давность институтом материального или процессуального права, является ли корпоративное право частью обязательственного права или самостоятельной подотраслью частного права и т.д.

Также представляется, что внешняя система подразумевает приоритет систематического толкования перед иными видами толкованиями.



При этом внешняя система никогда не сможет выстроиться до конца, поскольку экономические потребности оборота всегда будут требовать создания новых институтов, которые будут выбиваться из существующей системы. Однако задача частного права все же состоит в том, чтобы сложится в единую системы. Система должна поглотить выбивающиеся из нее элементы.

В определенном смысле частное право – это живой организм, которой из-за эволюции (в нашем случае выраженной потребностями оборота), вынужден эволюционировать развиваться и подстраиваться под новые условия, изменяя себя.

Эта необходимость порождает другую необходимость в переосмыслении внешней системы и побуждают к созданию другого юридического концепта, объясняющего систему частного права. Таковым является концепт внутренней системы частного права.

# Внутренняя система

Внутренняя система является развитием идей о сущности внешней системы частного права. В отличие от внешней системы, внутренняя строится на юриспруденции ценностей (Wertungsjurisprudenz)[1], а не юриспруденции понятий. Ключевыми инструментами внутренней системы являются принципы и функциональные понятия[2].

Сущность функциональных понятий, в отличие от абстрактных понятий, заключается в том, что при их познании необходимо руководствоваться не заранее predetermined знаниями о том, что обозначает это понятие и не местом данного понятия в системе, а функцией, которую введение данного понятия преследует[1].

При этом понимание функций и регулирование всей системы происходит с опорой на принципы права, которые используются для конкретизации определенных юридических вопросов[2]. Такой подход к пониманию системы права влечет тот факт, что система становится открытой[3].

[1] Ibid.

[2] Ibid.

[3] Ibid.

[1] Ibid. S. 265.

[2] Ibid.

Имеется в виду, что внешняя система права стремится к монолитности и закрытости, где единожды выбранное для конкретного института место будет оставлено за ним навсегда. Внутренняя система предполагает определенную гибкость.

Также внутренняя система предопределяет особое значение целевого толкования.

Таким образом, внутренняя система позволяет избежать тех проблем, которые создает закрытая система, а именно невозможность создания окончательной закрытой системы права.

Внутренняя система, в отличие от внешней предполагает, что необходимо смотреть на сущность каждого отдельного института и познавать его функции. Как следствие, представляется, что внутренняя система порождает приоритет целевого толкования над иными.

Следовательно, внутренняя система решает те проблемы, которые возникают при построении внешней системы. Внутренняя система позволяет сделать систему частного права открытой и гибкой, позволяет праву развиваться.

При этом не следует думать, что перечисленные плюсы внутренней системы должны девальвировать ценность системы внешней. Внешняя система – это сущность права в целом, символ его системности и стройности.

Необходимо придерживаться компромиссного варианта, согласно которому следует признавать закрытую систему частного права его основной, но с опорой на идею о внутренней системе допускать определённую гибкость в формировании системы частного права.

# Система римского права

Римские юристы пытались создать из своего юридического материала определенную систему, которая по факту являлась внешней системой.

В частности, на примере Институций мы видим деление частного права на право лиц, право вещей и право исков. В дальнейшем, данная система делится внутри каждого из обозначенных элементов, так лица делятся по трем статусам (*status civitatis*, *status libertatis* и *status familia*), вещи делятся на телесные и бестелесные, иски делятся на иски вещные (*actio in rem*) и обязательственные (*actio in personam*) и т.д..

При этом римское право – это право практиков, что хорошо видно на примере преторского права. Как следствие, вся система римского права построена на нуждах практики и обобщения практической юриспруденции. По этой причине некоторые деления и обобщения страдают бессистемностью.

В частности, это очень хорошо видно на примере систематизации договоров.

Известно, что в римском праве договоры делились на консенсуальные, реальные, вербальные и литеральные. Однако данная систематизация сделана не по единому критерию. В частности, в данном делении используется сразу два критерии момент заключенности договора (реальные и консенсуальные) и форма (литеральные и вербальные).

Такая же бессистемность есть и в делении источников обязательств на договоры, квази-договоры, деликты и квази-деликты.

В частности, данная система является результатом определенного формализма в римском праве. Из-за закрытости списка видов деликтов[1] и договоров[2], закреплённого в законах XII таблиц, римские юристы были вынуждены создавать буферные зоны по типу квази-договоров и квази-деликтов, куда они в целях стройности заданной системы могли относить выбивающиеся институты.

Таким образом, мы видим, что система римского права является ярким примером внешней системы права, которая вынуждена бороться с бессистемностью, вызванной двумя причинами. Первой причиной является практическая направленность римского права, которое стремилось создать систему права на основе выработанного практикой материала. Второй причиной являлась определенная косность, вызванная закрытостью определенных списков (например списка видов деликтов или списка договоров).

Для борьбы с этим римское право было вынужденно жертвовать системностью как таковой или создавать буферные зоны, где можно было бы аккумулировать не вписывающиеся институты.

[1] Что потом будет исправлено в реципировавших правопорядках введением генерального деликта.

[2] Что потом будет исправлено в реципировавших правопорядках введением принципом свободы договора.

# Немецкая система права

ГГУ также построено на внешней системе[1], как и римское право. Однако в отличие от римского, немецкое право – это право теоретиков, что выразилось в том, что перед созданием единого Гражданского кодекса немцы провели колоссальную работу по систематизации и осмыслению юридических знаний[2].

Такая теоретичность исправила проблемы римского права в вопросе бессистемности определенных делений и категоризаций. В немецком праве есть определённая системная красота, все институты выстроены в единую структуру, где каждому вроде бы есть свое место.

Это хорошо видно на примере системы вещных права[1], где все виды вещных прав собираются в определенные группы. И все эти институты подчиняются одним и тем же принципам.

[1] Larenz K. Canaris C.W. Op. cit. S. 264.

[1] Larenz K. Canaris C.W. Op. cit. S. 264.

[2] Köhler BGB AT JurKLB § 3 Rn. 1-6.



Конечно, в немецком праве сложно найти выбивающиеся из системы институты, однако и такие встречаются. Классическим примером этого является преддоговорная ответственность. Немцы якобы из-за слабости своего деликтного права вписали преддоговорную ответственность в нечто подобное договорному праву.

Иными словами, и в немецком праве практические нужды начинают рушить системность существующей структуры. Собственно говоря, поэтому и был создан концепт внутренней системы права.

\*\*\*

Таким образом, следует прийти к выводу, что внешняя система права – это его основа. Однако потребности оборота, а иногда и ошибки в построении внешней системы ведут к тому, что данная система должны быть открытой и постоянно переосмысляться, что позволяет нам идея внутренней системы права.

# Право частное и право публичное

Ключевым делением всего права является деление его на частное и публичное. Данное деление является основой для всего понимания права, так как от отнесения конкретного института к определённому виду будет зависеть то, по каким правилам данный институт будет жить.

## Критерии разделения права на частное и публичное

За все время изучения данного вопроса доктрина пришла к выводу, что делить право на частное и публичное можно двум критериям: материальному и формальному<sup>[1]</sup>.

Материальный критерий основывается на изречении Ульпиана (D. 1.1.1.2.) и говорит о том, что частное право отличается от публичного тем, что первое преследует интересы отдельных лиц, а второе – государства в целом.

<sup>[1]</sup> Здесь мы не будем рассматривать все точки зрения и всех представителей относительно каждого из критериев. Мы лишь кратко разберем сущность критериев. Подробнее об этом см.: Черепяхин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве // Труды по гражданскому праву. 2-е изд. М.: Статут. 2020. С. 93-121.



Однако несмотря на свою простоту, данный критерий страдает рядом пороков, которые, в частности, выявил И.А. Покровский. Он приводит примеры, когда определённые частноправовые сделки заключены непосредственно в интересах государства[1], при этом организация деятельности полиции, несмотря на свой публично-правовой характер, также отвечает интересам отдельных индивидов[2].

По этой причине данный критерий является самым опасным, он может создать видимость существования т.н. частно-публичных отраслей права, в которых будут регулироваться одни и те же отношения, но сразу и частными и публичными нормами.

Такой исход событий крайне неудовлетворителен, поскольку убивает деление права на частное и публичное в принципе и создает единые отрасли, в которых главенствует публичное, но не частное право, поскольку репрессивное, императивное публичное право в открытой конкуренции всегда будет побеждать мягкое, податливое, диспозитивное частное право.

Также такой подход опасен возможностью редуцирования отраслей права до какого-то отдельного объекта, что породит создание «прачечных», «колбасных» и «творожных» отраслей права, что также неудовлетворительно в силу невозможности создания реальной системы права, поскольку ее элементы будут разбросаны по разным лжеотраслям права.

[1] Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 8-е изд. Москва : Статут, 2020. С. 41.

[2] Там же.

По этой причине выдвигается довод, что разделение права на частное и публичное должно происходить по другому критерию, а именно формальному.

Формальный критерий, в отличие от материального, строится не на основе того, чьи интересы защищает право, а какими способами и по чьей инициативе оно защищается. Однако и эта позиция не является верной<sup>[1]</sup>, поскольку механически привязывает деление прав к подсудности суда.

По этим причинам мы вынуждены искать основу деления в других институтах, в частности в методе регулирования отношений. В этом контексте мы видим, что публичное право регулируется императивным методом, а частное – диспозитивным. Современное право должно существовать именно в этой парадигме, поскольку позволяет на основе сущности отношений толковать ту или иную норму с позиции диспозитивности или императивности, а также позволяет решать следует ли в принципе применять ту или иную норму.

Однако мы не можем признать, что и этот довод до конца верен, поскольку и в частном праве мы можем найти императивные нормы (запрет закона<sup>[2]</sup>, императивные нормы договорного права<sup>[3]</sup>, нормы потребительского права<sup>[4]</sup> и т.д.).

<sup>[1]</sup> Там же. С. 42.

<sup>[2]</sup> Brox/Walker BGB AT § 14 Rn. 2.

<sup>[3]</sup> Абз. 2 п. 1 Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 16 "О свободе договора и ее пределах".

<sup>[4]</sup> Закон РФ от 07.02.1992 N 2300-1 (ред. от 05.12.2022) "О защите прав потребителей".

Еще одним решением может быть определение природы права через участвующих в нем субъектов. В частности, если в отношении участвует государство, то отношение подчиняется праву публичному, а если его нет – то частному[1].

Конечно, это довольно удобный метод, однако он натывается на рифы реальности, когда мы видим частное право, которое регулирует экономические отношения, в которых государство или его суррогаты участвует как субъект частного права.

В таких условиях, действительно, можно начать скептически подходить к данному делению и говорить, что оно не нужно вовсе[2]. Однако это все же неправильно.

Правильным методом является определение частного или публичного характера права на основе выявления метода его регулирования, а именно диспозитивности или императивности. Если отношения внутри этой отрасли, по общему правилу, регулируются диспозитивно, т.е. основаны на принципе частной автономии, то это частное право, а если императивно – то публичные.

Такой способ не смешивает нормы в единое нечто и позволяет толковать каждую норму с позиций императивности или диспозитивности, в зависимости от того к какому праву относится эта норма.

[1] Кокощкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. М.: Издательство «Зерцало», 2014. С. 128-129.

[2] Черепяхин Б.Б. Указ. соч. С. 113.

Преимущественно это необходимо частному праву, чтобы огородить его от влияния императивности права публичного. При этом следует помнить, что в частном праве также могут встречаться и императивные нормы, если это обусловлено вескими причинами[1]. Данный подход был показан ВАС РФ, когда он отказался от позиции, что все нормы в договорном праве, сформулированные императивно, имеют такой характер[2]. Наоборот, ВАС встал на позицию, что каждая норма должна толковаться целевым образом[3].

[1] Medicus/Lorenz SchuldR I § 10 Rn. 1. Для описания этого используется институт «Kontrahierungszwang».

[2] Абз. 3 п. 1 Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 16 "О свободе договора и ее пределах".

[3] Там же.

# Практическое значение деления

Следует признать, что определение частного или публичного характера права решает несколько ключевых проблем:

1. Так, отнесение института к сфере частного права будет определять то, что этот институт будет существовать в парадигме принципа автономии воли, т.е. равенства участников и отсутствия принуждения с подчинением, а отнесение института к публичному праву определит его понимание через парадигму подчинения и принуждения.

2. Как следствие первого последствия, будет зависеть теоретическое описание ключевой формы действия в данной сфере права. Так, в частном ключевой формой действия является сделка[1], а в публичном – административный акт[2].

[1] Reich D.O./Schmitz P. Einführung in das Bürgerliche Recht. 3., aktualisierte und erweiterte Auflage. Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler GmbH, Wiesbaden, 2000. S. 6., Flume W. Das Rechtsgeschäft // Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Bd. 2, überarbeitete Auflage. Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York. 1975. S. 7.

[2] Köhler BGB AT JurKLB § 2 Rn. 3.

3. От отнесения нормы к сфере частного или публичного права зависит то, будет ли оно, по общему, правилу диспозитивно.

4. На практике выбор частного или публичного права будет выражаться в выборе применимых норм к конкретному правоотношению с конкретным субъектным составом (т.н. теория субъекта, при которой исследуется вопрос, для кого предназначена та или иная норма<sup>[1]</sup>).

Так, ярким примером такого практического выражения является запрет ВС на использование норм о сложных вещах (ст. 134 ГК) для целей определения налоговой базы<sup>[1][2]</sup>. ФНС в определенных случаях использовали ст. 134 ГК для расширения налоговой базы, однако ВС указал, что вопросы налогообложения являются сферой публичного права, как следствие, ФНС должна пользоваться нормами НК, а не ГК.

5. От отнесения зависит подсудность спора<sup>[3]</sup>.

<sup>[1]</sup> П. 34 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2021) (утв. Президиумом ВС РФ 10.11.2021);

Определение ВС РФ от 28.09.2021 № 308-ЭС21-666

<sup>[2]</sup> Подробнее об этом см. Ананьев А. Понятие сложной вещи: комментарий к статье 134 ГК // Цивилистика, 2022. №1. С. 274-290.

<sup>[3]</sup> Brox/Walker BGB AT § 1 Rn. 11.

<sup>[1]</sup> BGHZ 102, 280, (283).

# Частно-публичные (комплексные) отрасли права

Одним из доводов в пользу отсутствия разделения права на частное и публичное является то, что некоторые отношения регулируются одновременно, как частным правом, так и публичным. Как следствие мы имеем т.н. частно-публичные отрасли права.

Действительное, некоторые отношения требуют регулирования как частным, так и публичным правом, что обусловлено как практическими, так и политическими причинами.

Однако это не повод для того, чтобы сливать частные и публичные нормы, регулирующие эти отношения. Даже в таких случаях законодатель должен быть крайне дисциплинирован, разделяя регулирования таких отношения в разные отрасли права.

В российском праве такие острые проблемы возникают в связи с двумя отраслями права, а именно семейным и трудовым, за которым тянется шлейф советского их понимания.

Исторически семейное и трудовое право в советском праве оформлялись как самостоятельные отрасли, что было выражено их заключением в самостоятельные кодексы<sup>[1]</sup>.

<sup>[1]</sup> Семейное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2019. С. 35.; Трудовое право России : учебник / под ред. А.М. Куренного. – 3-е. изд., переаб. и доп. Москва : Проспект, 2019. С. 18.



Это стало основанием для того, чтобы воспринимать их как самостоятельные отрасли права, наряду с гражданским.

Этому же помогало смешение частного и публичного права советской юриспруденцией. При этом внутри советской правовой системы нет никаких проблем с выделением и смешением, поскольку какая разница, как будут регулироваться отношения, если они будут регулироваться частно-публичным методом с упором в публичность.

**Семейное право.** В континентальном праве[1], берущем начало в римском праве[2], семейное право – это элемент частного права, что выражено в ФГК и ГГУ. В советском праве, а как следствие, и российском семейное право якобы воспринимается как отдельная отрасль права[3].

[1] Voppel R. in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts. Sellier – de Gruyter. Berlin, 2008. S. 1062.;

Гражданское и торговое право капиталистических стран. 3-е. изд. Перераб. и доп. Москва. «Международные отношения». 1993. С. 515. (Автор главы Васильев Е.А.).

[2] Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М.: Издательство «Зерцало», 2015. С. 419.

[3] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 2019. С. 217-218.



Семейное право выделено по материальному критерию, что привело его к тем проблемам, которые сопутствуют этому критерию. Оказалось, что отношения внутри семьи и связанные с ней интересны не только частному праву, но и публичному.

Как следствие, СК стал набором разнородного регулирования, которое посвящено различным аспектам семейных отношений, и которые по-разному регулируются. Так, одни нормы СК фактически посвящены частным правоотношениям, а другие – публичным.

Спрашивается, что можно с этим сделать? Ответ на этот вопрос дает английское право. В силу наличия развитой судебной системы и отсутствия всеобъемлющей кодификации частного права, представленной на континенте и выраженной гражданскими кодексами (ФГК, ГГУ, ШГК), английское право регулирует семейные отношения предметно, принимая законы по различным насущным проблемам (например, Mental Capacity Act 2005; Children Act 1989; Domestic Abuse Act 2021 и т.д.).

При этом такая эклектичность не побуждает англичан смешивать все семейное право в единую отрасль. Английское право точно подходит к вопросам регулирования различных аспектов семейных отношений<sup>[1]</sup>. В частности, английское право делит семейное право на «право взрослых», где главенствует частное право, и «детское право», которое делится на детское частное и детское публичное право<sup>[2]</sup>.

<sup>[1]</sup> Family law. 2-nd. ed. edited by Ruth Lamont. Oxford University Press. 2022. P. 6.

<sup>[2]</sup> Ibid. P. 25, 369, 421.

Российское право должно перенять английский подход и разорвать с порочным частно-публичным регулированием семейных отношений. В частности, российское семейное право необходимо отделить от всех публичных элементов, выделив их в отдельное право призрения, которое будет регулировать вопросы защиты детей и домашнего насилия[1].

В истинно семейном праве должны остаться брачные отношения, связанные с заключением, прекращением брака, разделом имущества и т.д., алиментное право; детское частное право, т.е. вопросы автономного решения судьбы детей.

При этом выделение семейного права в отдельный кодекс больших проблем не вызывает, так как в теории права известно, что некоторые элементы системы частного права регулируются отдельными законами, а не гражданским кодексом[2], подробнее об этом речь пойдет ниже.

[1] Сейчас в России нет значительного регулирования, посвященного этой проблеме, как, например, в Англии, но представляется, что и российское право дойдет до этого.

[2] Wolf/Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. § 6 Rn. 7.

**Трудовое право.** Трудовое право также генетически является элементом системы частного права[1]. Это объясняется тем, что в трудовом праве также существует принцип автономии воли, который ярко выражен при заключении трудового договора.

Однако не вызывает сомнений и то, что трудовое право в значительной степени подпадает под регулирование публичного права. В первую очередь, это касается регулирование деятельности профсоюзов[2].

По этой причине также следует пойти по пути расщепления трудового права на частное и публичное. Более того, российское право уже идет по пути такого расщепления, регулируя деятельность профсоюзов в отдельном ФЗ, такая тенденция должна быть продолжена, и ТК должен стать сферой регулирования трудовых отношений частным правом, с субсидиарным применением норм ГК, а все публично правовые нормы должны быть заключены в других ФЗ.

[1] Brox/Walker BGB AT § 1 Rn. 18.; Hey F.C. „Sonderprivatrechte“ in der Privatrechtsdogmatik in: Privatrechtsdogmatik Im 21. Jahrhundert : Festschrift Für Claus-Wilhelm Canaris Zum 80. Geburtstag, edited by Hans Christoph Grigoleit, and Jens Petersen, Walter de Gruyter GmbH, 2017. S. 794.

[2] Федеральный закон "О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности" от 12.01.1996 N 10-ФЗ.

Следует помнить, что совмещение регулирования – это нонсенс, надругательство над системой права в принципе. Всякие поползновения в сторону создания смежных отраслей права будут создавать основания для притеснения автономии воли в сфере частного права, что крайне недопустимо, поскольку при их соединении публичное право всегда будет притеснять частное. Однако действительно, когда мы пытаемся создать отрасли на основе предмета, то мы всегда получаем проблему смешения частного и публичного права.

Для того чтобы избежать это, необходимо дробить нормы частного и публичного права, регулирующие одни и те же отношения, на отдельные отрасли, которые будут основываться на разных принципах и жить по собственным правилам.

# Внутреннее деление частного права

Далее, после отграничения частного права от публичного мы должны разобраться во внутреннем делении самого частного права. Такое деление можно проводить, основываясь на двух критериях: объектном и экономическом.

Объектный критерий делит частное право на группы, каждая из которых посвящена определенным правоотношениям с общим объектом. Экономический критерий делит частное право на группы по тому, на каких экономических принципах строятся отношения между субъектами данного правоотношения.

При этом сразу следует сказать, что это не взаимозаменяемые способы внутреннего построения системы частного права, оба эти критерия сосуществуют и описывают систему частного права с разных сторон.

# Система частного права, согласно объектному критерию

Деление частного права по объектному критерию предполагает, что за основу этого деления будет взят объект правоотношения, регулируемого определенной нормой. В частности, если объектом правоотношения является вещь, то все отношения такого рода являются подчиняются вещному праву; если объектом является обязательство – обязательственному праву и т.д.

Далее данное деление выстраивает систему частного права, согласно логике юриспруденции понятий, где одно понятие делится на другие, более мелкие и т.д.

Данной способ деления частного права был крайне популярен в российской дореволюционной доктрине<sup>[1]</sup>. В частности, большое количество дореволюционных авторов придерживалось именно его, которые выстраивали разные разветвленные системы частного права.

Идеологически данное деление опирается на идеи юриспруденции понятий, т.е. фактически является той самой внешней системой, о которой мы говорили выше. Как следствие, такое деление позволяет решать задачи, для которых используется внешняя система в принципе.

[1] Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: Юрайт, 2020. С. 51-54.;  
Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. 2-е изд. М.: Статут. 2016. С. 58.

В частности, как было сказано выше, такая система позволяет рассортировывать институты и понять их истоки и место в системе.

Помимо этого, по объектному критерию, как правило, строятся кодексы, которые делятся на смысловые элементы, каждый из которых посвящен определенному комплексу отношений, связанных с общим объектом.

Достоинством этой системы является ее чисто юридический характер. В силу идеологической преемственности идеям внешней системы, мы можем использовать почти любые юридические концепты для построения системы по объектному критерию.

В частности, такая система может как классически создаваться просто по природе объекта (непосредственно деление на вещное, обязательственное, наследственное и т.д.), так и по его характеристикам, например имущественный или неимущественный характер, абсолютный или относительный характер и т.д.

# Право истинно гражданское, торговое и инфирмальное

При этом мы не можем ограничиться во многом чисто юридическим пообъектным описанием системы частного права. Такое описание не дает нам понимания экономической сущности данных правоотношений.

Однако это бывает крайне важно для гражданского оборота, поскольку частное право – это ключевой элемент его регулирования, что обуславливает необходимость выстраивать систему частного права, исходя из тех экономических обстоятельств, в которых и существует данное регулирование.

В частности, не вызывает сомнений, что отношения между предпринимателями отличаются от отношений между предпринимателем и потребителями, а также от отношений между физическими лицами/потребителями между собой. Как следствие этого факта, помимо пообъектного критерия, мы вынуждены делить частное право на истинно гражданское, торговое и инфирмальное.



Здесь мы сделаем важнейшую оговорку: озвученное разделение будет существовать в любом правопорядке с рыночной экономикой, неважно выделяет его законодатель или нет, как к нему относится доктрина, и как это деление юридически оформлено.

Для понимания сущности этого деления мы будем строить формулу для описания отношений, которые регулируют описанные элементы системы частного права.

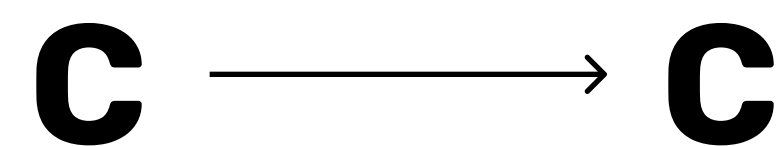
В данной формуле мы будем использовать условные обозначения: «В[1]» - предприниматель; «С[2]» - физическое лицо/потребитель/работник.

[1] Сокращение от англ. «business».

[2] Сокращение от англ. «consumer».

# Истинно гражданское право

Как известно, из самого понятия «гражданского» права вытекает понимание того, что оно регулирует отношения между «гражданами», т.е. физическими лицами[1]. Точно такое же словоупотребление существует в немецком (Bürgerliches Recht) и римском праве (jus civile)[2]. По этой причине формула отношений, регулируемых истинно гражданским правом, выглядит так:



Имеется в виду, что участники данных правоотношений, по общему правилу, являются равными по силе, и у них нет повышенного стандарта поведения. Иными словами, отношения внутри истинно гражданского права являются выражением самой идеи частного права, как права между равными субъектами без отношения подчинения.

[1] Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 2.

[2] Honsell H. Römisches Recht. 8. Auflage. Springer-Lehrbuch. 2015. S. 20.

При этом это равенство выражено не только юридически, но и экономически, чего мы, например, не увидим в праве потребительском, где предприниматель всегда будет сильнее.

В российском праве принято смешивать гражданское право с частным, что, конечно, не совсем верно, поскольку частное право намного шире. Частное право охватывает намного больший круг отношений, нежели гражданское, которое является лишь элементом частного права<sup>[1]</sup>.

Гражданское право в истинном смысле этого слова, как раз и предназначено лишь для отношений между лицами, не являющимися предпринимателями (т.е. физические лица, кроме индивидуальных предпринимателей, и некоммерческие юридические лица (в аспектах, когда они не занимаются коммерческой деятельностью)).

Также не будет считаться подпадающим под регулирование истинно гражданского права отношение, где физическое лицо контактирует с предпринимателем, поскольку в таком случае это отношение должно подлежать регулированию потребительским (инфирмальным) правом.

По причине смешения понятий мы будем называть право, регулирующее отношения между физическими лицами, истинно гражданским правом.

Истинно гражданское право является ядром всей системы частного права, что обусловлено историческими и практическими причинами, тем, что истинно гражданское право распространяется на всех участников оборота<sup>[1]</sup>.

<sup>[1]</sup> Brox/Walker BGB AT § 1 Rn. 14.

<sup>[1]</sup> Brox/Walker BGB AT § 1 Rn. 14.; Köhler BGB AT JurKLB § 2 Rn. 8.

Во-первых, именно с истинно гражданского права началось развитие частного права в принципе. В частности, известно, что *jus civile* как раз и развивалось для регулирования отношений между гражданами римского государства[1]. Тогда в силу слабости оборота нельзя было говорить о каком-то наличии отдельного торгового права, а в силу отсутствия массового производства – потребительского права. То же самое происходило и с правом трудовым. Поэтому основные институты частного права формировались именно в истинно гражданском праве.

Во-вторых, такое историческое развитие предопределило практические особенности кодификации частного права. В частности, историческая привязанность институтов частного права к сфере истинно гражданского права обусловило создание именно гражданского кодекса, как ядра всей системы частного права[2]. И лишь на основе гражданского кодекса создаются другие законодательные акты, связанные с торговым или инфирмальным правом.

В частности, по такому принципу пошло французское и немецкое право, а затем и российское, что мы увидим ниже.

Однако в силу своего ключевого положения возникает и проблема того, что мы никогда не сможем рафинировать нормы истинно гражданского права от норм торгового и инфирмального права, а также от норм, закрепляющих процедурные и идеологические нормы, поскольку все они так или иначе должны быть закреплены в ключевом для правопорядка кодексе.

[1] Honsell H. Op. cit. S. 20.

[2] Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 3.

# Торговое право

## Предварительные замечания

В российской традиции вопрос о торговом праве стоит довольно остро. Прежде чем переходить к его анализу следует сказать, что необходимо разделять понятия торговое право и торговое законодательство. Первое из которых – это неотъемлемый элемент системы частного права, второе же – возможный элемент частноправового законодательства.

От торгового права, а именно права коммерсантов, ни один капиталистический правопорядок избавится без вреда для качественного регулирования экономических отношений не сможет. Торговый же кодекс – это факультативный законодательный акт для континентальной традиции в сравнении с Гражданским кодексом, который правопорядок может иметь, а может и не иметь.

# Сущность правоотношений, регулируемых торговым правом

Торговое право регулирует отношения между предпринимателями<sup>[1]</sup>. Отношения, регулируемые этим элементом системы частного права, выражаются формулой:

$$\mathbf{B} \longrightarrow \mathbf{B}$$

Имеется в виду, что субъектами правоотношений данного рода являются предприниматели, т.е. лица занимающиеся коммерческой деятельностью. Как следствие, к ним предъявляются повышенные требования стандарта поведения (см. напр. ст. 401 ГК). При этом, как правило, данные субъекты (так же, как и в истинно гражданском праве) являются и юридически, и экономически<sup>[2]</sup> равными.

<sup>[2]</sup> Конечно, экономически субъекты торгового права могут быть не равны, однако для целей создания нормативного материала, законодатель вынужден брать за общее правило их экономическое равенство. Однако это не мешает создавать специальные нормы для регулирования отдельных случаев экономического неравенства субъектов частного права.

<sup>[1]</sup> Stöber M. Handelsrecht. W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart. 2020. Rn. 9.

Спрашивается, какие экономические факторы обуславливают самостоятельность данного элемента системы частного права. Немецкое право выделяет следующие факторы[1]:

- Скорость
- Простота
- Ясность
- Юридическая безопасность

при заключении торговых сделок между коммерсантами. Также к этому добавляется особенная защита доверия в данных правоотношениях[2].

Российское право законодательно не видит торгового права, что выражено единой моделью кодекса, регулирующего частноправовые отношения. Тем не менее это не означает, что в российском правовом порядке торгового права не существует.

Неважно, где закреплены нормы, регулирующие отношения относительного торгового права, торговое право, как отдельный элемент частного права всегда будет существовать.

[1] Stöber M. Op. cit. Rn. 14.

[2] Brox/Henssler HandelsR Rn. 12.

# Юридическое оформление торгового права

Юридически торговое право отделяется от истинно гражданского и инфирмального через два абстрактных понятия: предприниматель (коммерсант) и торговая сделка. Основываясь на этих двух понятиях, правоприменитель отвечает на вопрос, применяется ли к данному правоотношению торговое право или истинно гражданское.

**Коммерсант/предприниматель (Kaufman).** Торговое право, согласно немецкому воззрению на него, строится на субъективном принципе<sup>[1]</sup>, т.е. оно распространяется на всех, кто является коммерсантом.

Немецкое право строит довольно сложную структуру деления коммерсантов на различные подгруппы (Ist-Kaufleuten, Kann-Kaufleuten и т.д.)<sup>[2]</sup>, однако для целей статьи нам не особо важно разбираться в особенностях немецкого регулирования торгового права, нам лишь необходимо уловить его суть.

Суть же этого понятия заключается в том, что тот, кто под него подпадает, подчиняется нормам торгового права. Коммерсант, согласно § 1 Abs. 1 HGB, это всякий, кто занимается торговой деятельностью.

<sup>[1]</sup> Brox/Henssler HandelsR Rn. 3.; Stöber M. Op. cit. Rn. 23.

<sup>[2]</sup> Brox/Henssler HandelsR Rn. 41-46.



Немецкое право выделяет следующие требования для того, что признать определенную деятельность торговой[1]:

1. Открытая
2. Планируемая на определенный период времени
3. Разрешенная
4. Нацеленная на получение прибыли
5. Самостоятельная
6. Не являющаяся свободной профессией[2].

Торговые сделки (Handelsgeschäft). Помимо понятия коммерсант, торговое право оперирует понятием торговая сделка. При этом следует понимать, что термин торговая сделка – это более объемное понятие, чем сделка (Rechtsgeschäft) по смыслу ГГУ[3], торговая сделка включает в себя, помимо истинно сделок, сделкоподобные действия и реальные акты[4].

[1] BGHZ 62, 32 (33).

[2] В немецком праве выведены из регулирования торгового права, т.н. «свободные профессии», а именно врачи, адвокаты, налоговые консультанты и т.д.

[3] Stöber M. Op. cit. Rn. 254.

[4] Brox/Henssler HandelsR Rn. 281.

| Согласно § 343 Abs. 1 HGB, существует два критерия для определения сделки как торговой<sup>[1]</sup>:

- | 1) совершение сделки коммерсантом;
- | 2) принадлежность сделки делу, которое ведет коммерсант.

| При этом для корпораций и коммерческих союзов лиц действует правило, что любая их сделка считается торговой<sup>[2]</sup>.

| Именно институт торговой сделки в немецком праве юридически оформляет повышенный стандарт поведения для коммерсантов (§ 343 Abs. 1; § 347 Abs. 1 HGB).

| Таким образом, немецкое право использует два абстрактных понятия для определения того, какие нормы (торгового или гражданского права) будут регулировать определенные правоотношения. В частности, если наполнение правоотношения будет подпадать под два этих абстрактных понятия, то будет применяться торговое право. Такой приоритет обуславливает то, что торговое право является т.н. особенным правом.

| <sup>[1]</sup> Stöber M. Op. cit. Rn. 253.

| <sup>[2]</sup> BGH NJW 1960, 1852, (1853)

# Торговое право – особенное право

Торговое право – это особенное/специальное право, т.е. право для специальных лиц[1], в частности, для коммерсантов[2]. Такой характер торгового права вытекает из того факта, что гражданское право, как мы говорили выше, является ядром частного права, а торговое право лишь крепится к нему.

Институт особенного права используется для описания тех законов, которые не попали в стержневой гражданский кодекс[3]. Этому есть два объяснения.

С одной стороны, это обусловлено практическими причинами, в частности, тем, что удобнее отдельные правоотношения регулировать нормами, которые предназначены для конкретных адресатов или конкретных родов деятельности[4].

[1] Brox/Walker BGB AT § 1 Rn. 14.

[2] Brox/Henssler HandelsR Rn. 1.

[3] См. пример ГГУ и т.н. дополнительных законов, каждый из которых регулирует правоотношения, составляющие особенное право (Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 7.)

[4] Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 9.

С другой стороны, для этого есть и историческое основание, в частности, отрасли специального права посвящены определенным сферам человеческой жизни, сложность которых требовала для себя особенного регулирования[1]. Как следствие, в процессе развития частного права в качестве реакции на техническое, социальное и экономические развитие, стали выкристаллизовываться специальные отрасли частного права[2].

Торговое право является классическим примером особенного права[3], однако таковыми является и другие области частного права, по типу, трудового[4], потребительского[5], права поэтажной собственности[6] и т.д.

Такое право является особенным именно по той причине, что так или иначе примыкает к областям, урегулированным в ключевом кодексе, что гладко укладывается в пандектную систему[7]. Важно понимать, что вытекает из этой характеристики торгового права.

[1] Köhler BGB AT JurKLB § 2 Rn. 9.

[2] Ibid.

[3] Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 6.

[4] Hey F.C. Op. cit. S. 794.

[5] Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 7.

[6] Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 8.

[7] Ibid.

Во-вторых, торговое право, являясь особенным, всегда будет содержать специальные нормы для отношений между коммерсантами<sup>[1]</sup>, в сравнении с нормами истинно гражданского права. Этот факт отвечает на вопрос, как соотносятся друг с другом истинно гражданское право (lex generalis) и торговое право (lex specialis), т.е. нормы торгового права всегда выигрывают в конкуренции с нормами истинно гражданского<sup>[2]</sup>.

В-третьих, при толковании норм особенного права необходимо выявлять их смысл, исходя из принципов и духа данной конкретной области права, а не истинно гражданского.

<sup>[1]</sup> Brox/Henssler HandelsR Rn. 1.

<sup>[2]</sup> Stöber M. Op. cit. Rn. 9.

# Торговое и предпринимательское право

Может возникнуть вопрос, почему следует использовать термин «торговое право», когда существует термин «предпринимательское право». Выбор в пользу термина «торговое право» обусловлен рядом объективных причин.

Во-первых, такая терминология является исторически сложившейся, что показывает дореволюционная цивилистика<sup>[1]</sup>.

Во-вторых, представляется, что термин «предпринимательское право» дискредитирован. В современном российском юридическом дискурсе предпринимательское право воспринимается как учебный предмет, а не самостоятельная область частного права, которая живет по своим принципам и правилам.

Этот факт является последствием отсутствия дисциплины в осмыслении частного права коммерсантов, каковым хотят видеть предпринимательское право. Эта недисциплинированность выражена в смешении частного и публичного права внутри т.н. предпринимательского права<sup>[2]</sup>.

<sup>[1]</sup> Цитович П.П. Учебник торгового права // Труды по торговому и вексельному праву. В 2 т. Т.1. М.: Статут., 2005. С. 180-188.; Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. М.: Статут, 2003. С. 71.

<sup>[2]</sup> Об этом более подробно пойдет речь ниже.

Видимо, такое смешение обусловлено историческими причинами. Предпринимательское право является современной обработкой советского детища, т.н. хозяйственного права.

Проблема хозяйственного права заключалась в том, что оно смешивало частное и публичное право[1], что для советского права это проблемой особой не было, поскольку в социалистическом праве публичное право всегда довлеет над частным, фактически поглощая его. Классическим примером этого является понимание вины в частном праве через призму публичного права[2].

Однако правопорядок, существующий в условиях рыночной экономики, не может довольствоваться смешением частного и публичного права, поскольку это может вредить автономии субъектов частного права. По этой причине современное российское право не может использовать данный юридический конструкт, поскольку он генетически предполагает возможность смешения частного и публичного.

Более того, даже уже в советский период хозяйственное право было развенчано[3].

[1] Об этом также более подробнее пойдет речь ниже.

[2] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. 4-е. изд. М.: Статут, 2020. С. 628-641. (Автор главы Витрянский В.В.).

[3] Лунц Л.А. Флейшиц Е.А. Еще раз о предмете хозяйственного права // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. – М.: Статут, 2015.С. 190-202.

При этом следует рассмотреть одно возможное возражение. В частности, сторонники предпринимательского права могут возразить о том, что даже немецкое торговое право использует наработки налогового права.

В частности, немецкое торговое право разрешает использовать понятие торговой деятельности, сформулированное налоговым правом<sup>[1]</sup>.

Однако при этом ВС ФРГ говорит, что такое понятие является для торгового права лишь необязательным указанием<sup>[2]</sup>. Иными словами, ВС ФРГ четко выдерживает необходимость разделения частного и публичного права, что вызывает лишь одобрение. Непростительно то, что такой подход по смешению частного и публичного права в одной отрасли предносится как прорыв в юридической мысли<sup>[3]</sup>.

<sup>[1]</sup> BGH NJW 2000, 1940, 1941.

<sup>[2]</sup> Ibid.

<sup>[3]</sup> См. напр. Российское предпринимательское право: учеб. / Д.Г. Алексеева, Л.В. Андреев, В.К. Андреев [и др.]; М.: - Проспект; 2009. С. 13. (Автор раздела И.В. Ершова).



Иными словами, отход от канонов права в принципе и возврат к анахроничному и ошибочному советскому подходу не только не воспринимается как вред для всего правопорядка, но и рассматривается как дорога в будущее, где коммерческие отношения будут тщательно урегулированы т.н. частно-публичными методами.

Проблема состоит в том, что в конкуренции между репрессивным императивным публичным правом и податливым диспозитивным частным всегда выигрывает первое, и коммерческие отношения в таких условиях всегда будут находиться в «ежовых рукавицах» т.н. частно-публичного регулирования, что абсолютно неудовлетворительно для среды предпринимательства, требующий свободы действий и широкой автономии. Чтобы понять это, стоит лишь предположить, как ФНС будет пользоваться абстрактными и диспозитивными категориями частного права, например, для определения налоговой базы или налоговой ответственности.

Не будем же мы полагать, будто ФНС будет держать себя в рамках строгого императивного подхода, когда у нее будет соблазн воспользоваться диспозитивной нормой[1]. По этим причинам следует забыть о существовании предпринимательского права как такового, поставить его на пыльную полку маргинальных конструкций истории права наряду с хозяйственным и колхозным правом и в дальнейшем лишь рассуждать в парадигме строгого деления права на частное и публичное, а как следствие в парадигме торгового, а не предпринимательского права.

[1] В частности, мы это уже видели на практике.

# Практическое значение выделения торгового права

| Нам следует выделять торговое право по ряду причин.

| Во-первых, как будет описано ниже, российское право живет по модели, в которой единый гражданский кодекс включает в себя нормы как торгового, так и истинно гражданского права. Как следствие, мы всегда должны, анализируя конкретную норму ГК, решать относится ли она к торговому праву или нет.

| Во-вторых, торговое право легче переносит лоббизм. Условно, если кто-то захочет поменять регулирование, связанное с коммерческим оборотом, то, зная о делении частного права на истинно гражданское и торговое, мы сможем распространять эти лоббистские изменения только на регулирование торгового права, но не истинно гражданское, что защищает физических лиц от коммерческого лоббистского влияния на гражданское законодательство.

| В-третьих, в сфере торгового права можно применять более строгие требования к участникам оборота.

В-четвертых, торговое право легче переносит подзаконное регулирование. Находясь в сфере истинно гражданского права, следует помнить, что его участники не настолько квалифицированы и информированы, чтобы знать о регулировании, не закреплённом в федеральном законодательстве.

Однако предприниматели в своих сферах вполне профессиональны и квалифицированы, чтобы их отношения могли регулироваться не только законодательством, но и подзаконными актами, например актами ЦБ.

В-пятых, в торговом праве должна быть максимально выражена диспозитивность регулирования, в частности, это касается формы сделок. Дух предпринимательства предполагает наличие свободы, которая в частном праве оформляется через диспозитивность регулирования. По этой причине в торговом праве должен быть предусмотрен минимум императивных норм.

# Инфирмальное право

Третьим элементом классификации системы частного права по экономическому критерию является право инфирмальное (от латинского «infirmus», т.е. слабый).

**В** —————> **С**

Сутью этого элемента системы является то, что экономически участники отношений не равны, как следствие, право вынуждено создавать юридические институты, которые бы формально-юридически выравняли бы положение сторон в данных правоотношениях.

Преимущественно такое выравнивание производится с помощью более императивного регулирования, в сравнении с торговым или истинно-гражданским правом, или же специальными институтами.

Ключевыми примерами инфирмального права являются трудовое и потребительское, где экономически потребитель и работник слабее своих контрагентов (предпринимателя и работодателя), поэтому частное право и создает специальное регулирование для их защиты.

Суть инфирмального права заключается в том, что оно понимает разность переговорных позиций между двумя субъектами, контактирующими в нем. Именно по этой причине законодатель защищает слабую сторону<sup>[1]</sup>, т.е. потребителя/работника.

Не вызывает сомнений, что при возникновении разногласий предприниматель/работодатель всегда будет сильнее потребителя/работника. Как следствие, без юридических барьеров у предпринимателя почти не остается оснований, чтобы не пользоваться своим доминирующим положением.

Единственной причинной может стать лишь бизнес-стратегия, нацеленная на долгие продажи, когда предпринимателю необходимо создать у клиента желание приходить к нему снова и снова, или же стратегия на сохранение персонала в штате, когда работодатель будет создавать самостоятельно хорошие условия для работников.

<sup>[1]</sup> Köhler BGB AT JurKLB § 5 Rn. 20.

Если же предприниматель нацелен на короткие продажи, то он всегда будет вести себя оппортунистически в отношении потребителя, как и работодатель, нацеленный на частую смену сотрудников. По этой причине право вынужденно юридически выравнивать субъектов внутри этих правоотношений.

Также такой защите есть и экономические причины. В частности, потребительское право – это элемент системы частного права, который имеет особое социально-экономическое значение. Представим себе цепочку производства, которая выглядит следующим образом:



В этой цепочки производства задействованы четыре предпринимателя, которые в итоге производят продукт для потребительского рынка. Допустим, продуктом является хлеб, а четырьмя предпринимателями являются фермер, мукомольный завод, пекарня и ритейл.

Получается, что если последний из этой цепочки предприниматель, который занимается ритейлом, будет злоупотреблять своим доминирующим положением, то вся цепочка будет сбоить. Иными словами, производство не будет поточным, оно будет прерываться из-за отсутствия постоянного спроса.

Если потребитель не будет в полной мере защищен и не сможет потреблять продукт без каких-либо юридических помех, то все элементы данной цепочки не смогут стабильно работать. И это ключевая проблема, поскольку от стабильной работы всей цепочки зависит множество социально-экономических факторов, таких как уплата налогов, создание рабочих мест, наличие товаров на рынке и т.д.

Как следствие, право должно защищать потребителя.

Потребительское право в Германии и в России[1], как и торговое, базируется на абстрактных понятиях. Таковыми являются «потребительский договор/Verbrauchervertrag» (§ 310 ГГУ), «потребитель/Verbraucher» (§ 13 ГГУ) и «предприниматель/Unternehmen» (§ 14 I ГГУ). Именно на основе этих понятий и строится весь комплекс норм, связанный с регулированием потребительских отношений.

То же самое происходит с правом трудовым, которое основывается на понятиях работник, работодатель, трудовой договор и т.д.

[1] В российском праве нормативно эти понятия закреплены не в отдельных технических единицах законодательного акта типа параграфа, статьи или пункта, а в основных понятиях ФЗ "О защите прав потребителей", которые предваряют его нормативное регулирование, что обусловлено историческими причинами.

Таким образом, мы закончили анализ системы частного права, мы увидели, что система частного права изначально строится по конструкции внешней системы, однако современные потребности требуют от нее изменения в сторону конструкции открытой системы. Право делится на частное и публичное, данное деление является ключевым для правовой системы, поэтому оно всегда должно выдерживаться.

Система частного права может делиться по двум критериям объектному и экономическому. По первому критерию частное право делится классически на подотрасли типа обязательственного, вещного и т.д., а по экономическому на истинно гражданское, торговое и инфирмальное.



## **Система частноправового законодательства**

Теперь же после анализа того, из чего состоит система права, мы можем перейти к анализу системы законодательства, которое регулирует частные правоотношения.

## **Система права и система законодательства**

Ключевым аспектом при анализе системы частного права является то, что понятия система права и система законодательства нетождественны.

Система права – структурная совокупность институтов внутри частного права. Система же законодательства – это совокупность норм, выраженная в законодательном материале конкретного правопорядка.

Ключевое отличие этих понятий заключается в том, что система права объективна и неизменна, т.е. она складывается из теоретических конструкций, которые являются плотью и кровью частного права в принципе. Система же законодательства субъективна и изменчива, т.к. зависит от воли законодателя.

В частности, законодатель может поместить нормы корпоративного права в отдельный раздел или отдельную часть гражданского кодекса, может сделать для этой подотрасли отдельный кодекс, а может раздробить эти нормы по отдельным законам. Однако законодатель не может превратить корпоративное право из элемента частного права в элемент публичного.

По этой причине при анализе системы права и системы законодательства мы должны помнить о том, что система права в принципе во всех правопорядках едина, а система законодательства – нет.

## **Элементы системы частноправового законодательства**

В данном разделе мы рассмотрим ключевые элементы, из которых и складывается система частноправового законодательства. Таковыми являются гражданский кодекс, торговый кодекс, дополнительные/специальные законы и Пленумы, Обзоры и Информационные письма Высших судов.

# Гражданский кодекс

В континентальном праве принято строить систему частного права вокруг гражданского кодекса. Это обусловлено самой идеей кодификации, ее удобством и значением гражданского права, как ядра частного права.

Как следствие, во всех европейских правовых порядках существует гражданский кодекс, наиболее известными из которых являются Германские Гражданское уложение (ГГУ), Французский Гражданский Кодекс (ФГК), Швейцарский Гражданский Кодекс (ШГК), Австрийское Гражданское Уложение (АГУ) и т.д. Апофеозом этой системы стало создание общеевропейского гражданского кодекса, а именно акта по названию Draft Common Frames of References (DCFR)[1].

Не имеет значения, по какой системе они построены, все они являются центром системы частного права. Однако, помимо них, правовые порядки предусматривают еще и другие элементы данной системы.

[1] Это словосочетание на русском звучит как непереводаемая игра слов, поэтому следует называть акт аббревиатурой из первых букв названия этого акта, а именно DCFR.

# Торговый кодекс

Помимо гражданского кодекса, некоторые правовые порядки включают в систему частного законодательства торговый кодекс. Например, таковыми являются Германия и Франция, где существуют Германское Торговое Уложение и Французский Торговый Кодекс. Также таковой является Австрия.

Данный кодекс является законодательным оформлением торгового права, о котором шла речь выше, в данном акте описываются конкретные институты, связанные с коммерческим оборотом. В частности, внутри этих кодексов могут регулироваться корпоративные отношения, как это происходит во Франции, или общие положения о предпринимательстве и основных коммерческих договорах, как это происходит в Германии.

Однако данный элемент системы законодательства не является общепринятым среди европейских правовых порядков. Например, Швейцария отказалась от такого деления, то же самое сделала Российская Империя, а как следствие и Россия.

Тем не менее торговый кодекс играет ключевое значение для описания системы законодательства, поскольку в зависимости от его наличия будет зависеть распределение норм между кодексами и их системное единство. Теоретически это выражается в двух концепциях построения системы частного законодательства (монистической и дуалистической), о чем пойдет речь ниже.

# Дополнительные законы

Иногда законодатель создает регулирование отдельных частных правоотношений вне Гражданского или Торгового кодексов. Такое регулирование помещается в отдельные законы, посвященные отдельным сферам общественных отношений.

Такие законы в теории называются дополнительными (Nebengesetzes)<sup>[1][2]</sup>, поскольку, несмотря на свою системную независимость в любом случае не автономны от Гражданского кодекса, что выражено в субсидиарном применении норм Гражданского кодекса<sup>[3]</sup> и смысловой привязке объектов регулирования данных законов к различным подотраслям частного права, урегулированным в Гражданском кодексе<sup>[4]</sup>.

<sup>[1]</sup> Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 7.

<sup>[2]</sup> Также в доктрине их называют специальными законами (Spezialgesetzen) см. Reich D.O./Schmitz P. Op. cit. S. 2.

<sup>[3]</sup> Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 11.

<sup>[4]</sup> Wolf/Neuner Op. cit. § 6 Rn. 8.

Такой юридический прием достаточно популярен в Германии, где существуют отдельные дополнительные законы для поэтажной собственности (WEG), акционерных обществ (AktG), обществ с ограниченной ответственностью (GmbHG) и т.д.

Особенно популярна юридическая техника оформления системы частного правового законодательства через специальные законы в английском и американском праве. В данных правовых порядках почти все отдельные сферы отношений имеют специальный Акт, который регулирует их, а кодекс является исключением, а не правилом.

В российском правовом порядке институт дополнительных законов также довольно развит, о чем будет сказано ниже.

На самом деле и Торговый кодекс, по сути своей, является дополнительным к Гражданскому кодексу законом, поскольку и иные дополнительные законы могут существовать в виде кодексов. Однако в силу исторической значимости Торгового кодекса, мы его рассматриваем, как самостоятельный элемент системы частного правового законодательства.

# Пленумы, Обзоры и Информационные письма Высших судов

В российском праве, помимо классических элементов системы законодательства, существует еще один элемент. Таковыми являются Пленумы, Обзоры и Информационные письма Высших судов, о чем будет сказано ниже.

## Система построения кодекса

Теперь же мы должны уделить должное внимание такому конструкту как кодекс. Кодекс – это ключевое понятие для анализа системы частного законодательства, поскольку именно на Гражданском кодексе она и основывается.

## Понятие кодекса

Гражданский кодекс является отражением всей системы частного права, поскольку его внутреннее наполнение и структура показывает на какой стадии развития находится тот или иной правопорядок. Понимая структуру кодекса, мы можем прогнозировать, какие проблемы могут возникнуть в данной системе права.

Как известно, существует несколько способов систематизации права, самой совершенной из которых, наряду с консолидацией и инкорпорацией, является кодификация. Кодификация отличается тем, что правовой материал при таком виде систематизации не просто собирается в единый акт, но и группируется по смысловым блокам, встраивается в систему и базируется на структурной взаимосвязи различных норм.

Как следствие этого, кодекс является сложно составленным законодательным актом, строящимся на четкой структуре. Именно эта структурность и обуславливает тот факт, что в кодексах особое значение имеет именно системное толкование[1].

Однако следует понимать, на какой системе строится гражданский кодекс. Существует две таких системы: институционная и пандектная[2].

[1] Васьковский Е.В. Теория толкования гражданского права. Очерк методологии цивилистической догматики //Избранные работы польского периода. – М. : Статут, 2016. С. 338-339.

[2] Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. С. 58.



# Институциональная система

Данная система идеологически базируется на учебнике римского юриста Гая, который называется «Институции». Гай излагал материал в данном учебнике по системе «лица-вещи-иски», как следствие, кодексы, воспринявшие эту систему, также располагают нормативный материал по данной системе.

Самым ярким примером этого является французский гражданский кодекс (ФГК) и иные кодексы, которые пошли по пути рецепции ФГК. Данная модель построения гражданского кодекса является самой первой из используемых.

Несмотря на свою распространенность, институциональная модель страдает рядом пороков.

Во-первых, институциональная система слишком обширна, так как вводит в гражданское право вопросы процесса<sup>[1]</sup>. Известно, что в римском праве процессуальное право не было обособлено от материального, поэтому в современных условиях, где процесс сепарирован от материального права, институциональная система может породить смешение материального и процессуального законодательства.

[1] Там же.

Во-вторых, институциональная система негибка, она не может включить в себя новые институты и концепты, которых не было в римском праве. Например, известно, что в римском праве не было теории сделок<sup>[1]</sup>, следовательно, институциональная система выстраивалась без осознания того, что когда-то встанет вопрос о включении норм о сделках в кодекс.

Спрашивается, можно ли включить в кодекс, построенный по институциональной модели, нормы о сделках? Если быть до конца последовательным в системном изложении нормативного материала внутри кодекса, то, конечно же, нормы о сделках нельзя включить в институциональный кодекс. Французское право также не знает теории сделок<sup>[2]</sup>, поэтому не решало этого вопроса при создании ФГК.

В-третьих, также иногда выделяется минус институциональной системы в том, что она вызывает педагогические неудобства в изложении гражданского права<sup>[3]</sup>.

<sup>[1]</sup> Schmidt J.P. in: The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. V.II. Oxford Press. P. 1017.

<sup>[2]</sup> Ibid.

<sup>[3]</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 52

В-четвертых, в институциональной системе существует чёткая смысловая привязка частей кодекса к теме нормативного материала, который эти части содержат. Иными словами, в части кодекса о лицах может идти речь только о лицах, в части о вещах речь идет только о вещах и т.д. Как следствие, институциональная система не может применяться в иных кодексах, кроме как в гражданском.

Французский Гражданский Кодекс
Лица
Вещи
Иски

Для решения озвученных проблем, которые возникают при построении кодекса по институциональной модели, существует иная модель, а именно пандектная.

# Пандектная система

| Помимо институциональной системы построения кодекса также существует пандектная система.

| Классическим примером кодекса, построенного по пандектной системе, является ГГУ[1]. Однако здесь следует сделать оговорку, что ГГУ является лишь примером, а не эталоном пандектной системы, и ошибки, и исторические особенности, присущие ГГУ, не являются характерными чертами пандектной системы в целом.

| **Практические основы пандектной системы.** Пандектная система – это плод дальнейшего развития институциональной системы[2]. Развитие этой системы во многом базируется на наработках исторической школы права[3], а также на пандектистике – научном немецком течении, распространенном в Германии в XIX веке, в честь которого эта система и называется пандектной[4].

| [1] Köhler BGB AT JurKLB § 3 Rn. 11.

| [2] Wolf/Neuner Op. cit. § 7 Rn. 2.

| [3] Coing H./Honsell H. in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts. Sellier – de Gruyter. Berlin, 2008. S. 8.

| [4] Wolf/Neuner Op. cit. § 7 Rn. 2.

Суть пандектной системы заключается в делении кодекса на общую и особенную части. Конкретные нормы предваряются общими нормами, которые заключены в общей части и включают в себя понятия, дефиниции[1], а также принципы и иные общие институты[2]. Особенная же часть содержит специальное регулирование.

Технически это описывается через т.н. метод выделения/исключения[3] «Ausklammerungsmethode[4]». Суть данного метода заключается в том, что множество норм исключено из нормативного материала особенной части и помещено в общую часть, а в особенной части остались лишь специальные нормы[5].

[1] Brox/Walker BGB AT § 2 Rn. 19.

[2] Wolf/Neuner Op. cit. § 7 Rn. 12.

[3] Перевод термина «Ausklammerungsmethode» является авторским и вынужденным, так как в российском доктрине нет устоявшегося перевода этого термина. Как следствие, такой перевод может не отражать в полной мере всего смысла данного термина.

[4] Brox/Walker BGB AT § 2 Rn. 19.

[5] Ibid.

Германское Гражданское Уложение. ГГУ как раз и является выразителем данных идей и теоретических конструкций. ГГУ построено на основе пандектной системы и состоит из 5 книг[1].

Первая книга включает в себя общую часть, книги со второй по пятую составляют особенную[2]. При этом в общей части заключены нормы, распространяющиеся на все книги, составляющие особенную часть ГГУ[3].

В общей части содержатся нормы о лицах, вещах и сделках[4]. Такой набор нормативного материала не случаен, поскольку он включает в себя именно те категории частного права, которые встречаются во всех правоотношениях. При этом выделение общей части оказалось настолько удобным, что этот институт начали реципировать другие правопорядки и наднациональные кодификации[5].

Относительно особенной части следует задаться несколькими вопросами. Первый из которых состоит в том, зациклено ли наполнение особенной части на тех правоотношениях, которые затрагивались пандектистикой?

[1] Köhler BGB AT JurKLB § 3 Rn. 11.

[2] Brox/Walker BGB AT § 2 Rn. 20.

[3] Brox/Walker BGB AT § 2 Rn. 24.

[4] Köhler BGB AT JurKLB § 3 Rn. 12.; Brox/Walker BGB AT § 2 Rn. 24.; Wolf/Neuner Op. cit. § 7 Rn. 7.

[5] Wolf/Neuner Op. cit. § 7 Rn. 1.

Ответ юристов XIX века был однозначно положительным[1]. Считалось, что пандектная система ограничивается лишь теми отношениями, которые были поименованы в книгах особенной части ГГУ и никакие другие отношения пандектной системой не могут быть ей урегулированы. Как следствие, выдвигалась идея, будто новые для XIX века правоотношения типа авторских не могут быть включены в пандектную систему[2].

Это не так. Наоборот, характерной чертой пандектной системы является отсутствие привязки содержания частей кодекса к определенному нормативному материалу, чем, собственно, страдает институциональная система. Для пандектной системы неважно, какие правоотношения будут регулироваться в ее частях. Ярким доказательством этого является огромное количество публично-правовых кодексов, построенных по пандектной системе.

По этой причине пандектная система позволяет создать кодекс, способный к развитию[3], который не будет тяготиться жесткими рамками, при которых каждая часть должна содержать жесткое тематическое содержание. Наоборот, законодатель стал свободен в действиях по огранке кодекса под современные нужды.

[1] Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 53.

[2] Там же.

[3] Coing H./Honsell H. Op. cit. S. 8.

Во-вторых, возникает вопрос, может ли особенная часть находиться за пределами самого кодекса? Упомянутая выше особенность по отсутствию привязки частей кодекса к материалу порождает основание для того, чтобы отдельные отношения регулировались вне самого кодекса.

Имеется в виду, что в условиях, когда в особенной части может регулироваться все что угодно, для удобства правоприменения законодатель может выносить определенное нормативное регулирование в самостоятельный закон, который будет *lex specialis* для норм, заключенных в кодексе. Такой бланкетный метод является очень удобным в регулировании ряда отношений.

Для немецкого права одним из примеров такого юридического оформления является закон о поэтажной собственности (WEG), который подчиняется регулированию книги 3 ГГУ, посвященной вещному праву, а как следствие и общей части ГГУ.

Более того, такое расщепление может происходить и в другом виде. В частности, между кодексом и дополнительными законами может делиться общая и особенная часть одной из подотраслей частного права.

Например, в таком формате существует российское корпоративное право, где в ГК содержится общая часть корпоративного права (глава 4), а особенная часть распределена между федеральными законами (ФЗ об АО, ФЗ об ООО, ФЗ о Некоммерческих организациях и т.д.).



Иными словами, пандектная система легко позволяет вплетать в систему законодательства дополнительные/специальные законы, о которых шла речь выше.

	Германское Гражданское Уложение 1900 г.
	Книга 1
Общая часть	Лица
	Вещи
	Сделки
	Книги 2-5
Особенная часть	Обязательственное право
	Вещное право
	Семейное право
	Наследственное право

Идеологические характеристики пандектной системы. Выше мы говорили в основном о практических аспектах, сейчас же следует поговорить об идеологических.

ГГУ построено на системе абстрактного изложения, а не казуистичного[1]. Данный факт также является последствием выбора пандектной системы. Благодаря абстрактному изложению нормы немецкого права приобрели большую способность к теоретическому обобщению. Как следствие, законодатель смог выделить общие для всех правоотношений институты и поместить посвященное им регулирование в общую часть кодекса.

Такой теоретический шаг позволил выстроить систему законодательства, основывающуюся на идеях внешней системы права, о которой речь шла выше. Имеется в виду, что, когда законодатель выделил общую часть кодекса, он смог поместить все самые абстрактные понятия в нее, а более конкретные из них распределить внутри отдельных частей особенной части кодекса.

Иными словами, пандектная система является выразителем идеи создания внешней системы права внутри системы законодательства.

[1] Wolf/Neuner Op. cit. § 7 Rn. 23.

Однако из этого факта вытекает и один минус пандектной системы. Существует мнение, что слишком сложно применять общую часть из-за ее высокой абстрактности[1]. Действительно, это так. Тем не менее такая опасность не составляет основания для отказа от пандектной системы, поскольку ГГУ, а как следствие и любой кодекс, построенный по пандектной системе, – это кодекс для профессиональных юристов[2], поэтому такая сложность правоприменения является платой за четкое, ясное и системное нормативное регулирование.

Способность к дубликации. Пандектная система в силу того, что она построена на механическом способе, а именно разделении кодекса на общую и особенную части, а не тематическом, как институциональная система, позволяет дублировать данную конструкции внутри каждой из частей кодекса.

Имеется в виду, что внутри одной из частей, например, особенной можно выделить отдельный смысловой блок, в котором будут свои общая и особенная часть и т.д.

Пример такой репликации содержится в ГК РФ. Это можно наблюдать в главе 23 подраздела 1 раздела III ГК. В частности, эта глава находится в общей части ГК, и она сама по себе состоит из общей части (§ 1. Общие положения, т.е. ст. 329 ГК) и особенной части (§ 2 -8, т.е. ст. 330-381.2 ГК). В свою очередь, § 3 данной главы (залоговое право) также делится на общую и особенную части, а именно § 3.1 Общие положения о залоге (ст. 334 – 356 ГК) и § 3.2 Отдельные виды залога (ст. 357-358.18 ГК).

[1] Wolf/Neuner Op. cit. § 7 Rn. 17.

[2] Köhler BGB AT JurKLB § 3 Rn. 12.

Гражданский Кодекс РФ 1994 г.				
Общая часть			Особенная часть	
Главы 1-22			Главы 30-77	
Глава 23. Обеспечение исполнения обязательств				
Общая часть	Особенная часть			
§ 1	§ 2-8			
Ст. 329	Ст. 330-381.2			
	§ 2, 4, 5, 6, 7, 8	§ 3		
		Залоговое право		
		Общая часть		Особенная часть
		§ 3.1 Общие положение о залоге		§ 3.2 Отдельные виды залога
		Ст. 334 – 356		Ст. 357-358.18
Главы 24 -29				

Такой юридический метод построения кодекса очень удобен, поскольку помогает систематизировать отдельные совокупности отношений внутри базовых существующих делений норм внутри кодекса на общую и особенную часть.

Видимо, именно этой идеей удобства и руководствовались создатели кодекса, когда делали из подпараграфа 2 § 3 гл. 23 ГК «своеобразную особенную часть залогового права<sup>[1]</sup>».

Таким образом, пандектная система является развитием допотопной институционной системы. Суть пандектной системы заключается в том, что она предполагает механическое, а не тематическое деление кодекса, что позволяет создать гибкий кодекс, способный к развитию, чего не может кодекс, построенный по институционной системе.

<sup>[1]</sup> Бевзенко Р.С. Егоров А.В. Поправки о залоге. Новые возможности для маневра. М.: ООО «Акцион-Медиа», 2015. С. 116. (Автор главы А.В. Егоров).

# Дуалистическая модель построения законодательства

## Монизм и дуализм

Одним из ключевых вопросов в тематике построения системы законодательства, посвященного частному праву, является вопрос создания монистической или дуалистической системы законодательства.

Имеется в виду, что правопорядок встает перед вопросом, будет ли он регулировать торговое право в отдельном кодексе, или же регулирование торгового права будет включено в гражданский кодекс.

Здесь следует снова сделать оговорку, что необходимо разделять торговое право и торговое законодательство, потому что первое – это экономически обусловленная неотъемлемая часть права, регулирующего капиталистические отношения. Торговое законодательство, как отдельный элемент системы частноправового законодательства, – это лишь факультативный элемент.

Итак, правопорядок может построить дуалистическую или монистическую систему законодательства. Первая состоит из двух ключевых законодательных актов: гражданского и торгового кодексов. Вторая базируется на подходе, что единый гражданский кодекс содержит регулирование как истинно гражданского, так и торгового права.

Глобального различия между этими двумя системами нет. Правопорядок волен выбирать каждую из этих систем, каждая из которых может эффективно регулировать частноправовые отношения.

Немецкий<sup>[1]</sup> и французский<sup>[2]</sup> правопорядок пошли по дуалистической модели, российское право, начиная с дореволюционного периода<sup>[3]</sup> своего существования, стоит на монистической модели<sup>[4]</sup>. Монистическая модель является российской традицией, поскольку российское право глобально никогда не имело отдельного торгового кодекса<sup>[5]</sup>.

[1] Stöber M. Op. cit. Rn. 9.

[2] Авилов Г.Е. Соотношение гражданского и торгового кодекса в зарубежных странах // Избранное. М.: Статут. 2015. С. 142-145.

[3] Цитович П.П. Указ. соч. С. 180-188.; Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. С. 71.

[4] Белов В.А. Дуализм частного права // Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики : в 2 т. М.: Издательство Юрайт, 2017. С. 81.

[5] Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. С. 73-74.

# Место инфирмального права в системе ЭТИХ ДВУХ КОДЕКСОВ

Не будет забывать, что современные экономические условия диктуют правила, согласно которым система частного права должна делиться на истинно гражданское, торговое, а также инфирмальное право. Однако, где же в этой системе инфирмальное право?

Исторически, когда складывались дуалистический и монистический подходы к построению системы частноправового законодательства, потребительского и трудового права еще не существовало. Оно появилось потом. Следовательно, инфирмальное право не бралось в расчет при создании концептов дуализма или монизма.

Однако современные условия не позволяют забыть об инфирмальном праве, и мы должны его вписать в систему частноправового законодательства.



Подходы при этом остаются те же: либо мы выделяем инфирмальное право в отдельные законодательные акты, существующие наряду с гражданским кодексом, либо мы вплетаем нормы, посвященные инфирмальному праву, в единый монистический кодекс.

Ниже мы рассмотрим российскую систему более полно, однако сейчас скажем, что российское право стоит на модели выделения для инфирмального права отдельных законодательных актов<sup>[1]</sup>. Однако бывают случаи, когда и в ГК 1994 года встречаются нормы потребительского права.

<sup>[1]</sup> Закон РФ от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей"; Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 N 197-ФЗ.

## Является ли «дуализм» архаикой?

Принято считать, что торговый кодекс как правовое явление является архаикой[1], которую следует оставить позади и развиваться только в рамках монистической теории построения кодекса. Однако так ли это?

Во-первых, обычно в пользу доказательства этой позиции приводится аргумент, что торговые кодексы – это продукт сословного расслоения[2], следовательно его не может существовать в современном обществе. Этот аргумент довольно странный поскольку, любое юридическое явление – это продукт исторического развития общественных отношений.

Означает ли это, что исторический базис, из которого вышел тот или иной институт следует рассматривать основанием для отказа от этого института? Представляется, что нет, поскольку в таком случае мы были бы вынуждены отказаться от всего юридического наследия и остаться наедине с так называемым и не факт, что нужным и существующим в реальности, «цифровым правом», поскольку оно якобы привнесено веяниями времени.

[1] Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. С. 87.

[2] Авилов Г.Е. Указ. соч. С. 140.

Согласно такой логике, например, следует отказаться от института кодекса как такового, который является продуктом образования национальных государств<sup>[1]</sup>, а как известно век национальных государств уже прошел.

Во-вторых, отсутствие дуализма можно оправдать удобством применения права, когда все нормы собраны в одном законодательном акте. Однако это бытовое удобство, но не юридическое. Действительно, на первый взгляд, удобно иметь все нормы в одном конгломерате. Однако возникает вопрос с их системным толкованием и вычленением.

В частности, наличие в одном законодательном акте норм как торгового, так и истинно гражданского права порождает проблему того, что правоприменитель относительно каждой нормы должен решить, является ли она нормой торгового ли истинно гражданского права? В зависимости от этого правоприменитель должен по-разному толковать ту или иную норму.

В-третьих, можно полагать, что наличие отдельного торгового кодекса рушит системы материального законодательства, внося в него проблему возможности противоречия между гражданским и торговым кодексом. Однако и этот довод не особо убедителен.

<sup>[1]</sup> Coing H./Honsell H. Op. cit. S. 6.

В частности, юридический ход в виде придания торговому кодексу статуса *lex specialis* и субсидиарному применению гражданского кодекса решает эту проблему. Например, такой подход используется законодателем относительно семейного права (ст. 4 СК).

Более того, такое разделение существует в процессуальном законодательстве, выраженное в одновременном наличии ГПК и АПК, а также наличием разных веток системы правосудия.

В конце концов, российское частное право само до конца не выдерживает монистической концепции построения системы частного законодательства. В частности, элемент торгового права, а именно корпоративное право в России, как и в Германии, регулируется специальными, отдельными от гражданского кодекса законами.

Спрашивается, почему при своей приверженности монизму российское право не включает одну из областей торгового права в единый гражданский кодекс?

Таким образом, дуалистическая модель – это не архаика, а один из двух рабочих концептов построения частного законодательства. Не следует отмечать эту модель, как пыльный артефакт. Более того, в российском праве существуют предпосылки для ее существования.

# Проблемы монизма

Существует тенденция к критике построения дуалистического частноправового законодательства<sup>[1]</sup>. Однако возникает вопрос: так ли хороша монистическая модель? Если ли у нее изъяны? Так ли она удобна, как принято считать?

Монистическая модель – это не панацея от юридических проблем. Если она помогает исправить некоторые неудобства дуализма, это не значит, что она не платит за это другими неудобствами юридического свойства.

В частности, главным из них является смешение норм торгового и истинно гражданского права в едином законодательном акте. Это ведет к ряду значительных проблем. Таковыми являются: смешение норм, смешение договорных типов, вопрос выявления норм, являющихся *lex specialis*, смешение общих частей.

Смешении норм. Как было сказано выше, торговое право – это право для коммерсантов, то есть комплекс норм, созданных специально для этих субъектов права. Истинно гражданское право – это право для всех граждан, т.е. комплекс норм для более широкого круга лиц.

<sup>[1]</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. С. 81-84.

| Ярким примером этого является ст. 469 ГК:

| *1. Продавец обязан передать покупателю товар, качество которого соответствует договору купли-продажи.*

| *2. При отсутствии в договоре купли-продажи условий о качестве товара продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется. Если продавец при заключении договора был поставлен покупателем в известность о конкретных целях приобретения товара, продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для использования в соответствии с этими целями.*

| *3. При продаже товара по образцу и (или) по описанию продавец обязан передать покупателю товар, который соответствует образцу и (или) описанию.*

| *4. Если законом или в установленном им порядке предусмотрены обязательные требования к качеству продаваемого товара, то продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязан передать покупателю товар, соответствующий этим обязательным требованиям.*

| *По соглашению между продавцом и покупателем может быть передан товар, соответствующий повышенным требованиям к качеству по сравнению с обязательными требованиями, предусмотренными законом или в установленном им порядке.*

В данной норме сосуществуют нормы как истинно гражданского (п. 1), торгового (п. 2) и потребительского (п. 4) права. Другие примеры этой тенденции относительно торгового права приводит В.А. Белов<sup>[1]</sup>.

Как следствие такого смешения, правоприменитель должен каждый раз, анализируя ту или иную норму, ставить вопрос, к какому праву (торговому, истинно гражданскому или инфирмальному) она относится, что, очевидно, обременяет процесс правоприменения.

Смешение договорных типов. Помимо смешения норм в монистическом законодательном акте, происходит и смешение договорных типов.

Если современные экономические условия приводят к тому, что право должно делиться на торговое, истинно гражданское и инфирмальное, то договорное право внутри монистического кодекса должно включать в себя договорные подтипы для каждого из этих элементов системы частного права.

В частности, ГК 1994 года так и делает, выделяя внутри каждого договорного типа подтипы для торгового и потребительского права. Например, из общегражданской купли (§ 1 главы 30) выделяются розничная купля, т.е. подтип для потребителя (§ 2 главы 30), и поставка, т.е. подтип для предпринимателей (§ 3 главы 30).

<sup>[1]</sup> Белов В.А. Указ. соч. С. 86-89.

То же самое происходит внутри подряда, где из материнского договорного типа (§ 1 главы 37) выделяются потребительский бытовой подряд (§ 2 главы 37) и предпринимательский строительный подряд (§ 3 главы 37).

Вопросы возникают также с договором комиссии, поскольку в немецком праве комиссия – это договор торгового права (§ 383 HGB). В российском же праве природа комиссии неясна из буквального толкования закона.

С одной стороны, комиссия может быть только возмездной (абз. 1 п. 1 ст. 990 ГК), следовательно, это наводит на мысль о ее торговом характере, но, с другой, ГК не говорит о ее торговом характере напрямую. И даже если комиссия применяется только к торговым отношениям, то каким договором оформляется косвенное представительство в истинно гражданском праве.

На первый взгляд, все может показаться довольно просто, и монистическая конструкция четко показывает свое удобство. Однако такая сложная система построения договорных типов повышает и риск ошибки законодателя в помещении нормы в конкретное место в системе договорных типов. Как следствие, такая ошибка может навредить системному толкованию всего кодекса.



**Выявление *lex specialis*.** Монистическая модель осложняет процесс выявления *lex specialis* на практике.

В дуалистической модели специальное право обладает своим законодательным актом, следовательно, правоприменителю легче выявить нормы, являющиеся *lex specialis* для конкретных правоотношений, поскольку законодатель заранее выделили их и указал на них.

**Смещение общих частей.** Как было сказано ранее, пандектная система является более совершенной, нежели институционная. Как следствие, разумный правопорядок всегда будет стремиться к созданию пандектной системы (т.е. выделению общей части) везде, где это возможно<sup>[1]</sup>.

Логично этого же ожидать и для торгового права.

<sup>[1]</sup> Собственно, российский правопорядок так и делает, что видно на примере ЖК, СК, КоАП, УК и т.д.

Однако внутри монистического гражданского кодекса это сделать непросто, поскольку необходимо либо выделять внутри общей части отдельный раздел, главу или нечто подобное для общей части торгового права, либо распылять нормы общей части торгового права по всей общей части гражданского кодекса. ГК 1994 года идет по второму пути.

В частности, общая часть торгового права распылена по всей общей части ГК. Правоприменитель вынужден вычленять общие нормы торгового из разных статей кодекса.

В частности, можно выделить следующие нормы общей части, регулирующие отношения торгового права: абз. 3 п. 1 ст. 1 ГК (понятие предпринимательской деятельности); ст. 23 (предпринимательская деятельность физических лиц); § 2 главы 4 (коммерческие юридические лица); ст. 184 (коммерческое представительство); п. 3 ст. 401 (особенности ответственности в торговом праве) и т.д.

## Право на выбор модели

Таким образом, следует признать, что обе модели (монистическая и дуалистическая) пригодны, обе имеют плюсы и минусы, однако же каждый правопорядок должен решить по какой системе строить свое законодательное регулирование.

Значительное количество правопорядков придерживаются дуалистической модели, распределяя регулирование частноправовых отношений между двумя кодексами: гражданским и торговым. Такой подход реализован в праве Германии, Франции, Испании.

Другие же регулируют частноправовые отношения единым гражданским кодексом, например такой подход используется в Швейцарии, Голландии, Италии, Венгрии, Польше, Румынии, Чехии.

# Система частноправового законодательства в России

| Теперь же мы можем перейти к вопросу о системе частноправового законодательства в России.

## Дуализм и монизм в России.

### История развития дуализма и монизма в российском праве.

| Российское частное право с момента своего нормативного оформления, а именно со времен создания X тома Свода Законов Российской империи, стоит на позиции монизма.

| Наиболее ярким сторонником монистической модели был Г.Ф. Шершеневич<sup>[1]</sup>. Против дуализма также выступал Пахман С.В<sup>[2]</sup>. Затем монистическая идея была выражена и в проекте Гражданского Уложения Российской Империи.

| <sup>[1]</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права С. 87.

| <sup>[2]</sup> Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России // Избранное. М.: Статут. 2016. С. 113.

Все советские кодексы также придерживались монизма. Такую тенденцию заложил ГК РСФСР 1922 года. Выбор монистической модели советским правом выражен рядом причин.

Во-первых, ГК 1922 года создавался, как нормативный акт НЭПа, на рельсах которого советская власть собиралась въезжать в социализм. И хотя НЭП был далеко и надолго, все же незачем было создавать сложной системы законодательных актов, которая в скором будущем не понадобилась бы.

В дополнение к этому созданию отдельного Торгового кодекса, видимо, мешали и идеологические причины<sup>[1]</sup>. Почему, если новая Конституция 1918 года, «руководствуясь интересами рабочего класса в целом, лишает отдельных лиц и отдельные группы прав, которые используются ими в ущерб интересам социалистической революции», она должна создавать для «бывших» свой особенный кодекс?

При этом не стоит забывать, что кодекс создавался довольно быстро, что видно по его краткости, а создатели были бывшими дореволюционными юристами, которые выросли в традиции монистического построения кодекса.

<sup>[1]</sup> Подробнее об этом см. Фишман Л.И. Дуализм или монизм // Право и жизнь. Книга седьмая-восьмая. Москва. Издательство „ПРАВО и ЖИЗНЬ“. 1925. С. 3-11.

ГК 1964 продолжил традицию монизму. Тем не менее вскоре нормативный ландшафт советского права стал меняться. Появлялся хаотичный подзаконный комплекс нормативно-правовых актов, выраженный различными постановлениями и распоряжениями Совета Министров СССР[1], который, на первый взгляд, и стал тем самым «особенным» в немецком смысле этого выражения правом, лишь с той разницей, что это было не капиталистическое «торговое» право, а социалистическое «хозяйственное».

Обилие подзаконных актов, регулирующих «хозяйственные» отношения породило идею создания т.н. Хозяйственного кодекса. В пояснительной записке к нему говорилось, что его создание обусловлено экономическими нуждами[2], в нем нет абстрактных понятий, которые используются в гражданском кодексе[3], хозяйственный кодекс использует простой язык, чем и удобен в применении[4].

Однако Хозяйственному кодексу так и не было суждено стать частью стройной советской системы частноправовых законодательных актов, что обусловлено рядом факторов.

[1] См. напр. Хохлов С.А. Организация договорной работы в народном хозяйстве // Избранное. М.: Статут. 2017. С. 159-166.

[2] Лаптев В.В. Хозяйственный кодекс СССР. Институт государства и права академии наук СССР. Москва. 1970. С 7

[3] Там же. С. 9.

[4] Там же.

Особенной экономической необходимости в Хозяйственном кодексе не было, поскольку для советской плановой экономики кодекс был бы обременителен, поскольку он отягчает правоприменение, создавая системность кодекса и заставляя вписывать новые институты в уже существующую структуру.

Для плановой экономики было удобно наличие разных актов, регулирующих разные отрасли хозяйствования, чтобы легче и быстрее менять регулирование. Плановая экономика не нуждалась в правовой определенности, поэтому могла себе позволить регулировать хозяйственные отношения не на уровне законов, а на уровне подзаконных актов.

Не было у этого кодекса и догматической почвы, поскольку его авторы сознательно отказались от абстрактного регулирования, прибегнув к казуистичному оформлению норм<sup>[1]</sup>. Как было сказано выше, кодификации идут, наоборот, от казуистичности к построению абстрактной пирамиды понятий, что говорит лишь о несостоятельности этой кодификации, поскольку она изначально отвергает идею построения системного ее понимания на основе выстраивания внешней системы из абстрактных понятий.

<sup>[1]</sup> Там же.

К тому же нельзя говорить, что этот кодекс мог стать основанием для дуализма, поскольку дуализм – это характеристика системы частного права.

Однако можем ли говорить о частном праве в СССР 1960-х – 1970-х? Представляется, что нет. К этому времени в советском праве не было частного права, поскольку не было ни рыночных отношений, ни определенной свободы в области отношений неимущественных. Раз в такой правовой системе нет частного права, то и вопрос о дуализме не стоит.

Более того, серьезной критике идея создания хозяйственного права подвергалась и с точки зрения ее теоретической обоснованности[1].

Обратная ситуация была во время создания ГК 1922 года, где НЭП давал реальные основания для рыночных отношений, а как следствие и для частного права, где вопрос о монизме и дуализме ставить можно.

\*\*\*

Таким образом, всю историю своего развития российское частное право существовало в парадигме монизма.

[1] Подробнее см. Лунц Л.А. Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 190-202.



# Дуализм и монизм в современном российском праве

Современный ГК 1994 года четко выстроен по монистической модели, продолжая свою историческую традицию. Некоторые авторы кодекса не раз подчеркивали свою приверженность к идее монизма<sup>[1]</sup>, сторонники дуализма являются исключением и скорее говорят о нем, лишь как о гипотетической модели развития системы частного права<sup>[2]</sup>.

В современной системе частноправового законодательства нет аналога Торгового кодекса, который бы регулировал отношения между коммерсантами и был бы особенным правом наряду с Гражданским кодексом.

В общем в современном российском праве серьёзно не поднимался вопрос о движении в сторону модели дуализма.

<sup>[1]</sup> См. напр. Авилов Г.Е. Указ. соч. С. 152-153.; Суханов Е.А. О концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестн. Моск. Ун-та. Сер. 11. Право. 2010. № 5. С. 7-26.

<sup>[2]</sup> Алексеев С.С. Право – надежда наша: Научно-публицистические очерки. Собрание сочинений. В 10 т. Том 9: Публицистика. М.: 2010. С. 86-87.

При этом не следует считать движением в сторону дуализма идее о создании т.н. Предпринимательского кодекса. Истинный дуализм, как мы говорили, существует лишь в рамках частного права, но не смешивает частное и публичное регулирование[1].

Тем не менее те, кто говорят о необходимости создания Предпринимательского кодекса, предлагают создать кодекс, регулирующий частно-публичные отношения[2]. Такой подход уходит своими корнями как раз в эпоху хозяйственного права[3], где не существовало ключевого деления права на частное и публичное, как было показано выше. При этом отсутствие такого деления преподносится в качестве прорыва[4].

Идея эта является вредоносной по сути своей, она призывает сломать принципы, на которых строится вся система европейского частного права, и снова ввергнуть российское право в эпоху хаотичного и бессистемного советского регулирования, создающего условия для подавления принципа частной автономии. Идея построения предпринимательского/хозяйственного права должна быть предана остракизму и отринута.

[1] Авилов Г.Е. Указ. соч. С. 140.; Алексеев С.С. Указ. соч. С. 86.

[2] Губин Е.П. Размышления о предпринимательском кодексе: современный взгляд // Творческое наследие академика В.В. Лаптева и современность. Институт Государства и Права Российской Академии Наук. Москва. 2014. С. 65-66.

[3] Занковский С.С. Из истории предпринимательского (хозяйственного) права // Проблемы экономики и юридической практики. 2017. №3. С. 52.

[4] Губин Е.П. Указ. соч. С. 68-69.; Занковский С.С. Указ. соч. С. 56.; Ершова И.В. Указ. соч. С. 13.

Иными словами, все идеи, связанные с предпринимательским/хозяйственным правом нельзя рассматривать, как основание для дуализма.

Однако вопрос о возможности построения дуалистической системы частного права все-таки остается открытым. Можно ли создать дуалистическую модель в российской праве?

На данный момент, в условиях действия ГК 1994 года, это невозможно. ГК 1994 года – это продолжение традиции монизма, которая существовала с момента создания первого действующего консолидированного законодательного акта, посвященного частному праву (X том СЗРИ).

Невозможно, просто так взять и создать наряду с действующим ГК 1994 года еще один законодательный акт, который бы включал в себя регулирование коммерческих отношений, поскольку это приведет к всевозможным коллизиям между этими двумя актами и ввергнет оборот в хаос.

Монистический кодекс, как было выяснено ранее, по природе своей включает как нормы истинно гражданского, так и торгового права, последние из которых и должны содержаться в отдельном торговом кодексе.

Создание отдельного Торгового кодекса наряду с ГК 1994 года создает дублирование норм торгового права, что и порождает коллизии. По этой причине несостоятельны все попытки создать наряду с ГК 1994 года дополнительный кодекс.

Чтобы создать истинно дуалистическую систему частного права, необходимо провести огромную реформу частного права, в процессе которой следует отменить ГК 1994 года, раздробив нормы торгового и истинно гражданского права, заключенные в нем, на два новых самостоятельных кодекса.

Возникает вопрос: необходимо ли это? Ответ на него лежит в тех плюсах, которыми обладает дуалистическая система.

Таким образом, на данный момент российская система частного права является монистической, а для создания дуалистической системы необходима огромная реформа, в результате которой нормы действующего ГК будут распределены между двумя новыми кодексами.

# Истинно гражданское, торговое и инфирмальное право в России

Как было показано выше, торговое и истинно гражданское право заключено в России в ГК. Тем не менее инфирмальное право, выделение которого обусловлено экономическими причинами, регулируется самостоятельными федеральными законами.

Такие федеральные законы являются дополнительными законами в классификации элементов системы частноправового законодательства, о которых шла речь выше. Они являются отдельными законодательными актами, однако сущностно все равно зависимы от ГК, поскольку ключевое регулирование частноправовых отношений содержится именно там, а также часть норм потребительского норма заключена в нем.

Если сравнивать с другими правопорядками, то, в сравнении с Германией трудовое право регулируется сходным образом в отдельном законодательном акте (ArbZG и ТК), а регулирование потребительского права отличается.

В частности, в Германии, потребительское право регулируется ГГУ[1]. В российском же праве такое выделение, видимо, обусловлено историческими причинами, поскольку отдельный федеральный закон был принят в 1992 году, т.е. на два года ранее ГК.

Однако такая историческая обусловленность порождает довольно интересный феномен. Как мы видели выше, часть европейских правопорядков разделяют регулирование частноправовых отношений между гражданским и торговым кодексами.

В российском праве нормы торгового и истинно гражданского права заключены в едином ГК, однако нормы инфирмального права выделены в отдельные федеральные законы. В определенном смысле в российском праве существует дуалистическая система частного права, однако вторым ее элементом является не торговый кодекс, а иной элемент системы, также выделяемый по экономическому признаку, а именно закон о потребительском праве и трудовой кодекс.

Таким образом, в России инфирмальное право выделено в отдельные федеральные законы, являющиеся дополнительными законами, а нормы торгового и истинно гражданского права заключены в ГК.

[1] Köhler BGB AT JurKLB § 6 Rn. 20.

# Дополнительные законы в российской системе частноправового законодательства

Как было сказано выше, российский законодатель довольно часто использует инструмент «дополнительного закона» для построения системы частноправового законодательства. Более того, в российском праве этот институт настолько популярен, что его можно разделить на два подвида.

В частности, в российском праве существуют дополнительные законы, являющиеся кодексами, в частности Семейный кодекс, Жилищный кодекс, Трудовой кодекс, а есть простые дополнительные законы, кодексами не являющимися<sup>[1]</sup>.

Обычно такая юридическая техника характерна для закрепления регулирования, созданного до принятия гражданского кодекса, однако встречаются и исключения<sup>[2]</sup>.

<sup>[1]</sup> См. напр. Федеральный закон "Об ипотеке (залоге недвижимости)" от 16.07.1998 N 102-ФЗ; Закон РФ "Об организации страхового дела в Российской Федерации" от 27.11.1992 N 4015-1; Федеральный закон "О финансовой аренде (лизинге)" от 29.10.1998 N 164-ФЗ; Федеральный закон "О банках и банковской деятельности" от 02.12.1990 N 395-1 и т.д.

<sup>[2]</sup> См. напр. Федеральный закон "О государственной регистрации недвижимости" от 13.07.2015 N 218-ФЗ.

Вторая группа технически характеризуется тем, что эти дополнительных законы являются выразителями условной «особенной части» определённой подотрасли частного права. Имеется в виду, что при такой юридической технике общая часть этой подотрасли закреплена в ГК, а особенная вынесены в дополнительный закон.

Особенно это хорошо видно на примере российского корпоративного законодательства, где его общая часть находится внутри ГК (Глава 4), а особенная расплелена между различными дополнительными федеральными законами<sup>[1]</sup>.

<sup>[1]</sup> Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах"; Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью"; Федеральный закон "О некоммерческих организациях" от 12.01.1996 N 7-ФЗ и т.д.



# Пленумы, Обзоры и Информационные письма Высших судов в российском праве.

Мы используем понятие «Высший суд», поскольку до 2014 года такие документы создавались двумя высшими судебными инстанциями, а именно Верховным Судом и Высшим Арбитражным Судом.

Пленум, Обзор или Информационное письмо в российском праве можно обобщить понятием «абстрактные разъяснения высшей судебной инстанции»<sup>[1]</sup>. При этом данные понятия не равны друг другу по силе.

Как указывается, Пленум Высшего Суда является обязательным для низших судов, а Обзоры и Информационные письма носят рекомендательный характер<sup>[2]</sup>.

Абстрактное разъяснение так же, как и дополнительный закон содержит комплекс норм, посвященных определенной теме. Так же, как и дополнительный закон разъяснения дополняют регулирование конкретных подотраслей частного права, урегулированных в гражданском кодексе, при этом абстрактное разъяснение может дополнять регулирование заключенное и в специальных законах.

<sup>[1]</sup> Правосудие для экономики: государственные арбитражные суды России: Книга 1 / под общей редакцией А.А. Иванова. – М. «Право.Ru», 2011. С. 454. (Автор параграфа М.А. Ерохова).

<sup>[2]</sup> Там же. С. 454-456.

Абстрактные разъяснения являются реализацией конституционной функции Высших судов. Для ВС эта функция закреплена в ст. 126 Конституции, а для ВАС – в ныне исключенной ст. 127 Конституции.

Относительно данной функции высказывался Конституционный Суд, признавая невозможность ее умаления:

*«Осуществление Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации этого правомочия объективно не может не основываться на вырабатываемых им правовых позициях, содержащих толкование разъясняемых положений законодательства. Отрицание права Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации давать на основе обобщения судебной практики абстрактное толкование применяемых арбитражными судами норм права и формировать соответствующие правовые позиции означало бы умаление его конституционных функций и предназначения как высшего суда в системе арбитражных судов, – притом что он не вправе выходить за пределы своих полномочий, определяемых Конституцией Российской Федерации и федеральными конституционными законами, и вторгаться в компетенцию других органов государственной, в том числе судебной, власти[1].»*

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 21.01.2010 N 1-П "По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества "Производственное объединение "Берег", открытых акционерных обществ "Карболит", "Завод "Микропровод" и "Научно-производственное предприятие "Респиратор".

Абстрактные разъяснения являются крайне удачным институтом для целей создания системы законодательства, поскольку позволяют в условиях, когда нормотворчеством занимается политический орган, создавать юридические акты органом, который состоит из квалифицированных юристов.

Такой институт позволяет быстро реагировать на запросы практики и создавать нормативную базу для регулирования отношений внутри гражданского оборота.

Конечно, данные акты в строгом смысле слова не являются «законодательством», поскольку не подпадают под требования к изданию законодательных норм. Так, абстрактные разъяснения создаются судами, а не Парламентом и не проходят процедуры, которые предусмотрены для федеральных законов.

Однако нельзя отрицать, что природа норм, формируемых Высшими судами, обладает значительной схожестью с нормами, закреплёнными в федеральных законах. В частности, нормы из абстрактных разъяснений создают такие же правила поведения и регулятивные правила для участников гражданского оборота.

По этой причине если мы хоть и не можем назвать абстрактные разъяснения частью частноправового законодательства, то следует признавать их квази-законодательный характер.

Признание квази-законодательного характера норм такого рода имеет не только теоретическое значение, но и практическое. Признание квази-законодательного характера таких норм влечет и отношение к таким нормам, как к законодательным. Примером этого является вопрос об обратной силе таких норм<sup>[1][2]</sup>.

[1] Об этой проблематике см. напр. Егоров А.В. Изменение закона как форма его аутентичного толкования толкование // Журнал «Закон» № 5. 2022. С. 34.; Егоров А.В. «Тотальная» субординация не может иметь обратной силы // Сборник статей к 20-летию действующего закона о банкротстве и 30-летию первого современного Российского закона о банкротстве. Под ред. А.И. Шайдулина, Р.Т. Мифтахутдинова, О.Р. Зайцева. Банкротный клуб. 2023. С. 34-37.

[2] См. напр. Определение Верховного Суда РФ от 30.12.2019 N 306-ЭС19-25147 по делу N А72-7041/2018.

В российском праве Пленумы играют огромную роль, поскольку не только толкуют нормы, посвященные отдельным вопросам частного права<sup>[1]</sup>, но и фактически создают регулирование, которое заполняет лакуны нормативного материала<sup>[2]</sup>. Также существуют Пленумы, разъясняющие целые части ГК<sup>[3]</sup>.

<sup>[1]</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 N 27 "Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность"; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 N 7 (ред. от 22.06.2021) "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств"; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 N 49 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора" и т.д.

<sup>[2]</sup> См. напр. Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 N 62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица"; Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 10, Пленума ВАС РФ N 22 от 29.04.2010 (ред. от 23.06.2015) "О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав"; Постановление Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 N 64 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания" и т.д.

<sup>[3]</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации".

Не малую роль играют в системе российского права и Обзоры, что видно на примере таких значимых Обзоров в сфере корпоративного права[1] или банкротства[2].

То же самое можно сказать и об информационных письмах, например письмах относительно теории сделок[3], корпоративного права[4] или вещного права[5].

[1] См. напр. "Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения законодательства о хозяйственных обществах" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 25.12.2019).

[2] См. напр. "Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020).

[3] См. напр. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 декабря 2013 г. N 162 Об обзоре практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса РФ.

[4] См. напр. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 18.01.2011 N 144 "О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров о предоставлении информации участникам хозяйственных обществ".

[5] См. напр. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.11.2008 N 126 "Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения".

# Заключение

| Сказанное выше следует резюмировать:

| 1. Права по природе своей требуют системности.

| 2. На данный момент существует два подхода к формированию системы права, выработанных немецкой догматикой: внешняя система ("äußere" System) или система абстрактных понятий (abstrakt-begrifflichen System) и внутренняя система ("innere" System) или система функциональных понятий и принципов (System mit funktionsbestimmten Begriffen und mit Prinzipien).

| 3. Внешняя система характеризуется тем, что она построена на идее юриспруденции понятий.

| Внешняя система – это идея, построенная на вере в то, что все частное право можно описать как четкий алгоритм и стройную структуру, где все институты будут находиться в четкой вертикали подчиненности. При этом любая вертикаль делится на свои вертикали, которые в свою очередь также делятся на вертикали.

| Однако окончательное построение такой системы невозможно.

| Внешняя система создает приоритет системного толкования закона.



4. Внутренняя система является развитием идей о сущности внешней системы частного права. В отличие от внешней системы, внутренняя система строится на юриспруденции ценностей, а не юриспруденции понятий. Ключевыми инструментами внутренней системы являются принципы и функциональные понятия

Внутренняя система позволяет избежать тех проблем, которые создает закрытая система, а именно невозможность создания окончательной закрытой системы права.

Внутренняя система, в отличие от внешней предполагает, что необходимо смотреть на сущность каждого отдельного института и познавать его функции. Как следствие, представляется, что внутренняя система порождает приоритет целевого толкования над иными способами.

5. Система римского права является ярким примером внешней системы, которая вынуждена бороться с бессистемностью, вызванной двумя причинами.

Первой причиной является практическая направленность римского права, которое стремилось создать систему права на основе выработанного практикой материала. Второй причиной являлась определенная косность, вызванная закрытостью определенных списков (например списка видов деликтов или списка договоров).



6. Немецкая система права и законодательства построена на внешней системе. Однако практические нужды начинают рушить системность существующей структуры.

7. Ключевым делением всего права является деление его на частное и публичное.

Правильным методом определения частного или публичного характера права является выявление метода его регулирования, а именно диспозитивности или императивности. Если отношения внутри этой отрасли регулируются диспозитивно, т.е. основаны на принципе частной автономии, то это частное право, а если императивно – то публичные.

Такой способ не смешивает нормы в единое нечто и позволяет толковать каждую норму с позиций императивности или диспозитивности, в зависимости от того к какому праву относится эта норма.

Преимущественно это необходимо частному праву, чтобы оградить его от влияния императивности права публичного. При этом следует помнить, что в частном праве также могут встречаться и императивные нормы, если это обусловлено вескими причинами.

8. Данное деление преследует следующие практические нужды: 1) определение парадигмы существования института; 2) определение ключевой формы действия в данной сфере права; 3) определение диспозитивности; 4) выбор применимого права; 5) определение подсудности.

9. Совмещение частного и публичного регулирования – это нонсенс, надругательство над системой права в принципе. Всякие поползновения в сторону создания смежных отраслей права будет создавать основания для притеснения автономии воли в сфере частного права, что недопустимо.

Однако, действительно, когда мы пытаемся создать отрасли на основе предмета, то мы всегда получаем проблему смешения частного и публичного права.

Для того чтобы избежать это, необходимо дробить нормы частного и публичного права, регулирующие одни и те же отношения, на отдельные отрасли, которые будут основываться на разных принципах и жить по собственным правилам.

На данный момент это следует сделать с семейным и трудовым правом.

10. Внутреннее деление права может происходить либо по пообъектному критерию, либо по экономическому.

11. Пообъектный критерий подразумевает, что частное право делится на элементы, оформляющие отношения, связанные с тем или иным объектом, например вещь, обязательством и т.д.

Экономический критерий подразумевает деление права на истинно гражданское, торговое и инфирмальное. Экономические отношения, лежащие в основе этих элементов системы права, подразумевают различное регулирование.

Истинно гражданское право является основой всей системы частного права.

12. Следует помнить, что нельзя отождествлять торговое право с предпринимательским, поскольку последнее наследует хозяйственному праву, которое смешивает частное и публичное регулирование.

Торговое право основано на двух абстрактных понятиях: торговая сделка и коммерсант/предприниматель.

Торговое право является особенным правом.

13. Инфирмальное право состоит из потребительского и трудового и также основывается на абстрактных понятиях.

| 14. Система права и законодательства не тождественны.

| Системе права – структурная совокупность институтов внутри частного права. Система же законодательства – это совокупность норм, выраженная в законодательном материале конкретного правопорядка.

| 15. Элементами системы частноправового законодательства являются Гражданский кодекс, Торговый кодекс, Дополнительные законы, Абстрактные разъяснения Высших судов.

| 16. Кодекс является сложно составленным законодательным актом, строящимся на четкой структуре. Именно эта структурность и обуславливает тот факт, что в кодексах особое значение имеет именно системное толкование.

| 17. Кодекс строится по институционной либо пандектной системе, при этом последняя является более развитой.

| 18. Правопорядок может сделать выбор в сторону монистической или дуалистической модели построения системы частноправового законодательства, поскольку обе они имеют одинаковое право на существование, свои преимущества и недостатки.

19. Дуализм не является архаикой, а монизм панацеей от всех проблем законодательного строительства.

20. В России всю ее историю частное право строилось на идее монизма. Попытки создания Хозяйственного/Предпринимательского кодекса не являются созданием дуалистической модели построения частноправового законодательства, а юридической деградацией и отходом в советские времена смешения частного и публичного регулирования.

21. В российском праве торговое и истинно гражданское право преимущественное заключены в едином ГК, а инфирмальное – в дополнительных законах.

22. Российская система частного права включает довольно много дополнительных законов, как и немецкая.

23. Также значительную роль в российской системе играют абстрактные разъяснения Высших Судов, а именно Пленумы, Обзоры и Информационные письма.