

Раздел I. Введение в гражданское право

Глава 1. Гражданское право как частное право

§ 1. Понятие о частном праве

1. Термин «гражданское право»

Гражданское право — одна из основных составных частей всякой развитой правовой системы. Термин «гражданское право» берет свое начало от наиболее древней части римского правопорядка — «цивильного права» (*ius civile*), под которым понималось право жителей Рима (*cives Romani*) как государства-города (*civitas*), т.е. право исконных римских граждан — квиритов (*ius civile Quiritium*, «квиритское гражданское право»). В дальнейшем, как известно, *ius civile* охватило практически всю область частного права (*ius privatum*) и стало отождествляться с ним, а затем известный процесс рецепции (заимствования) римского частного права европейскими правопорядками привел к переносу этого понятия в современную юридическую терминологию (*Zivilrecht*, *droit civil*, *civil law*). Здесь оно стало привычным, традиционным наименованием одной из наиболее крупных, фундаментальных правовых отраслей. Поэтому гражданское право сейчас нередко называют «цивильным правом», **цивилистикой**, а занимающихся им специалистов — цивилистами.

В известном смысле гражданское право действительно можно считать «правом граждан», поскольку оно призвано регулировать подавляющее большинство их взаимоотношений имущественного, а в определенной мере и неимущественного характера. А такие взаимоотношения, как правило, возникают по воле их участников, которые сами определяют и характер, и содержание своих взаимосвязей. Ведь люди обычно самостоятельно решают, вступать им или не вступать, например, в те или иные договорные отношения и на каких условиях; они по своей воле добросовестно исполняют

или недобросовестно нарушают взятые на себя обязательства; наконец, они вольны защищать свои интересы или отказаться от их защиты в конкретной ситуации и т.д. При этом люди всегда руководствуются своими собственными, **частными интересами** (в том числе, согласуя их с аналогичными интересами других лиц), которые, следовательно, по общему правилу определяют и содержание складывающихся между ними отношений. В результате само правовое регулирование этой сферы, как подметили еще древнеримские юристы, должно быть направлено на пользу (*utilitas*), выражающую интересы отдельных **частных лиц** (граждан). Поэтому государство (публичная власть), учитывая частный характер таких взаимосвязей, со своей стороны предоставляет своим гражданам возможность **саморегулирования** этих отношений, ибо никакие его отдельные нормативные акты, ни даже их совокупность не в состоянии предусмотреть все встречающиеся в реальной жизни ситуации.

Разумеется, наряду с этим государство должно принимать определенные меры охраны всех участников от злоупотреблений недобросовестных лиц, защищать интересы заведомо слабой стороны отдельных отношений, а в необходимых случаях вправе и даже обязано понуждать участников рассматриваемых взаимоотношений к соблюдению общественных (публичных), а не только частных интересов. Вместе с тем необходимое в отдельных случаях вмешательство государства в сферу частных интересов своих граждан не может становиться всеобъемлющим, безграничным и произвольным, а публичная власть не вправе считать себя главным выразителем и защитником этих интересов, даже если она полагает, что знает их лучше, чем сами их носители (что, к сожалению, исторически присуще отечественной государственности). При ином подходе у граждан быстро теряется интерес к инициативной, самостоятельной деятельности и, напротив, возникает заинтересованность в обходе законодательных предписаний с целью удовлетворения объективно существующих у них частных потребностей, что в конечном итоге не идет на пользу и самому государству.

Следовательно, гражданское право потому и называется **частным**, что, с одной стороны, защищает сферу частных интересов граждан от произвольного вмешательства со стороны государства, а с другой стороны предоставляет гражданам достаточно широкие возможности саморегулирования складывающихся в этой сфере частных отношений. Таким образом, понятие «гражданское (частное) право» в из-

вестной мере отражает существо правового регулирования многообразных взаимоотношений граждан.

2. Частное и публичное право

Развитый современный правопорядок основывается на существовании и различии двух типов правового регулирования: частного и публичного. Гражданское право, ставшее частным еще в древнеримские времена, наиболее ярко отражает в своих правилах **частно-правовое регулирование** с присущими ему началами юридического равенства и самостоятельности участников регулируемых отношений, неприкосновенности их имущества (частной собственности), свободы договоров, запрета произвольного вмешательства публичной власти в частные дела, независимой судебной защиты нарушенных прав и интересов.

Конечно, развитие человеческой цивилизации с той поры привело к колоссальному усложнению социальных процессов, появлению принципиально новых общественных феноменов, вызванных к жизни последствиями технических и социальных, а затем научной и информационной революций. Все это не могло не сказаться и на сфере имущественных и неимущественных отношений, регулируемых гражданским (частным) правом. Неизмеримо усложнился имущественный, прежде всего профессиональный коммерческий оборот, объектами которого стали, например, имущественные права, зафиксированные исключительно в электронной форме; появились неизвестные римскому частному праву отношения, связанные с созданием и использованием различных результатов интеллектуальной деятельности авторов и изобретателей, прав производителей фонограмм, организаций эфирного и кабельного вещания, и т.д. Вместе с тем названные процессы видоизменили, но никак не отменили принципиальную основу правовой системы, покоящейся на фундаментальном различии частного и публичного права.

Деление права на частное и публичное основано на различии частных и публичных интересов, которое проводилось еще в римском праве. В ставшем классическим определении виднейшего древнеримского юриста Ульпиана, приведенном в титуле 1 книги Первой Юстиниановых Дигест, сказано, что право существует («изучается») в двух аспектах: публичном и частном; публичное право относится к

положению Римского государства (т.е. публичной власти, имея в виду ее интересы как целого), а частное — к пользе отдельных лиц¹. Соответственно этому можно было бы считать, что частное право — это та часть объективного права, которая регулирует взаимоотношения частных лиц, основанные на их интересах и реализуемые к их пользе, причем такое регулирование осуществляется главным образом с помощью правил **диспозитивного**, или восполнительного (субсидиарного), а не императивного (строго обязательного) характера.

В действительности, однако, соотношение и разграничение частного и публичного права всегда представляло собой непростую проблему. Дело в том, что частное право не может обойтись без использования ряда **императивных правил**, в том числе запретов, в известной мере ограничивающих самостоятельность и инициативу участников регулируемых отношений. Такие ограничения могут устанавливаться в интересах как отдельных групп лиц, например экономически более слабых участников, так и в общих (всеобщих) интересах.

В сфере частного правового регулирования императивный характер носят главным образом правила, определяющие правовой статус (положение) участников имущественных отношений и правовой режим принадлежащих им различных имущественных прав, т.е. **статику** (состояние) частных правовых отношений. Например, законом, а не волей отдельных лиц определяется возраст, с которого гражданин может самостоятельно участвовать в гражданских правоотношениях; в общественных (публичных), а не только в частных интересах предусматривается порядок создания и исчерпывающий (закрытый) перечень видов юридических лиц, а также обязательная государственная регистрация недвижимого имущества и сделок с ним; законом, а не соглашением сторон устанавливается содержание вещных, исключительных и корпоративных имущественных прав. Как исключение императивный характер иногда придается и нормам, определяющим правила самого имущественного оборота, т.е. **динамику** (движение, развитие) таких

¹ Продолжая эту мысль, Ульпиан здесь же говорит о публичной и частной *utilitas* (полезности), однако не противопоставляет их (см.: Дигесты Юстиниана. Том I. Книги I–IV. М., 2002. С. 84). Это обстоятельство позволяет понимать его слова в том смысле, что в публичном праве интересы государства лишь **преобладают**, хотя его нормы в конечном счете могут служить и частным интересам; так же обстоит дело и с частным правом, нормы которого нередко в той или иной мере, прямо или косвенно реализуют интересы всего общества; но при этом для частного права характерна **диспозитивность** его правил, тогда как публичному праву присущи **императивные** начала (см.: *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права. М., 2000. С. 26).

отношений. В частности, отступая от начал юридического равенства, в некоторых видах договоров закон особо защищает интересы экономически слабой стороны. Следовательно, далеко не все нормы частного права диспозитивны (не говоря о том, что и сами диспозитивные нормы права тоже остаются общеобязательными и в этом смысле принудительными правилами поведения).

Исторический опыт свидетельствует, что частное право и основные частноправовые начала (принципы), например, такие, как неприкосновенность частной собственности или свобода договоров, нигде и никогда не действовали в «чистом виде», наоборот, они всегда подвергались тем или иным публично-правовым ограничениям, по характеру и степени которых выделяются различные виды (типы) правовых систем. Исторически в разных правопорядках менялись и границы этих двух сфер: некоторые отношения из частных становились публичными и наоборот (у нас такое положение можно, например, наблюдать в области земельных и природоресурсных отношений или правового статуса предприятий-товаропроизводителей).

В этой связи уместно привести слова крупнейшего отечественного цивилиста дореволюционного времени И.А. Покровского, который писал: «Не подлежит никакому сомнению, что государство может и даже обязано ограничивать, т.е. вводить в известные рамки, индивидуальную свободу и в этом смысле приносить индивидуальные интересы в жертву общественным. Но, спрашивается, безгранична ли власть государства в этом отношении? Может ли оно предъявлять к индивиду всякие требования, какие только найдет нужным в интересах "общего блага", или же, напротив, есть такие стороны личного существования, в которые никакое внешнее вторжение недопустимо?»¹. Признание частного права состоит, следовательно, не в разрешении или исключении вмешательства государства в частные дела своих граждан (подданных), поскольку в ряде случаев оно, очевидно, является просто необходимым, а в **ограничении этого вмешательства**, в установлении для него строгих рамок и форм **гражданским законом**, т.е. частным правом. Не следует также забывать, что избыточное присутствие государства в экономике, как показывает исторический опыт, неизбежно становится базой для развития коррупции и других злоупотреблений представителей публичной власти.

¹ См.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права (Серия «Классика российской цивилистики»). М., 1998. С. 79.

С другой стороны, в ряде случаев оказывается необходимым взаимодействие и взаимовлияние частного и публичного права, в том числе внесение частнопроводных элементов в публично-правовое регулирование (как, впрочем, и наоборот). Так, гражданское процессуальное право, относящееся к публично-правовой сфере, под воздействием частнопроводных начал усиливает состязательный характер процесса в спорах между предпринимателями, достаточно широко допуская также применение здесь третьей и других альтернативных государственным форм разбирательства споров. Но все это не меняет публично-правовой природы процессуального порядка рассмотрения имущественных споров. Взаимодействие частного и публичного права не ведет к их смешению, при котором само различие этих двух подходов утрачивает смысл.

Следовательно, названное обстоятельство не устраняет необходимости достаточно четкого различия частного и публичного права, поскольку отношения, включаемые в ту или другую сферу, приобретают при этом различный правовой режим. Сохраняется и объективная основа этого деления, ибо сколько-нибудь развитые общественные, прежде всего, имущественные отношения немыслимы без инициативы и самостоятельности участников, а в конечном счете — без признания их независимыми друг от друга **частными собственниками** со своими собственными, частными (имущественными, а также и неимущественными) интересами.

Вместе с тем попытки выявить критерии разграничения этих сфер предпринимались как отечественными, так и зарубежными учеными на протяжении не одного века. Были выдвинуты различные теории и концепции, некоторые из которых вообще приводили к выводу о невозможности или нецелесообразности такого разграничения как имеющего лишь традиционно-историческую основу¹. Но в конце

¹ Было также высказано мнение о том, что «распределению между частным и публичным правом подлежат не институты, а субъективные права» (см.: *Агарков М.М.* Ценность частного права // *Агарков М.М.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Том 1. М., 2002. С. 72; в современной литературе эту позицию воспринял В.П. Мозолин — см.: *Гражданское право. Часть первая. Учебник / Отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев.* М., 2003. С. 39), что тоже не решало проблемы, а лишь переносило ее в другую плоскость, тем более что природа и характер субъективных прав, как известно, полностью определяются нормами объективного права, где и следует искать корни рассматриваемой дифференциации. Более обоснованным поэтому представляется мнение о возможности проводить данное деление не только на уровне отраслей права, но и на уровне отдельных институтов и даже норм объективного права (см.: *Кулагин М.И.* Предпринимательство и право: опыт Запада // *Кулагин М.И.* Избранные труды (Серия «Классика российской цивилистики»). М., 1997. С. 198.

концов для большинства исследователей все же стало ясным, что основной критерий деления права на частное и публичное состоит в **характере и способах (методах) воздействия их норм** на регулируемые отношения, причем их различия в действительности обусловлены самой природой этих отношений.

Частное право построено на началах **координации (согласования) деятельности юридически равных участников** регулируемых отношений, реализующих собственные (частные) интересы, и потому представляет собой систему их **децентрализованного регулирования**, в значительной мере — саморегулирования. В отличие от него, публичное право построено на принципе **субординации (подчинения) неравноправных субъектов**, деятельность которых связана с осуществлением государственных и общественных (публичных) интересов и потому представляет собой систему **централизованного регулирования** соответствующих отношений¹.

При этом очевидно, что юридическое оформление отношений, например, в области государственного управления не может строиться на принципах свободы и самостоятельности их участников, ибо такие отношения по самому своему характеру требуют централизованного воздействия и иерархической подчиненности субъектов. Напротив, экономические отношения рыночного товарообмена предполагают предоставление их участникам максимальной (хотя, разумеется, и не безграничной) свободы, стимулирующей их инициативу и предприимчивость.

С этой точки зрения частное право является порождением свободного экономического развития, которое с древнеримских времен неизбежно требовало «освобождения личности от всяких связывавших ее пут, требовало свободы собственности, свободы договоров, свободы завещаний и т.д.», ибо, по справедливому замечанию И.А. Покровского, «экономический прогресс возможен только под условием признания свободы хозяйственной инициативы и самостоятельности»². Поэтому даже при самых жестких и необходимых публично-правовых ограничениях, например, военного времени, сфера частного права

¹ См. особенно: *Покровский И.А.* Указ. соч. С. 38–44; *Черепухин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве // *Черепухин Б.Б.* Труды по гражданскому праву (Серия «Классика российской цивилистики»). М., 2001. С. 95 и сл.; *Брагинский М.И.* О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное» // *Проблемы современного гражданского права. Сборник статей.* М., 2000. С. 68–69.

² См.: *Покровский И.А.* Указ. соч. С. 51, 53.

никогда не исчезала полностью, ибо невозможно ликвидировать товарообмен и товарное хозяйство, как невозможно совершенно устранить частный интерес.

Таким образом, частное право в силу объективных причин составляет базу, ядро всякого правопорядка, основанного на рыночной организации хозяйства. Частное и публичное право во всех современных развитых правовых системах продолжают существовать как две самостоятельные ветви правового регулирования, как два различных типа правового воздействия на общественные отношения.

3. Особенности гражданского права как частного права

Гражданское право, составляя во всяком правопорядке основу частного права, регулирует различные отношения граждан и их организаций прежде всего с учетом их частных интересов. Для этого оно должно оформлять эти отношения таким образом, чтобы:

- их участники находились в юридически равном положении по отношению друг к другу;
- имели бы достаточно широкую автономию (свободу) воли в выборе конкретного варианта поведения;
- была признана их имущественная обособленность (самостоятельность).

Перечисленные обстоятельства обуславливают **особенности гражданско-правового (частноправового) регулирования**, в том числе: широкое использование возможностей **саморегулирования** (в рамках, не противоречащих общим началам (принципам) и смыслу гражданского права), включая возможность возникновения, изменения или прекращения конкретных отношений **по соглашению (воле) их сторон**; наличие большого количества **диспозитивных (восполнительных) норм**; применение различных оценочных категорий («добросовестное поведение», «разумные сроки», «мелкие бытовые сделки» и т.п.); разрешение **аналогии закона и аналогии права** и т.д. Совокупность такого рода приемов и способов воздействия на регулируемые отношения и составляет специфику децентрализованной регламентации, свойственной частному праву. В общетеоретической литературе ее обычно характеризуют как «дозволительный тип» правового регулирования, в котором преобладают законодательные дозволения (разрешения), а не предписания и запреты.

Названные особенности определяют содержание регулирования отношений по принадлежности и использованию имущества (**имущественных отношений**), составляющих главную часть, основу гражданско-правовых отношений. Имущественные отношения весьма разнообразны и далеко не всегда включаются в сферу гражданско-правового (частноправового) регулирования, поскольку их природа может и не соответствовать указанным выше трем признакам. Это, например, относится к таким разновидностям имущественных отношений, как налоговые и бюджетные, в которых, очевидно, отсутствует равенство участников и свобода их воли. В таком случае речь должна идти о сфере публичного (в приведенном примере - финансового) права, которое и регулирует (оформляет) соответствующие отношения присущими ему способами.

Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений прежде всего связано с установлением **юридического равенства** их участников, что составляет его первую отличительную черту. Здесь отсутствует властное подчинение одной стороны отношения другой. Если, например, продавец по договору купли-продажи требует от покупателя оплаты стоимости товара, то это требование основано на том, что покупатель при заключении договора сам согласился на соответствующие условия. При неисполнении покупателем своей обязанности по оплате товара возникший спор может быть разрешен либо по взаимному соглашению участников, либо по решению не заинтересованного в исходе спора и не зависящего ни от одной из сторон суда. Ничего не меняется даже в том случае, когда в роли покупателя выступает государство (например, по договору поставки товаров для государственных нужд). Если же деньги изымаются у лица в качестве налога, то никакого его согласия на это не требуется, а налоговый орган, будучи стороной, заинтересованной в уплате налога, тем не менее, может и сам провести изъятие у налогоплательщика денежных средств.

Разумеется, речь идет именно о формально-юридическом, а не о фактическом (экономическом) равенстве сторон. Учет последнего противоречил бы существу правового регулирования как применения «равного масштаба к неравным людям». Впрочем, положение заведомо более слабой стороны в ряде случаев может и учитываться, например, с помощью особых гражданско-правовых способов защиты интересов граждан-потребителей в их взаимоотношениях с профессиональными предпринимателями.

Автономия воли участников гражданско-правовых отношений составляет другое принципиальное условие функционирования частноправовой сферы, обеспечивая ее саморегулирование и самоорганизацию. Лишь при ее признании допустимо основанное на частном интересе, свободное решение участников относительно того, вступать ли им в те или иные имущественные отношения или нет, а если вступать, то с кем именно и на каких условиях. Поэтому такие решения они принимают **по своей инициативе, на свой риск и под собственную имущественную ответственность**. С учетом своих интересов они также самостоятельно решают, использовать ли принадлежащие им права или нет, в том числе защищать ли их, например, в судебном порядке или отказаться от защиты, требовать полного или частичного удовлетворения своих требований и т.д.

Наконец, участники рассматриваемых отношений должны быть **имущественно самостоятельными**. Это требование связано не только с тем, что сами имущественные отношения представляют собой отношения по поводу конкретного имущества, принадлежащего определенным лицам, т.е. **обособленного** от имущества других лиц. Для того чтобы участники рассматриваемых отношений могли самостоятельно, по своей инициативе принимать решения об использовании принадлежащего им имущества, чтобы они могли как присваивать полученный от участия в имущественных отношениях доход, так и нести риск возможных убытков, самостоятельно отвечая по своим обязательствам перед другими участниками, их имущественная самостоятельность (обособленность) должна быть максимальной. Поэтому-то они, как правило, и выступают в качестве **частных собственников** своего имущества. Статус собственников предопределяет и юридическое равенство участников (в том смысле, что они наделены законом равными возможностями и равной ответственностью за результаты своей деятельности), и свободу (автономию) воли в использовании собственного имущества, и самостоятельность (диспозитивность) в распоряжении принадлежащими им имущественными правами.

В сферу гражданского (частного) права включаются и некоторые **неимущественные отношения**, связанные с наличием определенных **частных неимущественных (нематериальных) интересов**. Прежде всего, это — многие интересы человеческой личности как таковой (связанные с признанием ее индивидуальности, чести и достоинства, телесной неприкосновенности, тайны личной жизни и т.п.), а также

интересы создателей различных нематериальных, духовных благ (например, авторов произведений науки, литературы и искусства). Природа данных отношений также предполагает их частноправовое регулирование. Оно тоже заключается в наделении их участников равным юридическим статусом (положением) и признанием автономии их воли и самостоятельности в правовом оформлении своих взаимосвязей.

Вместе с тем гражданско-правовое регулирование данной области в силу преобладающей пока роли материальных потребностей и интересов развито гораздо менее в сравнении с областью имущественных отношений, которой в цивилистике традиционно уделяется первостепенное внимание. Этим объясняются попытки искусственного «притягивания» данной сферы к традиционным гражданско-правовым понятиям, проявившиеся, например, в весьма неудачном объявлении гражданско-правового режима результатов интеллектуального творчества «интеллектуальной собственностью». В перспективе неизбежное развитие неимущественных отношений, несомненно, позволит занять должное место и их гражданско-правовому регулированию.

Таким образом, с позиций учения о частном праве гражданское право можно определить как **основную отрасль права, регулиующую частные (имущественные, а также некоторые неимущественные) отношения собственников имущества (граждан и юридических лиц), которые формируются по инициативе их участников и преследуют цели удовлетворения их собственных (частных) интересов**.

4. Частное право в России

Существование сферы частного права как области, по общему правилу закрытой для произвольного вмешательства государства, в истории России, к сожалению, оказалось весьма **непродолжительным** и во многом символическим. Еще в конце XVII — начале XVIII веков, когда в западноевропейских государствах уже активно развивалось частнокапиталистическое хозяйство (чему активно содействовало признание и закрепление в их правовых системах частноправовых начал), в российском законодательстве отсутствовали необходимые предпосылки (условия) частноправового регулирования. Достаточно сказать, что закон просто не знал категории права собственности,

а само это «право» подвергалось таким публично-правовым ограничениям, что давало «повод к мысли, что вообще отвлеченное понятие о праве собственности не существовало у нас до Екатерины II»¹, при которой оно впервые появилось в отечественном праве. Но и в конце XVIII века право собственности все еще рассматривалась законом в виде особой привилегии дворянству. Лишь после либеральных реформ Александра II, осуществленных уже во второй половине XIX века, частная собственность, перестав быть привилегией, стала «общей правовой нормой всего населения: казенный интерес, столь заметный еще в первых изданиях свода, сменяется господством полноправия в гражданских отношениях»².

Однако после Октябрьской революции 1917 г. отечественное гражданское право вновь было вынуждено перейти на позиции отрицания частноправовых начал, находясь в условиях господства известной ленинской установки о том, что «мы ничего "частного" не признаем, для нас все в области хозяйства есть **публично-правовое**, а не частное»³. Частная собственность была заменена категорией «личной собственности», предполагавшей присвоение гражданами исключительно предметов потребления и использование даже их для строго потребительских, а не производственных или иных нужд. В экономике стали господствовать жесткие планово-централизованные начала, вызвавшие к жизни, в частности, категорию «хозяйственных» («плановых») договоров юридических лиц. Их содержание и необходимость заключения определялись не интересами и волей (соглашением) участников, а предписаниями плановых органов государства, решавших, кто, с кем и на каких условиях будет заключать конкретный «договор». Договоры с участием граждан также находились под воздействием плана, что особенно проявлялось в широко распространенной карточной системе распределения товаров. В результате характер и содержание гражданско-правового регулирования были существенно видоизменены, и даже самую частноправовую терминологию старались вывести из употребления, хотя некоторые частноправовые принципы формально закреплялись действовавшим гражданским законодательством.

¹ *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права. Ростов-на-Дону, 1995. С.557.

² Там же. С. 560.

³ *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 44. С. 398. Примечательно, что это указание было дано тогдашнему наркому юстиции Д.И. Курскому как раз в связи с разработкой Гражданского кодекса РСФСР 1922 г.

Таким образом, весьма краткий период признания и существования частного права в российской истории составлял лишь около 50 лет: со второй половины 60-х годов XIX века до начала 20-х годов XX века. Поскольку ни до этого времени, ни после него никаких частно-правовых начал по сути не существовало (не говоря уже о том, что и в указанный период справедливым оставалось известное утверждение о том, что «Россия — страна казенная»), государство (публичная власть) привыкло бесцеремонно, безгранично и произвольно вмешиваться в частные дела своих граждан, в том числе в их имущественную сферу. В качестве одного из многочисленных примеров можно назвать Указ Президента РФ от 20 декабря 1994 г. № 2204 «Об обеспечении правопорядка при осуществлении платежей по обязательствам за поставку товаров (выполнение работ или оказание услуг)»¹, согласно которому предельный срок денежных расчетов по договорным обязательствам, независимо от их содержания (и, следовательно, от воли их сторон, формально провозглашенных частными собственниками), почему-то был установлен лишь в три месяца с момента фактического получения товаров (выполнения работ, оказания услуг). Вместо охраны этой сферы от злоупотреблений и недобросовестных действий разного рода мошенников, неизбежно появляющихся в период «первоначального накопления капитала», государство само выстроило крупнейшую финансовую «пирамиду» государственных краткосрочных обязательств (ГКО), падение которой стало главной причиной известного кризиса («дефолта») 1998 г.

Названные и аналогичные им ситуации стали прямым следствием отсутствия частноправовых традиций и представлений. В силу этого для отечественного правопорядка признание частного права в противопоставлении его публичному праву, провозглашение и внедрение в общественное сознание основных частноправовых начал приобретает особое значение. Если в развитых зарубежных правопорядках деление права на публичное и частное и связанное с этим законодательное закрепление частноправовых подходов давно стало само собой разумеющимся, то в российском праве оно во многом пока еще вынуждено пробивать себе дорогу. Важную роль в этом была призвана сыграть Программа «Становление и развитие частного права в России», одобренная Указом Президента РФ от 7 июля 1994 г. № 1473².

¹ СЗ РФ. 1994. № 35. Ст. 3690; 1995. № 31. Ст. 3100.

² СЗ РФ. 1994. № 11. Ст. 1191.

Все это дает возможность реально оценить принципиальное значение нового Гражданского кодекса России 1994 г., который в п. 1 ст. 1 впервые прямо закрепил основные начала частного права:

- равенство участников имущественных отношений,
- неприкосновенность частной собственности,
- свободу договора,
- недопустимость произвольного вмешательства государства в частные дела,
- беспрепятственное осуществление гражданских прав,
- их судебную защиту от нарушений, в том числе, со стороны государства.

Ограничение применения этих принципов теперь допускается только в федеральном законе и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (п. 3 ст. 55 Конституции РФ, абз. 2 п. 2 ст. 1 Гражданского кодекса РФ), а не по свободному усмотрению публичной власти.

§ 2. Система частного права

1. Основные системы частного права

Совокупность составляющих частное право правовых отраслей и других объединений норм объективного права (подотраслей, институтов) образует его систему. В различных национальных правовых порядках, основанных на принципиальном делении объективного права на публичное и частное, единый подход к составу частного права отсутствует. Этот состав (система) определяется не какими-то абстрактными «мировыми стандартами», а реальными особенностями исторического и социально-экономического развития конкретных стран. В этой связи достаточно указать на общепризнанное различие европейского континентального и англо-американского права, хотя и в них можно видеть некоторые общие черты.

Частное право традиционно выделяется в правовых системах большинства стран континентальной Западной Европы (Германия, Франция, Италия, Испания и др.), которые в силу этого обстоятельства принято объединять в понятие **континентальной (европейской) системы права**. К данной системе, точнее, к ее германской

ветви, в силу ряда исторических причин относится и российский правовой порядок, который, однако, имеет и свои весьма значительные особенности.

В континентальной системе права частное право традиционно разделяется на две основные ветви: **гражданское и торговое право**, что обычно отражается в наличии двух различных кодексов — гражданского и торгового. Данное обстоятельство позволяет говорить о **дуализме частного права**. При этом торговое право, иногда называемое также коммерческим правом, охватывает регламентацию взаимоотношений предпринимателей (профессиональных коммерсантов), т.е. одну из основных специальных сфер гражданского (частного) права. Оно, следовательно, не является вполне «равноправной», самостоятельной правовой отраслью по отношению к гражданскому праву. Наиболее ярким свидетельством этого является отсутствие в торговом праве сколько-нибудь развитой самостоятельной Общей части (общих положений), что вызывает необходимость распространения на сферу его действия общих положений гражданского права. Поэтому принято считать, что нормы торгового права являются **специальными** по отношению к гражданско-правовым нормам¹. В связи с этим в Германии гражданское право квалифицируется как «общее частное право», а торговое и трудовое право — как области «специального частного права».

Исторически основанием для выделения торгового права послужила необходимость объединения различных торговых обычаев и правил сословного характера в особое «купеческое право». Во Франции торговое право, обобщенное в Торговом (Коммерческом) кодексе 1807 г., служило еще и важным средством признания и утверждения интересов «третьего сословия», а в Германии (Общегерманский торговый кодекс 1861 г.) — способом национального объединения и преодоления государственной раздробленности². Его появление, таким образом, было не общей тенденцией, а результатом особого исторического развития отдельных правовых порядков.

¹ В Германии торговое право традиционно рассматривается как «особое **частное право купцов**», подчиняющееся действию принципов «общего гражданского права» (см., например: *Canaris C.-W.* Handelsrecht. Ein Studienbuch. 23. Aufl. Muenchen, 2000. S. 4–8; *Koller I., Roth W.-H., Morck W.* Handelsgesetzbuch. Kommentar. 3. Aufl. Muenchen, 2002. S. 4; *Medicus D.* Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch. 3. Aufl. Muenchen, 1988. S. 7–8; *Koehler H.* BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 25. Aufl. Muenchen, 2001. S. 8).

² Подробнее об истории торгового права см., например: *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Том I. (Серия «Классика российской цивилистики»). М., 2003. С. 50 и сл.

Поэтому самостоятельность торгового права и его кодификации не стали общепризнанными в континентальном праве. В Швейцарии еще в 1911 г. было принято единое гражданское законодательство, распространявшееся также на торговые отношения. Италия, являющаяся родоначальницей обособления торгового права от гражданского, отказалась от этой идеи с принятием единого Гражданского кодекса в 1942 г. Аналогичный подход закрепляет современное гражданское право Нидерландов. Не случайно ни одна из развитых западноевропейских стран, обновлявших свое законодательство в последние десятилетия, не пошла по пути самостоятельной кодификации или иного обособления торгового права.

Этому содействовала и единодушно отмечавшаяся в теории общая **тенденция «коммерциализации» гражданского права**, т.е. его развитие под влиянием более гибких норм торгового (коммерческого) оборота и последующего приспособления к потребностям регулирования предпринимательской деятельности. В результате именно гражданско-правовые нормы, в первую очередь, нормы договорного права, в настоящее время повсеместно и эффективно регулируют предпринимательский оборот.

Семейное право в континентальной правовой системе обычно не признается самостоятельным и включается в состав гражданского права в качестве его подотрасли (что отражается в отсутствии его самостоятельной кодификации и нахождении семейно-правовых норм в гражданском кодексе). В отличие от него, явную тенденцию к обособлению от гражданского права обнаруживает **трудовое право**, которое, однако, продолжает здесь считаться безусловной частью частного права. Таким образом, традиционный для континентальной системы «дуализм частного права», с одной стороны, не является всеобщим, а с другой — дополняется некоторыми новыми правовыми образованиями (отраслями) в конкретных национальных правовых порядках. Это говорит об объективно обусловленном усложнении системы частного права по мере ее развития.

В отличие от континентальной системы, **англо-американская правовая система**, иногда называемая также системой «общего права» (common law), формально вообще не знает деления на частное и публичное право. Она также сложилась исторически на базе английского средневекового прецедентного права. Как известно, в феодальной Англии решения по конкретным спорам (прецеденты) выносились двумя видами королевских (государственных) судов: судами «общего

права» и судом лорда-канцлера («судом справедливости»). В каждом из них сформировалось свое прецедентное право, которое и легло в основу двух особых, самостоятельных ветвей этого правового порядка — **общего права** и **права справедливости** (law of equity). Лишь в конце XIX века эти ветви начали постепенно сливаться. Впоследствии эта система была рецепирована (заимствована) в США и бывших английских доминионах — Канаде, Австралии и ряде других англоязычных стран.

В настоящее время и в англо-американском праве фактически проводится различие между частным и публичным правом, в том числе и в связи с процессом некоторого его сближения с континентальным правовым порядком, особенно в сфере международного товарообмена. Однако в отличие от государств континентальной Европы, в странах «общего права» к частному (гражданскому) праву относят такие считающиеся самостоятельными «отрасли» и институты, как «право компаний», «право собственности», «договорное право», «право возмещения вреда», «патентное право» и т.д. Поэтому система частного права здесь не совпадает с аналогичной системой континентальных правовых порядков.

2. Развитие системы частного права в России

В отечественной правовой системе частное право всегда было представлено прежде всего **гражданским правом** — одной из основных, фундаментальных правовых отраслей.

В советское время, после отказа от деления права на частное и публичное, начался процесс дифференциации частноправовой сферы. Из гражданского права в качестве самостоятельных правовых отраслей выделились семейное и трудовое право, а «на стыке» гражданского и административного права возникли земельное и природо-ресурсное право. Позднее было создано колхозное (впоследствии — сельскохозяйственное) право, которое соединяло в себе черты гражданского, трудового и отчасти административного права и в силу этого считалось «комплексной правовой отраслью», а затем возникло такое же комплексное (межотраслевое) экологическое (природоохранное) право. Из трудового права в свою очередь выделилось право социального обеспечения. Были также попытки обособления международного частного права, призванного регулировать частноправовые отношения

«с иностранным элементом». Все эти правовые образования составляли «семью» цивилистических (а по сути — частноправовых) отраслей прежнего правопорядка.

Возвращение к традиционным основам правовой системы, основанной на принципиальном различии частного и публичного права, потребовало отказа от «наслоений» государственной экономики в гражданско-правовой сфере и известной переоценки правовой природы этих «смежных» с гражданским отраслей права. Так, колхозное право (которое в 80-е годы прошлого века еще пытались преобразовать в более широкое по содержанию «кооперативное право») по очевидным причинам вообще утратило свою самостоятельность. Право социального обеспечения, напротив, отчетливо показало свою вполне самостоятельную публично-правовую природу.

С другой стороны, в условиях развития рыночной экономики происходит определенная **коммерциализация ряда** отношений, ранее входивших в публично-правовую сферу. Так, после отказа от исключительной собственности государства на землю (а по смыслу п. 2 ст. 36 Конституции РФ — также и на другие природные ресурсы) и разрешение оборота земельных участков, т.е. гражданско-правовых сделок с ними, соответствующие отношения стали **частноправовыми (гражданско-правовыми)** и вышли из предмета земельного права. Последнее должно быть сосредоточено теперь не на регламентации чужеродных для этой отрасли вещных прав на землю и оборота земли, а на установлении публично-правового режима различных земельных участков (их целевое назначение, количественные ограничения, требования природоохранного характера и т.п.)¹. Это же относится и к природоресурсному, и природоохранному (экологическому) праву. Все эти правовые отрасли теперь тоже включаются в сферу **публичного права**.

Частноправовые начала возрастают и в сфере семейных отношений, о чем, например, свидетельствует законодательное признание

¹ Поэтому закрепленные действующим Земельным кодексом РФ попытки урегулировать оборот земли и ее правовой режим как недвижимого имущества с помощью «специальных» земельно-правовых, а не гражданско-правовых предписаний справедливо оцениваются как «намеренно некритическое перенесение в общество с принципиально иным экономическим и политическим устройством прошлых представлений о соотношении гражданского законодательства с земельным, водным и лесным законодательством, с законодательством о недрах» (см.: *Маковский А.Л.* ГК РФ действует. Что дальше? // ЭЖ-Юрист. 2003. № 46. С. 4).

возможности заключения брачных контрактов. Между членами семьи возникают разнообразные имущественные отношения, с помощью которых семья выполняет функцию экономической ячейки общества. Эти обстоятельства привели к появлению мнения о том, что в современных условиях семейное право представляет собой не самостоятельную правовую отрасль, а лишь подотрасль гражданского права¹ (что, кстати, соответствует и традициям европейского континентального права). Однако данная позиция не разделяется большинством отечественных правоведов. **Семейное право** всегда характеризовалось преобладанием неимущественных элементов над имущественными и принципом минимального вмешательства государства в семейные отношения (главным образом, с целью защиты интересов малолетних или нетрудоспособных членов семьи), а также добровольным и равноправным характером брачно-семейных связей. Поэтому точнее было бы говорить о частноправовой природе отечественного семейного права (свойственной всем без исключения развитым правопорядкам) как самостоятельной правовой отрасли.

Международное частное право никогда не утрачивало своей частноправовой природы, также общепризнанной в развитых правопорядках. От гражданского права его отличают широкое использование международно-правовых норм и возможность применения к регулируемым отношениям правил других (зарубежных) правопорядков, устанавливаемая специальными коллизионными нормами национального права. Международно-правовая «составляющая» данной правовой отрасли, строго говоря, вообще не позволяет полностью включать ее в какую-либо национальную правовую систему. Вместе с тем международное частное право, безусловно, осуществляет частноправовое регулирование отношений, входящих в его предмет.

Трудовое право в настоящее время сложно охарактеризовать как однозначно частное или публичное. В пользу его частноправового характера свидетельствуют прежде всего правила о трудовом договоре, составляющие основу этой отрасли и получившие новое развитие в условиях рыночных преобразований. Трудовое право также построено на началах юридического равенства, инициативы и имущественной самостоятельности участников регулируемых им отношений. Частноправовым оно является в европейском континентальном праве, прежде

¹ Гражданское право. Том 1. Учебник. 6-е изд. / Под ред. *А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого*. М., 2002. С. 17–18 (автор соответствующей главы — *Н.Д. Егоров*).

всего, в его германской ветви. С другой стороны, в трудовом праве содержится широкий круг социальных гарантий работников, установленных в общественных (публичных), а не только в частных интересах, что влечет известные особенности правового регулирования. Вместе с тем самостоятельность трудового права, как и его тесная генетическая связь с гражданским правом обычно не подвергаются сомнению¹.

В целом можно считать, что в российском правопорядке в общую систему частного права входят четыре обычно признаваемые самостоятельными правовые отрасли:

- гражданское право,
- семейное право,
- трудовое право,
- международное частное право.

Данное положение составляет **особенность отечественной системы частного права**, поскольку в континентальном европейском праве эти правовые образования обычно рассматриваются в качестве составных частей (подотраслей) гражданского права, а частное право во многих случаях традиционно разделяется на гражданское и торговое (коммерческое) право (последнее столь же традиционно отсутствует в отечественной правовой системе). Частное право, будучи объективно необходимой важнейшей составной частью всякого развитого правопорядка, в конкретной правовой системе представляет собой результат собственного развития в реальных национальных условиях. Это полностью относится и к его системе, складывающейся под влиянием тех же факторов.

3. Проблема коммерческого и «предпринимательского» права

В отличие от многих европейских континентальных правопорядков, в российском праве никогда не выделялось самостоятельное коммерческое (торговое) право, поскольку для его обособления не

¹ Представители науки трудового права отстаивают специфику этой правовой отрасли как «сочетающей» в себе частные и публичные элементы (см., например: *Куренной А.М., Маурин С.П., Хохлов Е.Б.* Современные проблемы российского трудового права // Правоведение. 1997. № 2). Некоторые авторитетные цивилисты, напротив, последовательно выступают за объединение семейного, земельного и трудового права в «единое частное (гражданское) право» при сохранении отдельного регулирования соответствующих отношений (см., например: *Брагинский М.И.* Указ. соч. С. 75–77).

было ни исторических, ни социально-политических причин. Особенностью российского государственно-политического строя всегда было отсутствие в нем сколько-нибудь серьезной сословной автономии (как и отсутствие частнопроводных традиций). Поэтому «дуализма частного права» в России не существовало и до революции 1917 г. На принципе единства гражданского (частного) права был основан и дореволюционный проект Гражданского уложения. Поэтому никаких исторических корней для признания или «восстановления» особого торгового (коммерческого) права у нас не существует, ибо частное право в России и до Октябрьской революции было представлено исключительно гражданским правом.

Разумеется, это обстоятельство ни в коей мере не препятствует созданию и применению некоторых специальных правовых норм, регулирующих взаимоотношения профессиональных коммерсантов (предпринимателей) с учетом их известной специфики в сравнении с другими отношениями, регулируемые гражданским (частным) правом¹. Но какова юридическая природа этих норм (или их совокупности)? Надо признать, что коммерсанты (предприниматели) в условиях рыночного хозяйства являются независимыми товаровладельцами (частными собственниками) и не могут действовать иначе, кроме как реализуя свои частные интересы путем совершения самостоятельных, инициативных действий на свой риск и под собственную имущественную ответственность. Следовательно, правовое оформление их деятельности не может быть никаким иным, кроме как **частнопроводным**.

Конечно, развитая предпринимательская (коммерческая) деятельность немыслима без публично-правового контроля и ряда необходимых ограничений, которые в известной мере сужают частнопроводные права и свободы предпринимателей, но вовсе не отменяют их и не изменяют их юридической природы (сущности). Как справедливо отмечено в современной литературе, особенности

¹ Примечательно в этой связи, что из 26 договоров, урегулированных нормами Части второй ГК РФ, лишь один рассчитан исключительно на взаимоотношения предпринимателей (договор коммерческой концессии) и только один, напротив, не может быть заключен между предпринимателями (договор дарения). Все остальные договоры (купля-продажа, аренда, подряд, перевозка, хранение и т.д.) используются любыми участниками имущественного оборота (см.: *Хохлов С.А., Маковский А.Л.* Вводный комментарий к Гражданскому кодексу // Гражданское законодательство России. М., 1996. С. 11).

предпринимательских отношений и их правового регулирования «не меняют природы коммерческого права как частного, не отменяют действия общих принципов частного права»¹.

Поэтому **коммерческое право** есть не что иное, как «совокупность общих и специальных норм гражданского (частного) права, регулирующих отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием. Следовательно, оно не претендует на самостоятельность в качестве отрасли права, это составная часть гражданского (частного) права»². Таким образом, в отечественном правовом порядке коммерческое (торговое) право следует рассматривать в качестве **подотрасли (составной части) гражданского права**, не являющейся самостоятельной правовой отраслью и тем самым не входящей в общую систему частного права.

Иначе обстоит дело с **«предпринимательским (хозяйственным) правом»**. Хозяйственно-правовой подход принципиально отвергает деление права на частное и публичное. Исторически он возник и укрепился в период первой мировой войны в Германии, тогдашняя милитаризованная экономика которой обусловила резкое усиление государственного вмешательства во всю хозяйственную жизнь общества. На этой основе и появились утверждения о том, что в экономической сфере, по крайней мере, в области предпринимательства, деление права на публичное и частное изжило себя, ибо государство (публичная власть) в равной мере защищает и публичные, и частные интересы с помощью единого по своей юридической природе правового регулирования, «органически сочетающего» публично-правовые и частноправовые элементы. В последующем, однако, данная концепция так и не получила единой развитой теоретической базы и не стала общепризнанной в зарубежном правоведении³. В современной германской литературе хозяйственное право обычно рассматривается как «особое частное право профессионального хозяйства», входящее в общую систему частного права, либо как часть торгового права —

¹ Коммерческое право. В 2 ч. Учебник. 3-е изд. Часть 1 / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. М., 2002. С. 35 (автор раздела — В.Ф. Попондопуло).

² Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. Учебник. М., 2003. С. 28. Аналогичные взгляды на природу коммерческого (торгового) права высказывают и другие ученые, несколько иначе трактующие его предмет (см.: Коммерческое право России / Под ред. Б.И. Пугинского. М., 2000. С. 9 и сл. (автор раздела — Б.И. Пугинский).

³ См. об этом, например: Кулагин М.И. Указ. соч. С. 194—196.

«частное хозяйственное право», противопоставляемое «административному хозяйственному праву», т.е. в любом случае как **разновидность частного права**¹.

Свою историю эта концепция имеет в России. Здесь ее появление связано с социалистическими преобразованиями, т.е. с огосударствлением экономики и официальным отказом от частноправовых подходов. На первых этапах своего развития (20-е гг. XX века) она предполагала полностью заменить собой гражданское право (даже для отношений с участием граждан), поскольку в социалистическом обществе вообще не должно быть места частноправовым (гражданско-правовым) подходам. В дальнейшем (50-е — 60-е гг. XX века) концепция «хозяйственного права» ограничила свой предмет «хозяйственными» отношениями между организациями — юридическими лицами («по горизонтали»), а также между ними и органами государственного управления («по вертикали»), доказывая их принципиальную однородность.

Хозяйственно-правовая концепция в отечественном правоведении предполагала «объединить» господствовавшие в прежней экономике плано-организационные (административно-правовые, т.е. публичные) начала с сохранившимися остатками имущественно-стоимостных (гражданско-правовых, т.е. частных) элементов. Результатом такого искусственного «объединения» должны были стать «новые» категории и понятия, «устраняющие» традиционные гражданско-правовые конструкции: вместо обычного юридического лица — «хоз-орган» (хозяйственная организация государства, находящаяся под его полным контролем и лишенная собственных имущественных интересов); вместо вещных прав на имущество — «хозрасчетная обособленность», учетно-бухгалтерский характер которой должен был оправдать «участие» в имущественных отношениях цехов, участков и других несамостоятельных структурных подразделений предприятий и организаций; вместо договора как соглашения сторон — «хозяйственный» (или «плановый») «договор», участникам которого почти ничего не надо согласовывать, ибо все основные параметры такого «соглашения» заранее определены государством-собственником в нарядах и иных плановых актах, и т.д.

¹ См.: Medicus D. A. a. O. S. 7; Koehler H. A. a. O. S. 8—11; Baehr P. Grundzuege des Buergerlichen Rechts. 8. Aufl. Muenchen, 1991. S. 12. Примечательно, что и новейшие предложения о разработке особой отрасли «предпринимательского права» также рассматривают ее как разновидность частного права (Krejci H., Schmidt H. Vom HGB zum Unternehmensgesetz. Wien, 2002. S. 1—3 ff.).

Ясно, что такого рода конструкции, в которых гражданско-правовые элементы были полностью подчинены административным, в действительности представляли собой не «соединение», а прямое поглощение частноправовых начал публичными. Вместо реальной комплексности, предполагающей взаимодействие самостоятельных подходов, хозяйственно-правовая концепция пыталась обосновать появление единого «хозяйственного права» как некоего «нового качества правового регулирования», в котором «сливаются воедино» два разнородных подхода. Поэтому ученые-цивилисты и ранее остро критиковали хозяйственно-правовую концепцию¹.

Хозяйственно-правовой подход в значительной мере отвечал условиям прежнего экономического строя. Поэтому с переходом к рыночным преобразованиям он утратил и социально-экономическую основу, и сколько-нибудь серьезное теоретическое обоснование. Однако известные трудности и неудачи в ходе проведения рыночных реформ вызвали к жизни требования изменить их содержание и направленность, в том числе резко усилить государственное вмешательство в хозяйственную жизнь общества. На этой основе в отечественном правоведении были предприняты попытки реанимации старой хозяйственно-правовой идеи в «новой» форме самостоятельного «**предпринимательского права**». Последнее по-прежнему рассматривается как особая отрасль права, в которой частноправовые и публично-правовые институты «трансформируются в **частнопубличные** правовые средства»², хотя, по мысли его сторонников, теперь уже не во всех экономических (хозяйственных) отношениях, а лишь в предпринимательских.

Очевидно, что такая «трансформация», как показывает исторический опыт, неизбежно повлечет господство публично-правовых элементов над частноправовыми и тем самым — новое огосударствление экономики, результаты которого в новейшей истории

¹ См. особенно: *Иоффе О.С., Красавчиков О.А.* О критике науки и научности критики // *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву (Серия «Классика российской цивилистики»). М., 2000. С. 742 и сл.

² Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. *Е.П. Губин, П.Г. Лахно*. М., 2003. С. 60 (авторы раздела — Е.П. Губин и П.Г. Лахно). См. также: *Быков А.Г.* Предпринимательское право: проблемы формирования и развития // Вестник Московского университета. Право. 1993. № 6; *Мартымянов В.С.* Хозяйственное право. Курс лекций. Том I. М., 1994. С. 13 и сл.; *Лантев В.В.* Современные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права // Предпринимательское право в XXI веке: преемственность и развитие. М., 2000. С. 3 и сл.

России слишком хорошо известны. Не случайно и при советском строе после каждого серьезного экономического кризиса всегда приходилось прибегать к расширению экономических свобод и сферы частноправового регулирования (нэп и Гражданский кодекс 1922 г. — после военного коммунизма и разрухи, «косыгинские реформы» и расширение прав предприятий — после хрущевских экспериментов, развитие кооперации и арендных отношений — после «эпохи застоя» и т.п.). Подавление же частноправовых начал ведет к сохранению многовековых традиций безграничного вмешательства отечественного государства в экономику (которой оно привыкло не столько управлять, сколько командовать), становится тормозом на пути прогрессивных преобразований и по сути отражает попытку консервации существенных элементов прежнего, изжившего себя правопорядка.

Поэтому ни теоретически, ни практически такая концепция самостоятельного «предпринимательского права» неприемлема в условиях рыночного хозяйства. При этом последнее вовсе не исключает, а предполагает определенное государственное (публично-правовое) регулирование экономики в установленных законом формах и пределах, учитывающее, однако, то обстоятельство, что предпринимательская деятельность по самой своей сути предполагает главенствующую роль частноправовых, а не публично-правовых подходов. Предпринимательский оборот может успешно действовать и развиваться только в рамках гражданского (частного) права, а не по указаниям публичной власти (в том числе налоговых или иных государственных органов). Не случайно, например, купеческие компании (хозяйственные общества) не получили серьезного развития в петровской России, несмотря на все усилия царя-преобразователя, и стали реально функционировать лишь в условиях частноправового регулирования конца XIX — начала XX веков.

Ведь ясно, что «налогообложение и таможенный контроль со взиманием соответствующих пошлин возможны постольку, поскольку в государстве существуют лица, имеющие имущество, поскольку существуют между этими лицами товарно-денежные и иные имущественные отношения, регулируемые, прежде всего, гражданским законодательством. Поэтому налоговое и таможенное законодательство неизбежно вторичны по отношению к гражданскому законодательству», поскольку именно последним при рыночной организации хозяйства определяются содержание и условия экономического

оборота»¹. Данное положение вместе с тем показывает опасность несогласованности публично-правового (налогового, таможенного и т.п.) и частноправового (гражданско-правового) регулирования экономики, неизбежно приводящей к неэффективности, неработоспособности самого публичного права. Речь, следовательно, должна идти не о «слиянии» частного и публичного права, а об их **взаимодействии** в регулировании предпринимательской деятельности. Но при таком взаимодействии не остается места для особой «правовой отрасли», искусственно «объединяющей» разнородные (разноотраслевые) правила.

Разумеется, не следует также всерьез воспринимать указания сторонников концепции «предпринимательского (хозяйственного) права» на некую ее «преемственность» в отношении торгового права: ведь последнее, будучи общепризнанной составной частью **частного права**, всегда и везде характеризовало его дуализм, а не наличие какого-то «частнопубличного» правового образования. В результате можно сделать вывод о том, что концепция самостоятельного «предпринимательского (хозяйственного) права» не нашла ни всеобщего признания, ни тем более — законодательного закрепления. В отличие от торгового (коммерческого) права «предпринимательское» («хозяйственное») право остается в отечественном правоведении надуманным, умозрительным теоретическим построением даже при его рассмотрении в качестве «комплексной правовой отрасли»².

Иное дело — изучение соответствующей **дисциплины (учебного курса)**, посвященной комплексному правовому регулированию пред-

¹ *Маковский А.Л.* Надо ли вносить изменения в Гражданский кодекс? Маленькая иллюстрация к большим вопросам // *Право и экономика.* 1998. № 1. С. 27.

² Комплексные, междисциплинарные образования вообще не должны входить в систему отраслей права, поскольку они выделяются по иным критериям, нежели обычные, объективно складывающиеся правовые отрасли. В действительности они представляют собой произвольно образованные для той или иной утилитарной потребности группировки законодательства («законодательные массивы»), а не отрасли права. С этих позиций следует оценивать не только концепцию «предпринимательского» права, но и имеющиеся в современной литературе попытки обособить «информационное», «медицинское», «спортивное», «энергетическое», «образовательное право» и тому подобные области законодательства. Так, в номенклатуре научных специальностей, по которым допускается защита диссертаций на соискание ученых степеней, имеется «военное» и даже «военно-морское право», но по каким-то причинам отсутствует «военно-воздушное право». Ясно, что в попытках создания таких «отраслей» решающую роль, к сожалению, нередко играют чисто субъективные подходы («человеческий фактор»).

принимательской деятельности. Такой курс вполне может охватывать как частноправовые, так и соответствующие публично-правовые институты, объединенные в учебных (дидактических) целях. Для конкретных потребностей утилитарного, в частности, учебного характера можно, например, условно обособить сферу «страхового», «транспортного» или «банковского права», имея в виду изучение в целом соответствующего комплекса (отрасли) законодательства и не упуская из виду, что реальный правовой режим соответствующих отношений все равно останется частноправовым или публично-правовым.

Дополнительная литература

Алексеев С.С. Частное право. М., 1999.

Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное» // Проблемы современного гражданского права. Сборник статей. М., 2000.

Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада // *Кулагин М.И.* Избранные труды (Серия «Классика российской цивилистики»). М., 1997.

Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права (Серия «Классика российской цивилистики»). М., 1998.

Ровный В.В. Проблемы единства российского частного права. Иркутск, 1999.