

ISSN 2221-8351

КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

научно-практический журнал



№ 4 (Том 47) — 2022

ООО «Издательская группа «Юрист»
Москва

**ООО «Издательская группа «Юрист»
Москва**

Учредитель: **МГУ им. М.В. Ломоносова**

Главный редактор
Пугинский Б.И., д.ю.н., профессор

Редакционный совет

Абросимова Е.А., д.ю.н., доцент

Амиров А.Т., к.ф.н., доцент

Андреева Л.В., д.ю.н., профессор

Бевзенко Р.С., к.ю.н., доцент

Белов В.А., д.ю.н., профессор

Олейник О.М., д.ю.н., профессор

Рассолов И.М., д.ю.н., профессор

Сидорова Т.Э., к.ю.н., доцент

Скворцов О.Ю., д.ю.н., профессор

Турлуковский Я., доктор права и философии

Цветков И.В., д.ю.н., профессор

Ответственный редактор
Пальцева М.В.

Журнал включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ)

Издание зарегистрировано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор).

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС 77–71 195 от 10 октября 2017 г.

ПОДПИСКА НА ИЗДАНИЕ:

Объединенный каталог. Пресса России — 44943

Центр редакционной подписки:

Тел.: (495) 617-18-88 (многоканальный).

Внимание авторов! Просьба направлять материалы в печатном виде с приложением электронного носителя или по электронной почте. Материалы будущих публикаций принимаются к рассмотрению при наличии информации об авторе и его контактных данных, аннотаций к статье на английском и русском языках, ключевых слов, постраничных сносок, библиографического списка.

Адрес редакции:

119992, ГСП_2, Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13–14,
IV учебный корпус, Юридический факультет, ауд. 208А
e-mail: commercial-law@mail.ru

Адрес издателя:

Москва, Космодамианская наб., д.26/55 стр. 7.

**Материал подготовлен по итогам юбилейной
Международной научно-практической конференции
«Коммерческое право — 30 лет: возрождение и развитие»,
28 октября 2022 г.**

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ТОРГОВЛИ

- Белов В.А.** «Гражданское», «торговое» или... «гражданское и торговое»? (О процессах коммерциализации и цивилизации частного права и результатах их взаимодействия)..... 4
- Никитин В.В.** Актуальные проблемы информационных характеристик изделий и факторов товара 27
- Гришин С.М.** Коммерциализация цифрового здравоохранения в Европейском союзе: правовое регулирование и тенденции развития 38
- Кочкалов С.А., Сокальская А.Д.** Институт несостоятельности (банкротства) как неотъемлемая часть учебной дисциплины «Коммерческое право» 46

ДОГОВОРЫ ТОРГОВОГО ОБОРОТА

- Мареев Ю.Л.** Коммерческая концессия: предмет договора (законодательство, теория и практика)..... 56

ПРЕПОДАВАНИЕ КОММЕРЧЕСКОГО ПРАВА

- Азаров Д.В.** Об отраслевом делении права и о месте коммерческого права в системе российского права..... 69

Белов Вадим Анатольевич,
профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения
Юридического факультета
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук
commercial@law.msu.ru

**«ГРАЖДАНСКОЕ», «ТОРГОВОЕ»
ИЛИ... «ГРАЖДАНСКОЕ И ТОРГОВОЕ»?
(О ПРОЦЕССАХ КОММЕРЦИАЛИЗАЦИИ
И ЦИВИЛИЗАЦИИ ЧАСТНОГО ПРАВА
И РЕЗУЛЬТАТАХ ИХ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ)**

Автор анализирует процесс коммерциализации гражданского права в его историческом аспекте, указывая на то, что данный процесс неизбежен в каждом обществе, которое допускает капиталистические отношения. При этом автор показывает и обратный процесс, который происходит на современном этапе, — изменение коммерциалистики под влиянием гражданского права и гражданско-правовой науки, обращая внимание читателей на то, что сегодня юридическая наука значительно меньше внимания уделяет данному феномену. В работе обосновывается позиция, что гражданское и торговое право являются абсолютно равноправными компонентами частного права, о том, что они в равной мере необходимы для существования друг друга.

Ключевые слова: коммерческое право, торговое право, гражданское право, коммерциализация, дуализм частного права, гражданский кодекс, торговый кодекс.

Belov Vadim Anatolievich,
Professor of the Department of Commercial Law
and Law Fundamentals of the Lomonosov Moscow State University,
LL.D.

**“CIVIL”, “COMMERCIAL” OR... “CIVIL AND COMMERCIAL”?
(ON THE PROCESSES OF COMMERCIALIZATION AND CIVILIZATION
OF PRIVATE LAW AND THE RESULTS OF THEIR INTERACTION)**

The author analyzes the process of commercialization of civil law in its historical aspect, pointing out that this process is inevitable in every society that allows capitalist relations. At the same time, the author also shows the opposite process, which takes place at the present

stage — the change of commercialization under the influence of civil law and civil law science, drawing the readers' attention to the fact that today legal science pays much less attention to this phenomenon. The paper substantiates the position that civil law and commercial law are absolutely equal components of private law, that they are equally necessary for each other's existence.

Keywords: commercial law, commercial law, civil law, commercialization, dualism of private law, civil code, commercial code.

I. КОММЕРЦИАЛИЗАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА — явление, прекрасно известное у нас не только по специальной, но и популярной (энциклопедической) литературе. Явление это не только хорошо известное, но и довольно древнее, ибо истоки его следует искать, пожалуй, в деятельности римских *praetor peregrinus*'ов, т.е. в середине III в. до н.э.; пережив несколько различных форм и испытав на себе влияние множества разнообразных факторов, оно благополучно пережило все перипетии средневековой, новой и новейшей истории, сохранило актуальность и по сей день на всем пространстве юридического мира.

Суть **коммерциализации** — в самом общем виде — заключается в *постепенном наполнении гражданского права такими нормами, конструкциями и институтами, которые изначально возникли, формировались и развивались в рамках права коммерческого (торгового)*. Рассчитанные своими создателями-коммерсантами (торговцами, купцами, негоциантами, трейдерами, спекулянтами, посредниками, бизнесменами и т.д.)¹ на обслуживание своих коммерческих потребностей и интересов, на решение коммерческих задач и достижение коммерческих же целей, некоторые из этого рода норм, конструкций и институтов порою обнаруживали свою «годность» также и за пределами коммерции (торговли). Национальное право,

¹ Далее в целях рационализации терминологии мы будем употреблять термин «коммерция» (коммерсант, коммерческий и т.д.) или «торговля» (торговец, торговый и т.д.) как равнозначные.

регламентировавшее *отношения общежитийского быта частных лиц* — римских и средневековых помещиков (земле- и рабовладельцев), воинов, крестьян и горожан (лично свободных граждан), — т.е. *гражданское право в своем первоначальном, историческом смысле*, как бы оглядывалось вокруг себя, присматривалось к своему окружению и к опыту смежного правового подразделения — права, которое, будучи то наднациональным, то сословным, то промысловым, то «предприятийным», регулировало *специально-торговые отношения частных лиц*. Если первое — *право общегражданское*, право *внешней организации частного быта и присвоения имущественных результатов частных дел* — находило во втором — *праве специально-торговом*, праве *оборота, кредита, действий, сделок, самих частных дел, ведущих к имущественным приобретениям и потерям*, — нечто такое, что могло бы послужить его собственным общегражданским целям, оно это нечто заимствовало, присваивало, включало в себя, закрепляло за собой.

Понятно, что пресловутое «заимствование» в разных случаях происходило **по-разному**.

Сам процесс заимствования никогда не происходил вдруг и одномоментно — только *очень аккуратно и постепенно*. Консерватизм юридического мышления требовал, чтобы заимствования со всех точек зрения начинались *с самого необходимого минимума*, оставались по возможности *наиболее точечными и строгими*; и только впоследствии, когда к сделанным заимствованиям *привыкали* и находили их себя *оправдавшими*, былые настороженность, точность и строгости слабели; гражданское право переходило к заимствованиям более обширным. Эти процессы растягивались на годы, десятилетия и столетия, т.е. совершались по социально-историческим меркам *довольно медленно*. «Рекордсменами» в этом отношении — т.е. институтами, процесс заимствования которых растянулся

на несколько веков, — стали *представительство, перемена лиц в обязательствах, ценные бумаги и ограничения виндикации*; несколько быстрее гражданское право «переварило» *товарищества, договоры, обязательства и исключительные права*.

С точки зрения «точечного» и «обширного» объема различались **предметы заимствования**: чаще всего ими были *отдельные нормы и конструкции*, несколько реже — *целые институты*; еще реже, но все-таки заимствовались — и истории права действительно такие случаи известны! — *подотрасли* и даже *основные начала (принципы) торгового права*. Из числа подотраслей наиболее известны в этом отношении только что упомянутые *договорное и обязательственное право*, а также *исключительные права*; из числа принципов — конечно же, принцип *честного ведения бизнеса*, недавно обернувшийся принципом добросовестности и едва ли не христианской добродетели.

По тому же критерию «обширности» различались **пределы действия заимствований**. Заимствовались и такие предметы, которые с течением временем приобретали *более-менее широкое* применение — иногда настолько широкое, что их специально-торговое происхождение и прошлое забывались, а сами они начинали мыслиться как имеющие *общее* значение, значение *для всей цивилистики в целом*, и являющиеся ее исключительным достоянием (тут в третий раз можно упомянуть *договоры, обязательства и исключительные права*, особо акцентировав внимание на договорах *между отсутствующими* и договорах в отношении *товаров* — массовых, заменимых движимых вещей, состоящих в торговом обороте, и добавив к этому великолепию... *юридические лица*); но точно также заимствовались и такие предметы, которые так и оставались *гражданско-правовой экзотикой*, имеющей более систематическое значение, чем реальную практическую нагрузку (таковы институты *морского права, наследственные договоры, рента, векселя* и пр.).

Далее различались самые **результаты** заимствований. Редко какой юридический феномен, попадавший в гражданский быт из торгового оборота, сохранял в нем все свои торговые черты и первоначальный торговый вид. Скорее наоборот: заимствованный предмет гражданским правом всегда «обтесывался», «обрабатывался», приспособлялся под его собственные цели и задачи. В результате такой «обработки» некоторые предметы заимствования меняли свои очертания буквально до неузнаваемости: мало кто сейчас готов связывать нынешние *эксклюзивные условия договоров* с торговыми монополиями средневековых квазигосударств и создаваемых под их патронажем первых торговых домов и компаний; *исключительные права авторов и изобретателей* — с привилегиями первых типографщиков и издателей; *права на средства индивидуализации* — с чисто техническими средствами борьбы со всеобщей средневековой безграмотностью, помноженными на теорию и практику поддержания общественного гражданского мира — охраны спокойствия и порядка. Впрочем, осталось немало и таких институтов, «торговая» природа которых и сегодня, что называется, режет глаз — *торговые обычаи, деловые обыкновения, обычная цена, «заморская» (международная) продажа товаров* (т.е. продажа на условиях FOB, FAS, CIF и пр.), *поставка, кредит, агентирование, коммерческая концессия, страхование, фрахтование, общая авария, абстрактные убытки* и т.д.

Наконец, могло различаться и **влияние произведенного заимствования** на внутренний состав самого гражданского права и его систематику. Тут наиболее впечатляющими являются следующие варианты:

— в одних случаях новые нормы (конструкции, институты и т.д.) *заполняли собой пустоты (пробелы)* — так в гражданском праве появились сперва почти все современные *договоры*, позднее — «торговые» *суррогаты залога, подряда, хранения*

и перевозки (иррегулярные договоры), а еще позднее — и «торговые» суррогаты владения, в роде товарораспорядительных (как бы оборотных) документов. Именно этот результат обычно имеют в виду, когда рассуждают о коммерциализации как пути преодоления таких недостатков гражданского права, которые кое-где в течение какого-то времени заставляют его делить место под солнцем со своим «помощником» — торговым (коммерческим) правом, — но ровно до тех пор, пока оно наконец не разовьется и не усовершенствуется настолько, что перестанет в этом помощнике нуждаться. Но такое влияние никогда не было ни единственным, ни даже главным, определяющим, поскольку...

— ...в других случаях заимствованный «коммерческий» предмет *встраивался в ряд цивилистических субстанций, с ним смежных или сходных*: именно так рядом с древнейшей манципацией потихоньку пристроилась и до поры до времени параллельно существовала *стипуляция*, так же как потом рядом с этой последней некоторое время мирно уживалась *простая письменная форма сделки*. Интересно то, что само такое встраивание могло быть как *более*, так и *менее* органичным: та же простая письменная форма настолько органично вписалась в учение о сделках, что как будто там всегда и была; а вот как разместить в цивилистической системе, скажем, *срочные сделки, векселя, чеки, какую-нибудь деловую репутацию, преддоговорную ответственность, существенное изменение обстоятельств* или *форс-мажор*, до сих пор не очень-то и понятно;

— в третьих случаях торговые нормы и институты *замещали собой феномены собственно-гражданского происхождения, вытесняя («выдавливая») их с бывших мест* (именно так поступила в конце концов *стипуляция*, полностью вытеснившая манципацию, которая затем и сама была вытеснена простой *письменной формой сделки*; так римское процессуальное «заместительство» было вытеснено сперва

материальной делегацией, а затем эта последняя — *уступками и переводами требований и долгов*, впоследствии — с переходом к капиталистической рыночной экономике — *облеченных в формы оборотных документов*);

— в четвертых случаях они *становились примером, образцом или моделью, глядя на которые гражданское право «сооружало» себе что-то похожее, но все-таки свое, собственное*. Именно так — т.е. по образу и подобию товариществ торговых — гражданское право сконструировало себе институт *товарищества простого* — общегражданского; именно так оно «подглядело» у торгового идею *кодификации*; именно из учения о *торговой несостоятельности* и конкурсном процессе оно «сочинило» и *бытовую несостоятельность*, и институт распределения (ранжирования) кредиторов и требований по *очередям* и т.д.

Наблюдение за коммерциализацией гражданского права как конкретно-историческим процессом позволяет открыть целый ряд *закономерностей*, по которым он совершается.

Так, не подлежит сомнению, что этот процесс является *универсальным и непреходящим*: он происходит *везде, где существует гражданское частное право*. Объяснение этому, кажется, лежит на поверхности: если верно, что торговое (коммерческое) право представляет собой (по единодушному мнению П.П. Цитовича, Г.Ф. Шершеневича и всех других наших коммерциалистов-классиков) *«юридическую сторону капитализма», рынка, конкуренции*, то *коммерциализация гражданского права неизбежна в каждом обществе, допускающем* (хотя бы и только в отдельных, весьма узких, сферах и в самой незначительной степени) *капиталистические отношения*. Даже римское военно-помещичье и средневековое феодально-натуральное хозяйства — бесконечно далекие от капитализма! — допускали его *элементы*, в том числе главный из них (*обмен*) — в результате и там и там уже существовало торговое право! Ну а о хозяйстве, где капитализм *господству-*

ет, нечего и говорить. «Для частного права **капиталистических** государств вообще характерен дуализм безотносительно к тому, получил ли он внешнее выражение в форме существования отдельных гражданского и торгового кодексов или же существует в скрытом виде в форме единого гражданского кодекса»². Совершенно верно, но почему так? Если дело не в кодексах, то в чем? В **капиталистической организации** частного хозяйства. Укрепление элементов капитализма, их проникновение и внедрение в наиболее глубокие социальные «поры», вплоть до самых основ социального устройства; их распространение вширь, на все новые и новые области общественных отношений, — все эти процессы постепенно завершаются созданием **торговли как средства заработка и сферы первоначального накопления капитала**. Достижение этого результата не просто усугубило коммерциализацию права, но к концу Средних веков превратило ее из процесса прежде робкого, неверного и малозаметного в бурный, лавинообразный поток, в определяющее течение всего правового развития. Везде, где наличествуют хотя бы какие-нибудь — пусть самые минимальные, робкие, слабые, неудобные, сомнительные, подмятые разными иными началами и даже прямо незаконные! — зачатки капитализма, непременно будет происходить «капитализация» (сиречь, коммерциализация) права, и не *одного только гражданского* — так капитализм *живуч* и так *заразен*.

Но дело не только в живучести и заразности капитализма. За все те века и тысячелетия, в течение которых ему приходилось существовать на социально-экономических задворках в придавленном, полумертвом состоянии, выживая буквально вопреки всему — от первобытной взаимной враждебности представителей разных родов, племен и народов до отсутствия самой минимальной торговой инфраструктуры и уверенности в завтрашнем дне, — капитализм сделался еще

² Яичков К.К. Вступительная статья // Единообразный торговый кодекс США : пер. с англ. М., 1969. С. 20.

и в высшей степени изворотливым и изобретательным. Отсюда его, *по-видимому, безграничные творческие возможности, являющиеся истоком для все время обновляющегося, развивающегося и обогащающегося торгового права*. Как бы широко и интенсивно ни был поставлен процесс коммерциализации гражданского права, сколько бы коммерческо-правовых институтов ни вливалось в право гражданское, их животворящий поток неиссякаем и неисчерпаем. «Благодаря главным образом действию обычая торговое право скорее поспевает за развитием общественного быта. Отсюда его *творчество*; оно создает такие институты, которые чужды гражданскому праву, долго развивает их независимо (если не вопреки) от гражданского права и затем нередко *сдаст их уже готовыми последнему*»³. «Таков характер торгового права, возбуждающий симпатию со стороны экономического оборота и дающий ему *значительное превосходство над устаревшим и неподвижным гражданским правом*»⁴. «Бурные воды Арвы вливаются в голубые волны Роны и сливаются с ними, но на место влившихся появляются с гор новые. Новые торговые законы всегда будут иметь место, но также всегда будут входить постепенно в общегражданские, заменяясь новым притоком торговых законов»⁵. Такова вторая важнейшая закономерность предмета нашего рассмотрения — коммерциализации.

Очевидно также и то, что *чем более специальным, законченным, укоренившимся в торговле был тот или иной предмет* (норма, институт, конструкция и т.д.), *тем сложнее и дольше шло его заимствование; тем уже были пределы его применения и тем больше гражданскому праву приходилось трудиться, приспособлявая его под себя*; но если эти труды в конечном счете приводили к успеху, то *тем большие изменения приходилось пре-*

³ Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. Киев, 1886. С. 6; Цитович П.П. Учебник торгового права. Вып. I. СПб. — Киев, 1891. С. 10, 11.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Система торговых действий. Казань, 1888. С. 83, 98.

⁵ Гордон В.М. Дух законов торговых. Харьков, 1924. С. 17.

терпевать гражданскому праву. В то же время чем более развитым был капитализм, чем глубже было его проникновение в общественное устройство и чем больше сфер он собой захватывал, тем процесс коммерциализации гражданского права совершался скорее: даже сугубо торговая специфика заимствований не становилась для того серьезным препятствием. При рабовладельческом и феодальном строе ростки капитализма слабы, робки и малочисленны; таков же и процесс коммерциализации: он точечный, предельно осторожный, конформистский и очень неспешный. О том, что с эпохой нового времени дело начинает обстоять прямо противоположным образом, нечего и говорить: о том, как в ходе своего «триумфального шествия» торговое право подмяло под себя не только торговлю и обрабатывающую промышленность, но и горное дело, сельское хозяйство, банкинг, страхование, хранение, перевозку, издательство, инновации, а напоследок еще и концертно-зрелищные мероприятия, не написал разве только ленивый. Соответственным образом как по волшебству преобразовались гражданские кодификации и обязательственные законы, наполненные прежде невиданными, никогда не разбиравшимися в рамках гражданского права, институтами. Сколько же времени продолжалось пресловутое «шествие»? С середины XIX в. по начало XX в., т.е. немногим более полувека. Шествие, стало быть, оказалось не просто *триумфальным*, но и *стремительным*. Отчего же? Оттого что происходило оно не в военно-помещичьем рабовладельческом Риме и не в натурально-хозяйственном феодальном Средневековье, а в условиях рынка, конкуренции, капитализма.

II. Значительно меньшее внимание уделяла наша наука феномену противоположному — *феномену изменения коммерциалистики под влиянием гражданского права и гражданско-правовой науки* — феномену, который следовало бы назвать **ЦИВИЛИЗАЦИЕЙ ТОРГОВОГО ПРАВА**. Само это явление в нашей

литературе отмечалось буквально единицами; и это очень странно, если иметь в виду, что, во-первых, концепция, представлявшая торговое право *частью гражданского*, русским ученым была отлично известна⁶ и что, во-вторых, тезис, согласно которому *«коренные институты торгового права вообще те же, что в гражданском праве»*⁷, был выдвинут еще П.П. Цитовичем в его самых первых лекциях по предмету и принимался, кажется, всеми нашими коммерциалистами, что называется, по умолчанию, как сам собою разумеющийся. Вдвойне странно то, что в тех нечастых (прямо скажем: редких) случаях, когда феномен цивилизации торгового права все-таки пытались отметить и описать, почти никто не делал этого *правильно*.

Вот один пример такого — несколько странного, не соответствующего ни исторической практике, ни существу дела — описания: *«Происходя от гражданского права и постепенно обособляясь от него [?! — В.Б.], торговое право приобретает характер исключений из общего гражданского права; но внутренняя связь между ними не прерывается: разница лишь в подробностях; принципы права одни и те же. Эта внутренняя связь наводит на мысль о слитии институтов торгового и гражданского права; но такая мысль может быть допущена лишь в абстракте, действительное же ее осуществление не оправдывается ни практическими, ни теоретическими соображениями»*⁸. Если верна первая часть утверждения, согласно которому торговое право «происходит от гражданского», то, очевидно, никак не может быть верна заключительная: зачем нужно «слитие» того, что изначально и так было «слито»? Наоборот: о «слитии» чего-либо можно рассуждать лишь

⁶ Именно на этой концепции, притом с привлечением колоссального количества именно гражданско-правового материала, написаны самые известные у нас пособия по нашему предмету — курс и учебник торгового права Габриэля Феликсовича Шершеневича.

⁷ Цитович П.П. Лекции по торговому праву. Вып. I. Одесса, 1873. С. 5.

⁸ Башилов А.П. Русское торговое право. Вып. I. СПб., 1887. С. IV.

тогда, когда «сливать» предстоит два предмета *различного* происхождения. Главное же: если торговое право и вправду происходило от гражданского, то для чего же гражданское в последующем принялось коммерциализироваться? Зачем ему было бы вбирать в себя нормы, институты и конструкции, которые... в рамках самого же гражданского права и возникли?

Несколько более — хотя все-таки тоже не вполне — правильной является следующая характеристика: «В торговом праве, как и в праве частном, положения о лицах, предмете, сделках исходят из общих учений о том же гражданского права <...> *Торговое право при всей его особенности покоится на основаниях гражданского права.* Поэтому торговые уставы своим содержанием далеко не исчерпывают всех вопросов торгово-правовых отношений. <...> *Торговые уставы суть сборники правил, лишь торговле свойственных, отклонений от начал общегражданских правоположений.* [Если] нет необходимости в таких отклонениях, то данный вопрос и не затрагивается в торговом праве, так как к нему прилагается начало гражданского права <...> если не применяется торговый обычай <...> С другой стороны, *в гражданских кодексах часто говорится <...> по поводу отдельных законоположений, что для торговли принято иное правило. Значит, в остальном положения одни и те же для гражданских и торговых отношений <...> Частное торговое право, в отношении к праву общегражданскому, имеет значение дополняющее, изменяющее и утверждающее его сообразно потребностям и условиям торгового оборота»⁹. Из этой обширной цитаты хорошо видно, что тезис о встречном влиянии гражданского права на торговое касается, во-первых, *только современности*, т.е. ситуации, в которой гражданское право является достаточно полным, развитым, систематическим и (главное!)*

⁹ Азаревич Д.И. Очерки по торговому праву. Вып. I. Введение. Варшава, 1897. С. 31, 32.

уже *значительно коммерциализированным* (рыночным, капиталистическим), во-вторых, не столько самого *права*, сколько *законодательства*, а в-третьих, он актуален *только для такого гражданского права, которое, помимо всего прочего, уже стало предметом научного осмысления и научной обработки*, принесших существенные позитивные результаты. Иначе *что* было заимствовать-то: неужели то самое, что попало в состав гражданского права в ходе его коммерциализации, т.е. из самого торгового права?

Вот третье описание феномена цивилизации, также приближающееся к истине, но ее все-таки не достигающее. «*Заимствуя из гражданского права все основные понятия и даже целые институты [?! — В.Б.], торговое право приспосабливает их [!] к потребностям торгового оборота. <...> Все <...> особенности торгового права объясняются, с одной стороны, тем, что торговый оборот <...> представляется всегда организованным, ибо торговая деятельность есть деятельность профессиональная; с другой стороны, торговый оборот много подвижнее и энергичнее гражданского; насколько гражданский оборот не податлив на новшества, настолько торговый оборот восприимчив к непрерывному правообразованию; насколько гражданский оборот национален, настолько торговый оборот космополитичен; короче, *торговый оборот есть по преимуществу прогрессирующий элемент частного юридического быта*»¹⁰. Конечно, никаких институтов торговое право из гражданского не заимствует и к своим потребностям не «приспосабливает» — дело происходит (как мы только что видели) ровно наоборот: и заимствует институты из торгового, и подстраивает их под себя, право гражданское. Но после того как это произошло (т.е. опять-таки после того как гражданское право достигает *известного, более-менее высокого уровня**

¹⁰ Адамович В.И. Конспект лекций по торговому праву. СПб., 1898. С. 6–7 ; 1899. С. 5.

развития), оно начинает предпринимать попытки сперва *постепенно сократить вотчину действия права торгового*, а потом... и *вовсе избавиться от него*: зачем, мне, дескать, торговое право, когда я уже «наполнилось» и «развилося» настолько, что вполне могу справиться со всем самостоятельно? Да, конечно, ни это «наполнение», ни это «развитие» не состоялись бы без только что описанного процесса коммерциализации, т.е. при непосредственном деятельном участии *торгового права*, но... рассуждения об одной только «благодарности» тут — во взаимоотношениях не людей, а правовых сфер — вряд ли уместны. К тому же торговое право было все-таки *далеко не единственной силой*, продвинувшей гражданское право на новый (высокий) уровень: как минимум не меньшее значение тут имели и его *научная обработка*, и *судебная практика* его толкования (применения).

Таким образом, *гражданское право Нового времени*, т.е. *гражданское право*, если можно так выразиться, «*оперившееся*», — *достижение в ходе своей коммерциализации, практического применения и* (главное!) *научной обработки относительно высокого уровня содержательного наполнения, систематической внутренней организации и удобного внешнего оформления — ощущает себя способным*, с одной стороны, *к тому, чтобы нормировать уже не одни только бытовые, но и любые вообще (!) частные имущественные отношения, в том числе торговые*; с другой — *способным к тому, чтобы поделиться с коммерциалистикой своими научными достижениями*. В одних случаях (очевидно, там, где действуют торгово-правовые феномены, вошедшие в цивилистику в своем «чистом» торговом виде или с минимальными отступлениями) эти претензии (притязания) подкрепляются его реальными возможностями — и в таком случае торговцы (коммерсанты) не только не имеют ничего против регулирования их отношений гражданским правом,

но и с большой для себя выгодой пользуются им. В других — очевидно, там, где бывшие торгово-правовые субстанции оказываются обтесаны цивилистикой излишне сильно, там, где их бывшая торговая суть оказывается выхолощенной — гражданско-правовое регулирование становится для торговли неприемлемым: торговцы в лучшем случае только *делают вид*, что руководствуются гражданским правом, а в худшем *и знать о его существовании не хотят*.

«Цивилизационное» влияние современного, развитого, коммерциализированного уже гражданского права на торговое проявляется также на уровне *одноименных наук и их преподавания*. С.Ю. Филиппова верно отмечает, что *«коммерческое право постоянно учитывает все достижения догматической части гражданского права и использует их при разработке рекомендаций и выводов по наиболее эффективному регулированию торговой деятельности»*¹¹ и что *«это видно из того, в частности, обстоятельства, что ученые, внесшие существенный вклад в развитие науки торгового права, как правило, известны также и своими работами в области права гражданского»*¹². Не нуждается в особом разъяснении и доказывании такое всем известное ныне существующее положение вещей, при котором целый ряд вопросов и проблем, по самой своей сути входящих в предмет коммерческого права, преподается в рамках права гражданского — достаточно вспомнить, например, учение о *хозяйственных (прежде торговых) обществах и товариществах*.

III. Какую же **общую оценку** надлежит дать феноменам (явлениям, процессам) *коммерциализации гражданского права*, с одной стороны, и *цивилизации торгового права*, с другой? Какое *влияние* на состояние правового регулирования в обществе оказывает сегодня *каждый из них*? Каков *эффект их*

¹¹ Коммерческое право : учебн. / под ред. Е.А. Абросимовой, В.А. Белова, Б.И. Пугинского. М., 2022. С. 41.

¹² Там же. Сноска 1.

совместного действия в современном праве? К каким *частным результатам* они приводят? О чем *свидетельствуют*?

Прежде всего, стоит указать на то, что явление коммерциализации гражданского права и его результаты у нас обычно оценивают явно предвзято и оттого неправильно: почему-то считается, что оно ведет к **слиянию торгового права с гражданским**, притом в форме «*растворения*» первого в последнем, *поглощения* торгового права гражданским, словом, в форме, непременно ведущей к **прекращению существования торгового права**. «В отечественном правовом порядке *коммерческое (торговое) право следует рассматривать в качестве подотрасли (составной части) гражданского права*¹³; «*институты “коммерческого права” входят в содержание гражданского права, имея бесспорную частноправовую природу, и не обособлены ни в систематизационном, ни в законодательном отношении*»¹⁴. Но почему? Откуда берется «сакральное» знание, согласно которому нынешнее право, *называемое гражданским*, соответствует вот этому своему наименованию по *содержанию и сути*? Как ни странно, но... с потолка, ибо вопрос о том, **что же в действительности представляет собой современное** — до мозга костей *коммерциализированное!* — *частное право*, наши цивилисты попросту не обсуждают. Почему же? Потому что если его обсудить, то обнаружится, что по самым скромным оценкам — 60%, а по «нескромным» — так и все 80% его норм, институтов, конструкций, подотраслей и даже принципов **заимствованы из торгового (коммерческого) права** и к праву *гражданскому* отношения не имеют. Правильно ли такое право продолжать именовать *гражданским*? Вопрос риторический. Тем, кто считает, что все-таки правильно, надо выдать 60–80% зарплаты не деньгами, а резаными бумажками — может быть, это заставит их смотреть на вещи хоть чуточку более

¹³ Российское гражданское право : учебн. / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. Т. I. М., 2011. С. 62.

¹⁴ Гражданское право : учебн. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд. Т. I. М., 2019. С. 37.

объективно. Самым точным названием *такого* частного права будет, конечно же, вариант **«гражданское и торговое»**; таким же должно быть и наименование нынешних *кодексов*, лишь по традиции называемых *гражданскими*, но по сути уже давно *гражданских и торговых*¹⁵; Гражданский кодекс Российской Федерации не исключение, ибо **гражданским** он не был ни единой секунды — всегда **гражданским и торговым**. А с учетом последних (внесенных Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации») изменений и дополнений, «во многом представляющие собой заимствования (причем зачастую дословные) из широко известных в коммерческом праве актов NLM (в особенности из Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010)»¹⁶ — **торговым и гражданским**.

Таким образом, гражданское право, подвергаящее себя коммерциализации чуть ли не с восторгом и упоением, совершенно не замечает, что в результате оно вовсе не поглощает и не «растворяет» в себе коммерческое право, но *утрачивает... собственное гражданское содержание, теряет самое себя*. Что же нужно было бы сделать, чтобы добиться столь желаемого некоторыми нашими ортодоксальными цивилистами *противоположного* результата, т.е. *действительно уничтожить* коммерческое право? Прочитанное вполне позволяет ответить на этот вопрос: **не гражданское право следует коммерциализировать, а коммерческое право — цивилизовывать**, дав в руки коммерсантам *гражданское право столь совершенное*, — профессиональное, гибкое, полное и притом чрезвычайно детализированное, — *чтобы коммерсанты предпочли его своему собственному, торговому*. Может ли это когда-нибудь прои-

¹⁵ Именно так на протяжении вот уже почти столетия называется частноправовой кодекс Таиланда (1925), а с недавних пор (2014) и национальный частноправовой кодекс Аргентины.

¹⁶ Коммерческое право : учебн. С. 41.

зойти? Судя по тому — социально-публичному — направлению, в котором сегодня развивается *российское* гражданское право, а также и тому, что *основным источником содержательного обогащения гражданского права до сих пор всегда (!) было право торговое*, но *никогда не было наоборот*, вряд ли. Разве только появится еще какой-то источник, обогащающий собой гражданское право, иной, кроме торгового? Но ни одного конкретного претендента на эту роль пока нет.

Есть повод положить еще и следующий вопрос: *а имеется ли вообще какой-нибудь смысл в подобной постановке задачи: добиться «растворения» торгового права в гражданском или, наоборот, гражданского — в торговом?* Всякая наука лишь тогда наука, когда она опирается на факты, а не искажает, не подтасовывает, не замалчивает, не подгоняет их под заранее известный ответ или предпочтительную схему; В.И. Ленин совершенно правильно говорил, что насилие над фактами — плохой научный прием. В чем заключаются факты — в коммерциализации гражданского права, с одной стороны, и в цивилизации торгового, с другой, мы уже описали. О чем же они свидетельствуют? О том, что ***гражданское и торговое право являются абсолютно равноправными компонентами частного права, о том, что они в равной мере необходимы для существования друг друга.*** Допустим, цивилизуем мы торговое право — что произойдет? Гражданское право остановится в своем развитии. Допустим, мы, наоборот, совершенно коммерциализируем гражданское право, не оставив в нем ни единого цивилистического элемента, — чего мы добьемся? Того, что торговое право, предоставленное самому себе, развалится, утратив системное начало, четкость и изящество формы, научный подход к изучению, толкованию и применению.

Думается, что на этом следует согласиться и приостановиться. Факты никого не могут оскорблять или обижать —

они просто *таковы* и с ними *просто нужно считаться*. «В основных западноевропейских правовых порядках в составе *частного права* стали различать также и **торговое** право <...>. С появлением такого дуализма (двойственности) **частного** права понятие **гражданского** права приобрело *более узкий смысл*: его *перестали отождествлять с частным правом в целом*. Поэтому в современной трактовке **частное** право представляет собой более широкую категорию, чем собственно **гражданское** право, хотя *последнее, несомненно, составляет его главное содержание*»¹⁷. Совершенно справедливо (если не принимать во внимание несколько неточного финала): **торговое право находится внутри частного, но рядом с гражданским**. «**Торговое и гражданское право, будучи отделами одного и того же частного права, каждое заведует особою отраслью человеческой деятельности**. Первое имеет дело с *организацией и сделками, торговле свойственными*, вторая — с *частными институтами общегражданской жизни*. Отсюда — **необходимая самостоятельность в положениях того и другого права**»¹⁸.

Ну а как быть с систематикой уложения и кодексов? Должен ли существовать **один единый кодекс**, как бы его ни называть (гражданским ли, гражданским и торговым, частным, имущественным и пр.), или же **два различных** — один *гражданский* и один *торговый*? Вопрос нельзя не продолжить: но почему же **только два**? Разве нельзя сформулировать вопрос шире и обсудить столько кодексов, на сколько фрагментов разделяется современное частное право? При этом если разделение частного права будет выполнено более, чем по одному критерию, то потребуются **кодексы... разного уровня!** Отличный пример — Швейцария и страны, следующие этому примеру, вынесшие в особые законы (кодексы)... **договорно-обязательственное** право! Почему же именно его? А потому, что

¹⁷ Гражданское право : учебн. С. 26, 27.

¹⁸ Азаревич Д.И. Указ. соч. С. 33.

оно, как кажется, и вправду в равной мере общее и для гражданского, и для торгового оборота; что же касается иных институтов, то место им — либо в *гражданском уложении*, либо в *специальных законах по отдельным институтам торгового права*. Наконец, вопрос можно развернуть и в другую плоскость: *а так ли уж необходимо вообще иметь хоть какие-нибудь кодексы?* Хорошо известно, что Англия (а по ее примеру и еще более 80 стран) не имеет и не имела никогда ни гражданского, ни торгового кодекса, но значит ли это, что она живет и без одноименных областей объективного права? Ни в коем случае, хотя взаимодействие их там традиционно строится иначе, чем в странах континентальной Европы и у нас в России.

Сказанное означает, что вопрос о *праве* не следует смешивать с вопросом о *кодексах*. Это два разных вопроса, подлежащие решению исходя из разных соображений. И дело тут не только в том, что *право* не должно и не может сводиться к *кодексам*, а монизм или дуализм частного *права* определяться монизмом или дуализмом *кодексов*: кодекс может быть и один, но по своему содержанию быть в одно и то же время *и гражданским, и торговым*. Типичный пример — как уже говорилось — ГК РФ; другой (не менее известный) — ГК Италии 1942 г., который «наряду с чисто гражданско-правовыми нормами содержит многочисленные специальные нормы торгового права, не применимые к обычному гражданскому обороту, которые до его принятия входили в содержание торгового кодекса»¹⁹. Третий пример — только что упомянутый Швейцарский обязательственный закон (1881/1911 гг.), заключающий в себе в равной степени и *гражданский*, и *торговый*, и даже *универсальный* — в равной степени касающийся и *быта*, и *оборота* — материал. Заявления типа «одни страны приняли у себя два кодекса и таким образом *создали* дуализм частного права, а другие ограничились одним, *создав*, таким образом,

¹⁹ Яичков К.К. Указ. соч. С. 20.

его единство» — заявления, свидетельствующие о полном непонимании ситуации. Дуализм или монизм *права* невозможно *создать*, тем более таким — чисто техническим — шагом, как принятие *двух* кодексов или *одного* кодекса. Как было показано выше, ***дуализм частного права — явление объективное и всемирно-универсальное, ставшее продуктом его многовекового развития.*** Долгое время главным вектором такого развития была *коммерциализация гражданского права*; в течение примерно последних полутора веков обнаруживает себя и другой (встречный) вектор — *цивилизация права торгового*. Развитие это никак не связано ни с самим *наличием* кодексов, ни с их *количеством*; кодексы тут совершенно ни при чем.

Но ничуть не менее важным является и другой момент: *не следует переоценивать и обратное влияние — системы права на систему кодексов.* То, что дуализм гражданского и торгового права — явление объективное и всемирно-историческое, еще не означает, что все страны должны взять под козырек и по команде принять два кодекса. Почему же? Потому что исторический опыт показывает, что вопрос наличия и числа кодексов, равно как и их соотношения между собой (т.е. вопрос о критериях распределения кодифицируемого материала) — это вопрос в конечном счете исторических традиций, представлений об удобстве пользования и... стечения более-менее случайных обстоятельств. Да-да, роль последних (несмотря на их «случайность») отнюдь не случайна и порою бывает весьма велика. Дуализм наполеоновских кодексов (1804 и 1807 гг.) стал в наибольшей степени *следованием традиции*: никто не понял бы французских парламентариев, предложи они знаменитые Ордонансы о сухопутной (1673) и о морской (1681) торговле «затолкать» внутрь гражданского кодекса. Общегерманское торговое уложение 1861 г. родилось как *инструмент политического объединения германских земель*; пара первых итальянских уложений — гражданского и торгового (1865) — как

инструмент политического объединения итальянских королевств; приснопамятный ШОЗ (1881)²⁰ — как *инструмент объединения швейцарских кантонов*. Мало кто помнит сейчас, что если бы не случилось наполеоновского нашествия, то в 1815 г. Российская империя вступила бы... с парой кодексов — гражданским (1812) и торговым (1814). А если бы история отпустила немного больше времени, то к 1917 г. мы бы имели... пятую часть Гражданского уложения, действующую как закон, отдельный от всего остального Уложения, т.е. по существу как ближайший аналог Швейцарского обязательственного закона. И так далее.

В сухом остатке получается следующее. Гражданский кодекс Российской Федерации — акт, конечно же, достойный всяческого внимания и совершенствования по многим направлениям. Но приносить его в жертву, «расчлняя» на два кодекса — «вырезая» из него «торговый» материал и составляя из него отдельный акт, — *просто во имя соответствия многовековой истории коммерциализации гражданского права* совсем не обязательно. И ученые, и практики, и даже студенты *давно и прочно привыкли* к тому, что особого торгового кодекса у нас нет и никогда не было — стоит ли ломать эту привычку? Точно также всем кажется, что *один кодекс — это рационально и удобно*; — да и слава богу! Нужно ли с этим спорить? Думается, что нет. Вполне достаточно просто помнить о том, что ***Гражданский кодекс Российской Федерации только называется гражданским, по существу же представляя собой акт комплексный — гражданский и торговый. Или торговый и гражданский — кому как больше нравится.*** Ну а заявления типа «раз у нас один кодекс (гражданский), то и право одно (гражданское)»; «никакого торгового права

²⁰ По своей изначальной задумке бывший, вообще говоря, торговым кодексом и превратившийся в договорно-обязательственный закон только из-за специфической формулировки новой Конституции Швейцарской конфедерации (1873). Очередная случайность? Да, конечно. Но она — как раз из тех случайностей, которые являются проявлением закономерности.

у нас нет, потому что нет торгового кодекса» и т.п. должны служить поводом не только к снижению отметок студентам, считающим их правильными, но и к тому, чтобы повнимательнее присмотреться к делающим их преподавателям.

Литература

1. Адамович В.И. Конспект лекций по торговому праву / В.И. Адамович. Санкт-Петербург, 1898. 328 с.
2. Азаревич Д.И. Очерки по торговому праву. Вып. I. Введение / Д.И. Азаревич. Варшава, 1897. 88 с.
3. Башилов А.П. Русское торговое право. Вып. I / А.П. Башилов. Санкт-Петербург, 1887. 275 с.
4. Гордон В.М. Дух законов торговых / В.М. Гордон. Харьков, 1924. 18 с.
5. Гражданское право : учебник / ответственный редактор Е.А. Суханов. 2-е издание. Том I. Москва, 2019. 520 с.
6. Коммерческое право : учебник / под редакцией Е.А. Абросимовой, В.А. Белова, Б.И. Пугинского. Москва, 2022. 590 с.
7. Цитович П.П. Лекции по торговому праву. Вып. I / П.П. Цитович. Одесса, 1873. 168 с.
8. Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права / П.П. Цитович. Киев, 1886. 248 с.
9. Цитович П.П. Учебник торгового права. Вып. 1. / П.П. Цитович. Киев ; Санкт-Петербург : Н.Я. Оглоблин, 1891. 300 с.
10. Шершеневич Г.Ф. Система торговых действий / Г.Ф. Шершеневич. Казань, 1888. 246 с.
11. Яичков К.К. Вступительная статья / К.К. Яичков // Единый торговый кодекс США / перевод с английского. Москва, 1969. С. 5–24.

Никитин Валерий Владимирович,
доцент кафедры конституционного и муниципального права
Юридического института имени Ю.П. Новицкого
Костромского государственного университета,
кандидат экономических наук
venik2206@yandex.ru

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИНФОРМАЦИОННЫХ ХАРАКТЕРИСТИК ИЗДЕЛИЙ И ФАКТОРОВ ТОВАРА

В статье рассматривается необходимость научного переосмысления в рассмотрении имеющихся и используемых сегодня информационных характеристик изделий и факторов товара. Это должно помочь потребителю определиться в выборе и покупке изделия, а производителю и продавцу активизировать продвижение товара на рынке. Современные законодательные правила должны отражать и учитывать это в товаросопроводительных документах и другой документации, сопровождающей движение различных групп товаров в товарообороте, торговой, коммерческой деятельности и при реализации товара.

Ключевые слова: товар, продвижение товара, информация о товаре, товаросопроводительные документы, товарооборот, товарные рынки, информационные характеристики и факторы товара, ценность, полезность изделия товара, потребительские свойства товара, восприятие товара, принцип ассоциаций и образов, документация о товаре, разработки законодательных норм и правил о товаре, товарный знак, венчурные кампании.

Nikitin Valery Vladimirovich,
Associate Professor of the Department
of Constitutional and Municipal Law
Law Institute named Yu.P. Novitsky
of the Kostroma State University,
PhD (Economic)

CURRENT PROBLEMS OF INFORMATION CHARACTERISTICS OF PRODUCTS AND FACTORS OF GOODS

The article discusses the need for scientific rethinking in considering the information characteristics of products and product factors that are available and used today. This should help the consumer decide on the purchase of the product, and the manufacturer and the seller should activate the promotion of the product on the market. Modern legislative rules

should reflect and take this into account in the commodity nomenclature and documentation accompanying the movement of various groups of goods in trade, trade and commercial activities.

Keywords: product, product promotion, product information, shipping documents, trade turnover, commodity marketski, information characteristics and product factors, value usefulness of a product product, consumer properties of a product, acceptance of goods, the principle of associations and images, documentation of vare, development of legislative norms and rules about the product, productsign, venture campaigns.

Объективно происходящие в обществе и экономике процессы обязательно должны отражаться в законодательных правилах поведения. Развитие и совершенствование в России рыночных отношений в условиях усиления внешних вызовов и совершенствования отечественного законодательства актуализируют вопросы, связанные с продвижением товара на отечественных рынках. Предприниматели, самостоятельно ведущие определенную коммерческую деятельность в соответствии с существующим законодательством, приобретают и осуществляют юридические права, соответственно, несут и исполняют принятые или возложенные на них обязанности и, руководствуясь основной целью извлечения максимальной прибыли для повышения эффективности (отдачи) от своей деятельности, обязаны безукоризненно соблюдать правила и требования закона, не нарушая права и законные интересы иных, в том числе третьих, лиц¹.

Все хозяйствующие субъекты, подготавливая новые товары к реализации на рынке, сегодня сталкиваются с целым рядом проблем. Некоторые проблемы правового характера, такие как регистрация и использование торговой марки и обозначе-

¹ Никитин В.В., Ярмолич И.А. Защита прав предпринимателей в современной России // Сб. науч. тр. XI Междунар. науч.-практич. конф. «Актуальные проблемы теории и истории права и государства на современном этапе». Кострома, 2015. С. 113–116.

ний на товарных знаках², по мере их появления выявляются, преодолеваются и определенным образом решаются. Однако существуют и другие трудности, связанные со сбытом товара, которых избежать гораздо сложнее. Это значительно обостряет неумение отечественного предпринимателя ориентироваться в лингвистических, психологических, социологических и других аспектах современных торговых знаков товаров и различиях в способах их восприятия покупателем, потребителем, понимании их назначения выгод, тем более полезных потребительских свойств (иногда и безопасности) при их употреблении и применении.

Сбыт новых изделий, или первое знакомство с товаром нового покупателя, всегда имеет свои сложности. Это осуществлять еще сложнее, когда изделию еще не присвоено родовое наименование, которое, в принципе, законом не охраняется. В каждой стране правовые нормы по-разному защищают владельцев и продавцов товаров от нарушения их прав третьими лицами. Большинство коммерческих требований составляют суть правовых норм страны. Много вопросов и в современной России, например при создании нового товарного знака и тем более его регистрации, особенно при наличии и существовании товаров субституттов или схожих по своим потребительским свойствам и качествам. При прочих равных условиях здесь могут появиться ряд ограничений для разработки новых товарных знаков.

² Согласно определению в ст. 1477 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (СПС «КонсультантПлюс») товарный знак и знак обслуживания — это зарегистрированные в установленном порядке обозначения, служащие для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями. Он может быть в виде слова, слогана, рисунка, этикетки и т.д., может быть размещен на самом товаре, этикетках, упаковках этих товаров, фирменных бланках, вывесках, рекламных материалах. Часто используемые похожие понятия, такие как торговая марка, торговый знак, логотип, фирменная эмблема, фирменный знак, бренд в отечественном российском законодательстве отсутствуют. Юридически верно называть эти термины товарным знаком.

Согласно ГОСТу Р 51303-2013³ товар⁴ — объект гражданских прав (работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или любого другого введения в оборот. Согласно Налоговому кодексу Российской Федерации (часть первая, ст. 38) товаром⁵ для целей настоящего кодекса признается любое имущество, реализуемое либо предназначенное для реализации. В целях регулирования отношений, связанных с взиманием таможенных платежей, к товарам относится иное имущество, определяемое в соответствии с таможенным законодательством ТС и законодательством РФ о таможенном деле (*пункт в ред. Федерального закона от 27 ноября 2010 г. № 306-ФЗ «О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и Закон Российской Федерации “О налоговых органах Российской Федерации”*⁶).

Все документальное оформление производства, продвижения, поступления, потребления и переработки товара имеет у нас нормативно закрепленное определение. Это имеет законодательное и договорное регулирование, предусмотренное действующими техническими условиями, условиями поставки, договорами купли-продажи и инструкциями о порядке приемки товаров народного потребления по количеству, качеству и комплектности. Нет смысла здесь все это перечислять

³ ГОСТ Р 51303-2013. Национальный стандарт Российской Федерации. Торговля. Термины и определения (утв. Приказом Росстандарта от 28.08.2013 № 582-ст) (ред. от 30.09.2022) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи с соблюдением правил, предусмотренных статьей 129 настоящего Кодекса. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 08.07.2021) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2022) // СПС «КонсультантПлюс»; Товар — объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ (ред. от 11.06.2022) «О защите конкуренции» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Налоговый кодекс Российской Федерации. Части первая и вторая. М. : Проспект, 2022. 1232 с.

⁶ Федеральный закон от 27 ноября 2010 г. № 306-ФЗ «О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и Закон Российской Федерации “О налоговых органах Российской Федерации” // СПС «КонсультантПлюс».

и комментировать. Нас же больше заинтересовали проблемы, связанные с тем, что в этом массиве документации существует ограниченное информационное оформление и использование различных характеристик изделий и факторов товара, которые в каждом отдельном случае, применительно к определенной группе изделий, являются существенными, так как раскрывают основные его функции и назначение.

Необходимость более подробной характеристики, перечисления всех свойств, качеств, назначения и иных факторов, имеющих значение при применении и использовании товара, кажется нам сегодня чрезвычайно важным и необходимым условием для всех участников коммерческих отношений и заинтересованных сторон. Мы имеем в виду необходимость указания более полной и подробной информации о товаре, которая по своему содержанию, независимо от того, где она размещается — в сопровождающей документации, на ярлыке, этикетке, в чеке, на упаковке, на самом товаре, товарном знаке или вывеске при входе в торговую точку, — поможет потребителю быстрее идентифицировать нужный товар, сделать свое предпочтение, ускорить его выбор, активизировать товароборот, увеличить сбыт товаров, причем независимо от характера эластичного или неэластичного спроса на него.

Информация об изделии, товаре может воспроизводиться прямо или косвенно. Прямо — когда в ней содержатся данные о его различных качествах, составе, назначении, происхождении продукта или, например, вкусовых свойствах. Например, «Молоко топленое» или винный магазин сети «Красное и Белое». Здесь все понятно. Такая информация рассчитана на большинство потребителей, которые в состоянии ее легко воспринять и понять. Косвенная информация хорошо воспринимается, так как дает представление о продукте хорошо известном, удовлетворяет потребительские интересы, вкусы покупателя, потребителя. Эта информация должна быть

хорошо знакома как внешне в образах на предметах-символах, так и в языковом плане и в традиционной культуре предпринимателя и потребителя. Она подтолкнет индивидуума ассоциировать определенные свойства изделия со знакомыми и привлекательными для него потребительскими свойствами и приятными, эффективными нужными лично ему ощущениями качества продукта, например по названию: шампунь «Ландыш», мыло «Лесные ягоды», лосьон «Райский сад», вода «Святой источник» и т.п.

Принцип ассоциаций и образов представляется нам одним из самых эффективных при восприятии и запоминании, что очень важно для продавца при реализации продукции. Здесь вспоминается один из разработанных ленинградскими психологами в семидесятые-восьмидесятые годы методов обучения молодых радистов азбуке Морзе на начальной военной подготовке (НВП) в ДОСААФе. Всем знакам азбуки Морзе условно присваивались ассоциативные слова или словосочетания, например: А — ай-да, Ф — фи-ли-мон-чик, П — пи-ла по-ет, Е — е-ха-ла, Ш — ша-вам-не-ща-а, У — у-не-сл-о-о. Эти словосочетания ассоциировались в мозгу обучаемого индивидуума как бы по музыкальному ритму, напеву мелодии и запоминались чрезвычайно быстро, врезаюсь намертво в память на подсознательном уровне. Это было в 1974 г., но и сейчас, в 2022 г., автору этих строк до сих пор снятся эти звуки, а руки помнят необходимые движения на ключе рации, так все накрепко и, пожалуй, навсегда врезалось в память и движения... Разработчики информативных форм оформления товара и рекламные работники, продвигающие свою продукцию, сегодня просто обязаны ознакомиться с основами социальной психологии и основами, азами восприятия информации человеком.

Считаем, что при разработке и воспроизведении информации об изделии, продукте, товаре следует иметь в виду следующее.

Во-первых, вся информация, ее элементы, образующие товарный знак, прямо или косвенно содержат фактические характеристики этого изделия, торговой точки или оказываемых ею услуг, т.е. отождествляют товарный знак с предполагаемыми желаниями и потребностями покупателя, потребителя.

Во-вторых, те, на кого рассчитана эта информация, должны быть предположительно в состоянии воспринять эту информацию. Однако здесь могут быть различные ограничения и барьеры: язык, религия, гендерные и демографические, географические различия и др.

Уровень понимания и доходчивости информации о товаре также зависит от того, каким образом все воспринимаемые информационно значимые элементы воплощены в товарном знаке, и от того, как легко потребители, покупатели могут узнать и интерпретировать эти информационные элементы. Затруднения у потребителя могут появиться, когда для презентации и распознавания уже известных объектов продавцом используются необычные, нетрадиционные или слишком абстрактные образы и символы, а также когда незнакомые символы употребляются для представления объектов изделий, благ или товаров представителям определенной социокультурной среды, которым данное благо неприемлемо или необычно, а возможно, просто неизвестно.

Далее мы попытаемся привести определенные характеристики изделий товаров⁷, часть которых в существующей и применяемой массе документации в товарообороте в коммерческой деятельности в информационном оформлении и характеристике изделий и факторов товара может присутствовать, но либо указывается неполно, либо вообще отсутствует.

⁷ На основе: Веркман К. Товарные знаки: создание, психология, восприятие / пер. с англ. М.: Прогресс, 1986.

Характеристики изделий и факторов товара

1. Источник происхождения изделий, товара

1.1. Производитель:

- а) обозначение производителя;
- б) обозначение предприятия;
- в) обозначение отрасли промышленности.

1.2. Географические, административно-политические, этнические источники:

- а) местонахождение предприятия;
- б) страна происхождения;
- в) национальная культура производителя.

1.3. Дополнительные источники:

- а) происхождение сырья и материалов.

1.4. Используемая технология производства.

1.5. Способ доставки к месту продажи.

2. Функции изделия

2.1. Применение.

2.2. Назначение.

3. Состав изделия и его упаковка

3.1. Сырье.

3.2. Состав.

3.3. Ингредиенты.

3.4. Упаковка.

4. Физические свойства изделия

4.1. Форма.

4.2. Цвет.

4.3. Вес.

4.4. Содержание.

4.5. Структура.

4.6. Эластичность⁸.

4.7. Прочность.

⁸ Технологическая, но не экономическая (с точки зрения характера спроса на товар) характеристика.

4.8. Внешний вид.

4.9. Температура.

4.10. Точность.

4.11. Фактура.

5. Эксплуатационные и потребительские свойства изделия

5.1. Качество.

5.2. Надежность.

5.3. Долговечность.

5.4. Безопасность.

5.5. Скорость.

5.6. Комфортность.

5.7. Состав.

5.8. Способ приготовления.

5.9. Способ потребления.

5.10. Целебные свойства.

6. Психологические свойства изделия

6.1. Престижность.

6.2. Ценность как предмета роскоши.

6.3. Чувственное восприятие.

6.4. Сексуальные ассоциации.

6.5. Привлекательность.

6.6. Таинственность.

7. Экономические факторы

7.1. Цена.

7.2. Доступность.

7.3. Редкость.

7.4. Родство с аналогичными товарами (товарами-субститутами).

8. Результаты использования изделия

8.1. Результаты.

8.2. Полезность.

Надо сказать, что здесь приведена лишь малая толика тех характеристик, которые могут быть воплощены в товаре.

Эти параметры не могут быть исчерпывающими. Мир и производства чрезвычайно быстро изменяются. Современные товары, а к ним, как мы знаем, относятся различные блага, товары, услуги, материализованные и нематериализованные, осязаемые и не очень, воспринимаемые и не воспринимаемые обонянием, слухом и другими, в том числе органолептическими органами человека, в целом ценности создаются и выпускаются все в большем многообразии. Да и потребители и их восприятие отличаются друг от друга и постоянно меняются. Считаем, что учет этого может быть полезным и при разработке нормативной документации по защите прав потребителей. Использование более подробной информации о товаре позволит противодействовать нарушениям в адрес потребителей. Только необходимо предварительно нормативно определиться, решить: какие характеристики и факторы товара будут необходимыми и обязательными, прописать, в каком документе и какой объем этих параметров должен быть жестко обязательно прописан.

Наука в целом, а правовая в частности в своем анализе здесь запаздывает. Ранее уже была высказана мысль о том, что сейчас законодательство, связанное с инновационными процессами в коммерческой деятельности, развивается недостаточно, медленно, без четкого определения предмета правового регулирования. Уже названы основные проблемы⁹ правового обеспечения инновационной экономики, требующие внимания современных исследователей.

Эпоха постпостиндустриального общества, шестого технологического уклада, связана с характерным доминированием в нем ключевого фактора, такого как микроэлектронный компонент, который диктует свои определенные условия и требования для современного развития. Это индивидуализация производства и потребления, резкое снижение энергоемко-

⁹ Северин В.А. Принципы регулирования информационных отношений в инновационной экономике // Коммерческое право. 2017. № 2 (25).

сти и материалоемкости продукции, конструирование новых материалов и организмов с заранее заданными свойствами и характеристиками. Так вот, по нашему мнению, мы и должны сейчас быть готовы к этому, в первую очередь суметь рассмотреть, а затем просчитать те необходимые характеристики, которые воплощены в современных или в новых востребованных человеком благах и товарах в будущем. Все это и позволит создать определенные макеты, матрицы будущих благ, изделий, товаров, а затем приступить к их конструированию. Здесь, возможно, впервые юристы смогут опередить практиков-технологов венчурных компаний, развивающегося на перспективу бизнеса или стартапа и прийти им на помощь.

Сегодня перед правовой наукой стоит большая задача разработки тех законодательных норм и правил, которые должны отражать и учитывать большинство современных характеристик, реализуемых товаров и благ, с прицелом на будущую разработку и создание востребованных, полезных, прогрессивных их новых видов, а также эффективной производственной среды и благоприятных условий существования в ней человека и общества.

Литература

1. Веркман К. Товарные знаки: создание, психология, восприятие / К. Веркман ; пер. с англ. Москва : Прогресс, 1986.
2. Никитин В.В. Защита прав предпринимателей в современной России / В.В. Никитин, И.А. Ярмолич // Сборник научных трудов XI Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы теории и истории права и государства на современном этапе». Кострома, 2015. С. 113–116.
3. Северин В.А. Принципы регулирования информационных отношений в инновационной экономике / В.А. Северин // Коммерческое право. 2017. № 2 (25).

Гришин Сергей Михайлович,
адвокат, заместитель руководителя
Московской коллегии адвокатов
«Интеллектуальные решения»
2268687@gmail.com

КОММЕРЦИАЛИЗАЦИЯ ЦИФРОВОГО ЗДРАВООХРАНЕНИЯ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ: ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

В статье подвергаются анализу ключевые направления развития цифрового здравоохранения в Европейском союзе. Уделяется особое внимание истории становления цифрового здравоохранения, нашедшей отражение в директивах Европейского совета и Европейского парламента, а также различных профильных программах. Выявлены ключевые проблемы в европейской инфраструктуре цифрового здравоохранения и предложены правовые пути их решения.

Ключевые слова: цифровое здравоохранение, искусственный интеллект, телездравоохранение, мобильное здравоохранение, электронные медицинские карты.

Grishin Sergey Mikhailovich,
Lawyer, Deputy Head
of the Moscow Bar Association
“Intellectual Solutions”

FORMATION OF DIGITAL HEALTHCARE IN THE EUROPEAN UNION: LEGAL REGULATION AND DEVELOPMENT TRENDS

The article analyzes the key directions of digital healthcare development in the European Union. Special attention is paid to the history of the formation of digital healthcare, reflected in the directives of the European Council and the European Parliament, as well as various specialized programs. The key problems in the European digital healthcare infrastructure have been identified and legal solutions have been proposed.

Keywords: digital healthcare, artificial intelligence, telehealth; mobile healthcare; electronic medical records.

Введение

В последние десятилетия страны Европейского союза (ЕС) демонстрируют яркий пример постиндустриального перехода

к информационному обществу и обществу знаний. Стандарты политики ЕС, лежащие в основе большинства национальных цифровых инфраструктур в секторе здравоохранения, направлены на создание экосистемы цифрового (электронного) здравоохранения (e-health/digital healthcare), которая предоставляет широкий спектр данных, информации и инфраструктурных услуг для обеспечения информационно-коммуникационной (сетевой) безопасности, конфиденциальности и сохранности медицинских данных.

Ресурсы цифровой медицины способны коренным образом предоставить медицинским, фармацевтическим и страховым организациям, а также государственным/муниципальным властям актуальные сведения и инструменты, необходимые для управления системами здравоохранения. Технологии цифрового здравоохранения дают возможность медицинским клиникам применять передовые технологии в области телемедицины, охватывая дистанционную диагностику пациентов. Бесспорными преимуществами являются своевременность и повышение точности диагноза, диагностики состояния здоровья при помощи виртуальной реальности, искусственного интеллекта или больших данных.

Стандарты ВОЗ касательно электронного здравоохранения

Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) дала определение понятию «цифровое здравоохранение»: «Широкий зонтичный термин, охватывающий использование информационных и коммуникационных технологий, а также развитие таких областей, как использование передовых компьютерных наук, играет важную роль в укреплении системы общественного здравоохранения, в повышении справедливости в доступе к услугам здравоохранения и работе по обеспечению всеобщего охвата услугами здравоохранения»¹.

¹ URL: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/Health-systems/digital-health>

Электронное здравоохранение, среди прочего, включает следующие инновационные направления:

- интернет медицинских вещей (Internet of medical things/ IoMT);
- электронные рецептурные системы и управление электронным документооборотом как инструменты для принятия клинических решений при оказании медицинской помощи;
- искусственный интеллект (AI) и машинное обучение (ML);
- нанотехнологии и медицинская робототехника;
- приложения мобильного здравоохранения (mHealth-app), используемые с целью мониторинга и профилактики;
- сервисы, обеспечивающие интеграцию и интероперабельность медицинских информационных систем (fast healthcare interoperability resource/FHIR);
- телемедицина (telehealth/telemedicine) и удаленный мониторинг параметров здоровья пациентов;
- облачные технологии (вычисления и хранения);
- электронные рецептурные системы, иная медицинская документация.

Цифровизация здравоохранения набрала обороты за последние два десятилетия, особенно с появлением таких инноваций, как интернет медицинских вещей, телемедицина и медицинские инструменты на основе искусственного интеллекта.

Цифровым технологиям определена роль «в качестве средства содействия справедливому, приемлемому по стоимости и всеобщему доступу к услугам в области здравоохранения для всех»².

Стоит отметить, что развивающаяся в течение порядка двух десятилетий телемедицина оправданно получила серьезный импульс в стрессовых условиях карантинных ограничений COVID-19. Применение новых цифровых технологий предо-

² Всемирная ассамблея здравоохранения. Цифровое здравоохранение. Женева : Всемирная организация здравоохранения, 2018. (URL: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA71/A71_R7-ru.pdf, по состоянию на 30.09.2019.)

ставило новые возможности в области мониторинга, диагностики и лечения, а также породило множество стартапов.

Европейская модель регулирования цифровизации медицины

Уже в самом начале 1990-х годов большинство европейских университетских провайдеров медицинских услуг создали собственные медицинские базы данных, и следующей значимой задачей гармонизации являлась попытка их объединения.

Европейские положения о цифровом здравоохранении имеют исторические корни в инициативе Европейской комиссии «Электронная Европа — информационное общество для всех» 1999 г.³ Первоначальный документ, представленный Европейской комиссией, преследовал три основные цели: ввести всех субъектов права в цифровую эпоху и предоставить им доступ в онлайн-режиме; внедрить в Европе цифровую культуру, основанную на предпринимательском духе, благоприятную для финансирования и развития новых идей; убедиться, что весь этот процесс направлен на социальную интеграцию, завоевывает доверие потребителей и укрепляет социальную сплоченность. Эти взаимосвязанные программы сделали возможным анализ данных о состоянии здоровья. Затем последовали новые возможности в управлении данными, позволившие создать новые медицинские услуги, новые организационные и бизнес-модели.

«Регулирование цифрового здравоохранения в ЕС можно разделить на стандарты в области оказания информационных услуг, передачи персональных данных и предоставления медицинских услуг»⁴.

Особо отметим Директиву 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза от 8 июня 2000 г. «О неко-

³ URL: <https://ruwiki.press/fr/EEurope>

⁴ Варюшин М.С. Правовое регулирование телемедицины в России и ЕС: два шага вперед и один назад // Закон. 2018. № 1. С. 167.

торых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности об электронной коммерции»⁵.

Образцы оказания медицинских услуг выражены в соответствующей Директиве⁶. Важно также отметить, что в отношении пациентов из государств — членов ЕС запрещается дискриминация по национальному признаку.

На территории государств ЕС актуальны три вида модели хранения данных пациентов, различаемых по методу централизации: «централизованная», «децентрализованная» и «пациент-ориентированная»⁷.

В 2012 г. последовало принятие европейской политики здравоохранения «Здоровье-2020», которая была одобрена Европейским региональным комитетом ВОЗ в 2012 г., целью которого являлось анализ и причин, которые могли каким-либо образом замедлить развитие электронного здравоохранения.

На европейском рынке цифрового здравоохранения в настоящее время доминируют крупные игроки. Участвуют большинство крупных европейских телекоммуникационных компаний — от британской Vodafone (телемедицина, Digital Angels) до Deutsche Telecom (клинические ИТ) и испанской Telefónica (партнерство с Teladoc Health и Tunstall Healthcare). Также в этой области работают крупные фармацевтические (Roche, Bayer, Servier, Astra Zeneca, Pfizer, Novartis) и медицинские

⁵ Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности об электронной коммерции (Директива об электронной коммерции)» [рус., англ.] (Вместе с «Исключениями из статьи 3») (Принята в г. Люксембурге 08.06.2000). URL: http://www.eurasiancommission.org/ru/act/techreg/depsanmer/consumer_rights/Documents

⁶ Директива № 2011/24/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О правах пациентов в трансграничном медицинском обслуживании» [рус., англ.] (Принята в г. Страсбурге 09.03.2011) // Документ вступил в силу 24 апреля 2011 г. (официальный сайт законодательства Европейского Союза: URL: <http://eur-lex.europa.eu>, по состоянию на 09.11.2017). Россия не участвует.

⁷ Одинцов С.В., Стеблецов И.В. Электронное здравоохранение - анализ практики, регламентации и принципов функционирования. URL: https://www.researchgate.net/publication/348443605_Elektronnoe_zdravoohranenie_-_analiz_praktiki_reglamentacii_i_principov_funkcionirovania

(Fresenius, Essilor, Coloplast, Smith and Nephew, Sonova, Getinge, William Demant) корпорации.

Для содействия росту в этой области были созданы различные как национальные, так и трансграничные структуры. Практически в каждой европейской стране есть одна или несколько торговых ассоциаций, которые представляют субъектов, занимающихся цифровым здравоохранением (например, Asociación Salud Digital в Испании, Société Française de Santé Digitale во Франции, Società Italiana di Salute Digitale e Telemedicina в Италии, Spitzenverband Digitale Gesundheitsversorgung в Германии).

Анализ проблем цифровизации здравоохранения в государствах ЕС

В европейской инфраструктуре цифрового здравоохранения, помимо достижений, имеются и сложности: в политике, в соблюдении нормативных требований, в кибербезопасности и исключительных правах на медицинские (персональные) данные, в функциональной совместимости национальных платформ цифрового здравоохранения по всей Европе, в принципах оборота информации (сведений) о здоровье, в цифровой терапии, в европейских электронных медицинских картах, а также в восприятии цифрового здравоохранения заинтересованными сторонами в сфере здравоохранения населения ЕС.

Отметим основные направления.

1. На данном этапе требуется активная политика в области цифрового здравоохранения, так как даже самые последние европейские инициативы часто опираются на старые методы регулирования.

2. Переход к автоматизированному, возможно, токенизированному соответствию. Большинство нормативных требований в здравоохранении возникли, когда устаревшие процедуры были компьютеризированы. Требуются новые подходы с упором на электронно-цифровые инструменты для обеспечения полной автоматизации с присущей функциональной

совместимостью. Будущее автоматизированное соответствие может быть токенизировано для реализации децентрализованного управления на основе так называемых смарт-контрактов (smart contract).

3. Сосредоточенность на сохранности данных. Угрозы кибербезопасности для медицинских данных и инфраструктуры цифрового здравоохранения усугубляются по мере распространения интернета медицинских вещей (IoMT) и поддержки со стороны некоторых государственных субъектов из-за предполагаемой конфиденциальности медицинских (персональных) данных. Кроме того, нагрузка на существующие сети приводит к зависимости новых цифровых функций от старых сетей связи, что делает новые функции бесполезными или дорогостоящими.

4. Простые и интеллектуальные электронные медицинские карты приняты не по всей Европе. Некоторые страны ЕС перешли на электронные медицинские карты, а некоторые по-прежнему преимущественно традиционно бумажные. Полное покрытие отсутствует, и ожидается, что оно будет достигнуто в ближайшие годы. Национальные системы имеют ограниченную совместимость, поэтому отсутствует функциональная совместимость. Страдают телемедицина и взаимодействие клиник при перемещении пациентов внутри ЕС, ожидается полностью открытый, но безопасный доступ по всей Европе.

5. Виртуальное заполнение медицинской документации. Интеллектуальные системы клинической поддержки в настоящее время относятся к ранним поколениям, где их роль ограничивается референтами, а предполагается, что они станут полноценными помощниками врачей. Также ожидаются виртуальные помощники медсестер. Ожидается, что ИИ и машинное обучение станут стандартной функцией таких инструментов.

Выводы

На сегодняшний день цифровое здравоохранение в ЕС является областью, в которой прослеживается повышенная активность как государственных органов, так и национальных организаций здравоохранения и социальной защиты, местных провайдеров медицинских услуг, представителей стартапов, медицинского и сестринского персонала, смежных медицинских работников, а также управленческого и технического ИТ-персонала, специалистов по данным и аналитике.

Пандемия COVID-19, безусловно, придала дополнительный импульс развитию рынка дистанционных медицинских услуг и особенно телемедицины.

Европейская инфраструктура цифрового здравоохранения наряду с достижениями испытывает и сложности, среди которых выделяются неактуальные нормативные требования в здравоохранении. Требуется новые подходы с упором на цифровые инструменты для обеспечения полной автоматизации с присутствующей функциональной совместимостью.

Литература

1. Варюшин М.С. Правовое регулирование телемедицины в России и ЕС: два шага вперед и один назад / М.С. Варюшин // Закон. 2018. № 1. С. 167.
2. Одинцов С.В. Электронное здравоохранение — анализ практики, регламентации и принципов функционирования / С.В. Одинцов, И.В. Стеблецов. URL: https://www.researchgate.net/publication/348443605_Elektronnoe_zdravoohranenie_-_analiz_praktiki_reglamentacii_i_principov_funkcionirovania.

Кочкалов Сергей Александрович,
доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
факультета современного права
Университета мировых цивилизаций имени В.В. Жириновского,
доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
юридического факультета
Московского психолого-социального университета,
управляющий партнер ООО «Юридическая фирма “Бизнес-советник”»,
руководитель партнерства арбитражных управляющих,
кандидат юридических наук
kochkalov@biznes-sovetnik.com

Сокальская Анастасия Дмитриевна,
магистрант Саратовской государственной юридической академии,
помощник арбитражного управляющего
ООО «Юридическая фирма “Бизнес-советник”»
sokalskaya_nastya@mail.ru

ИНСТИТУТ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА) КАК НЕОТЪЕМЛЕМАЯ ЧАСТЬ УЧЕБНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ «КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО»

В статье авторы рассказывают об институте банкротства как о необходимой составляющей учебной дисциплины «Коммерческое право», указывают на предпосылки появления института банкротства и его значимость для экономики страны. Также в статье раскрываются понятие и основные положения института несостоятельности (банкротства), цели, преследуемые законодателем при его создании.

Ключевые слова: банкротство, банкротство индивидуального предпринимателя, коммерческое право, реализация имущества, конкурсный управляющий, финансовый управляющий.

Kochkalov Sergey Alexandrovich,
PhD (Law), Associate Professor of the Department of Civil Law Disciplines
of the Faculty of Modern Law
of the University of World Civilizations named V.V. Zhirinovskiy,
Associate Professor of the Department of Civil Law Disciplines
of the Faculty of Law of the Moscow
Psychological and Social University,
Managing Partner of the Law Firm “Business Advisor”,
Head of the Partnership of Arbitration Managers

Sokolskaya Anastasia Dmitrievna,
Master's Student of the Saratov State
Law Academy, Assistant to the Arbitration Manager
LLC Law Firm "Business Advisor"

INSTITUTE OF INSOLVENCY (BANKRUPTCY) AS AN INTEGRAL PART OF THE ACADEMIC DISCIPLINE "COMMERCIAL LAW"

In the article, the author talks about the institute of bankruptcy as a necessary component of the academic discipline "Commercial law", points to the prerequisites for the emergence of the institute of bankruptcy and its significance for the country's economy. The article also reveals the concept and main provisions of the institution of insolvency (bankruptcy), the goals pursued by the legislator when it was created.

Keywords: bankruptcy, bankruptcy of an individual entrepreneur, commercial law, sale of property, bankruptcy trustee, financial manager.

Коммерческое право выступает регулятором общественных отношений в сфере оптовой и розничной продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг.

На сегодняшний день торговля является одной из наиболее развитых областей гражданского оборота.

С одной стороны, торговая деятельность удовлетворяет экономические потребности общества (экономическая составляющая), с другой — торговле присущи основные признаки предпринимательской деятельности (правовая составляющая).

Предприниматели при осуществлении торговой деятельности идут на определенные риски и отвечают по обязательствам своим имуществом. Эти риски связаны: с производством товаров — есть риск закупки некачественного сырья, выхода из строя станков и оборудования, недопоставки комплектующих и т.д.; с реализацией продукции — отсутствие рынка сбыта, недобросовестная конкуренция, некачественный маркетинг, неправильная ценовая политика; с низкой финансовой дисциплиной контрагентов — неуплата, несвоевременная оплата

по договору, банковские злоупотребления, риск неплатежеспособности и др.

По данным Федеральной службы государственной статистики в России с 2014 г. наблюдается снижение реальных располагаемых денежных доходов населения на 10,6% по состоянию на 2020 г.¹

С увеличенных в 2021 г. на 3,4% реальных денежных доходов россиян показатели доходов за I полугодие 2022 г. снизились на 0,8% в годовом выражении².

Растет и закредитованность граждан по потребительским кредитам. По состоянию на 1 августа 2022 г. просроченная кредитная задолженность достигла рекордных размеров и составляла более 1 трлн рублей³.

Такое финансовое положение граждан, без сомнения, порождает все большее количество неплатежеспособных потребителей товаров и услуг, снижает товарооборот, ведет к снижению рентабельности предприятий торговли.

Кроме того, геополитическая нестабильность, санкционное давление со стороны западных стран, отказ от поставок в Россию товаров, станков, оборудования, технологий, полупроводников и т.д. со стороны Китая из-за угрозы вторичных санкций и, как следствие, потери мирового рынка представляют реальную угрозу для устойчивости и работоспособности промышленных предприятий в России, что, в свою очередь, напрямую влияет на сферу оптовой и розничной торговли.

В науке коммерческого права ученые выделяют в качестве предмета исследования такие понятия, как торговля, товарооборот, продвижение товара, торговый договор, оптовая торговля, розничная торговля и др.

¹ Старостина Ю., Ткачев И. Росстат оценил масштаб снижения реальных располагаемых доходов россиян // РБК. 2021. 28 января.

² Бойко А. Реальные располагаемые доходы населения сократились во II квартале на 0,8% // Ведомости. 2022. 27 июля.

³ Просрочка по розничным кредитам впервые превысила 1 трлн рублей. URL: <https://www.banki.ru/news/lenta/?id=10971407> (дата обращения: 17.10.2022).

Вместе с тем учебная дисциплина «Коммерческое право» предназначена для целей обучения, подготовки специалистов к практической работе.

В этой связи полагаем, что при изучении в юридических вузах учебной дисциплины «Коммерческое право» как комплексной дисциплины неотъемлемой частью этого изучения должен быть институт банкротства предприятий торговли.

Еще в XIX — начале XX в. несостоятельность субъектов торговли регулировалась Уставом 1800 г. о банкротах, Уставом о торговой несостоятельности 1832 г., Уставом судопроизводства торгового, принятого в 1905 г.⁴

Устав 1800 г. предусматривал возможность освобождения должника от неудовлетворенных требований в случае несчастья, назначение конкурсного управляющего (куратора), формирование конкурсной (активной) массы, заключение мировой сделки и др.

Устав 1905 г. разграничивал несостоятельность на три категории:

1) несчастная несостоятельность, при которой неплатежеспособность вызвана обстоятельствами, не зависящими от должника (неплатежеспособность кредиторов, пожар и т.д.);

2) неосторожная несостоятельность, при которой причиной неплатежеспособности являлись действия должника, не содержащие умысла и подлога (незрелость ведения бизнеса, отсутствие ведения документации, неосмотрительность при выборе контрагентов);

3) подложная несостоятельность, возникающая по вине должника с доказанностью умысла или подлога (уголовное преступление)⁵.

⁴ Попов Р.А. Антикризисное управление : учебн. М. : Высшая школа, 2006. 429 с.

⁵ Исторический опыт банкротства в России. Антикризисное управление : учеб. пособ. / под ред. А.Г. Ивасенко. М., 2016.

1. ОСНОВНЫЕ ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ПОКАЗАТЕЛИ
ПО ВИДАМ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

**1.11. ЧИСЛО ХОЗЯЙСТВУЮЩИХ СУБЪЕКТОВ ТОРГОВЛИ
ПО ВИДАМ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ¹⁾**

(на конец года)

	2018		2019		2020	
	Тысяч	В процентах	Тысяч	В процентах	Тысяч	В процентах
Всего предприятий и организаций	4 214,7	100	3 826,9	100	3 517,4	100
из них по виду экономической деятельности:						
торговля оптовая и розничная; ремонт автотранспортных средств и мотоциклов	1 280,2	30,4	1 084,2	28,3	937,1	26,6
в том числе:						
торговля оптовая и розничная автотранспортными средствами и мотоциклами и их ремонт	117,0	2,8	103,3	2,7	90,5	2,6
торговля оптовая, кроме оптовой торговли автотранспортными средствами и мотоциклами	872,8	20,7	726,5	19,0	623,1	17,7
торговля розничная, кроме торговли автотранспортными средствами и мотоциклами	290,3	6,9	254,5	6,6	223,5	6,4
Всего индивидуальных предпринимателей	4 017,6	100	4 076,8	100	3 751,0	100
из них по виду экономической деятельности торговля розничная, кроме торговли автотранспортными средствами и мотоциклами	1 258,2	31,3	1 191,4	29,2	1 060,1	28,3

¹⁾ По данным государственной регистрации.

Рисунок 1. Соотношение хозяйствующих субъектов торговли

Согласно данным Росстата, соотношение предприятий торговли, осуществляющих свою деятельность в качестве юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, примерно равное (рис. 1)⁶.

В связи с этим в контексте изучения коммерческого права как комплексной дисциплины вызывает особый интерес не только институт банкротства торговых предприятий в целом, но и институт банкротства физических лиц, куда входят и ра-

⁶ Торговля в России — 2021. Статистический сборник Федеральной службы государственной статистики. М., 2021. С. 34.

ботающие в сфере торговли индивидуальные предприниматели, и самозанятые.

Согласно статье 214.1 Федерального закона РФ от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁷ (далее — Закон о банкротстве) банкротство индивидуальных предпринимателей производится по правилам банкротства физических лиц.

Институт банкротства физических лиц с каждым годом набирает все большее развитие, о чем свидетельствуют статистические показатели его востребованности.

Так, за период существования процедуры несостоятельности (банкротства) граждан, с октября 2015 г. по сентябрь 2022 г., несостоятельными признаны 669,3 тысячи граждан. Только за три квартала 2022 г. банкротами признаны 192,1 тысячи человек⁸.

Таблица 1 наглядно показывает прирост вводимых арбитражных судом процедур банкротства граждан.

Таблица 1

Количество всех судебных процедур в отношении граждан

Введение реструктуризации долга	Введение реализации имущества
2015 г. (октябрь — декабрь) — 338 процедур	2015 г. (октябрь — декабрь) — 870 процедур
2016 г. — 7730 процедур	2016 г. — 19 574 процедуры
2017 г. — 7998 процедур	2017 г. — 29 827 процедур
2018 г. — 7998 процедур	2018 г. — 43 984 процедуры
2019 г. — 15 768 процедур	2019 г. — 68 980 процедур
2020 г. — 24 292 процедуры	2020 г. — 119 045 процедур
2021 г. — 33 860 процедур	2021 г. — 192 833 процедуры
2022 г. (январь — июнь) — 20 186 процедур	2022 г. (январь — июнь) — 121 313 процедур

⁷ Федеральный закон РФ от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Занина А., Волкова Е., Пославская Ю. Банкротства как с моратория сорвались // Коммерсантъ. 2022. 7 октября.

Значимой для отрасли коммерческого права предпосылкой появления института личной несостоятельности граждан являлась необходимость оздоровления экономики страны и повышения покупательской способности за счет освобождения рынка экономики от неликвидных кредитных активов. Освобождение экономики от невозвратной задолженности граждан, снижение убытков и закредитованности граждан способствуют увеличению покупательской способности, что благотворно влияет на развитие правоотношений, регулируемых коммерческим правом.

Также институт банкротства физических лиц способствует защите интересов представителей рыночной экономики, ее частного и правового сектора от риска наступления негативных факторов.

На современном этапе развития института банкротства физических лиц в России можно выделить несколько целей его существования, важных как для граждан-должников, так и для государства и общества.

1. Баланс между интересами должника и кредитора.
2. Реабилитация финансового положения должника.
3. Максимальное удовлетворение требований кредиторов благодаря принципу очередности.
4. Снижение риска причинения ущерба участникам гражданского оборота.

Правовой базой института банкротства физических лиц выступают Закон о банкротстве, Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 45 от 13 октября 2015 г.⁹, ст. 25 Гражданского кодекса Российской Федерации¹⁰ и т.д.

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13 октября 2015 г. № 45 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие процедур, применяемых в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

В соответствии со ст. 2 Закона о банкротстве несостоятельность (банкротство) — это неспособность должника удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам, уполномоченного органа по уплате обязательных платежей в полном объеме.

Обратиться в арбитражный суд с заявлением о банкротстве может сам должник, кредитор, уполномоченный орган. Стоит отметить, что чаще всего процедуру инициирует сам должник. Так, за 1 полугодие 2022 г. 95,2% процедур были инициированы должниками.

Следует отметить, что в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 28 марта 2022 г. № 497 «О введении моратория на возбуждение дел о банкротстве по заявлениям, подаваемым кредиторами»¹¹, кредиторы, в том числе и уполномоченный орган в лице ФНС России, не могли подавать заявления на банкротство предприятий и индивидуальных предпринимателей, в том числе и торговой сферы, вплоть до 1 октября 2022 г.

Когда арбитражным судом рассмотрен вопрос обоснованности заявления о несостоятельности гражданина, вводится одна из трех процедур банкротства.

Реструктуризация долгов гражданина. Реабилитационная процедура восстанавливает платежеспособность должника. В рамках условий, содержащихся в плане реструктуризации долгов, происходит одновременное погашение задолженности перед кредиторами.

Процедура реструктуризации долгов происходит без объявления гражданина банкротом с сохранением имущественных активов.

Исходя из статистических данных, можно проследить, что процедура реструктуризации долга вводится судом нечасто, а ее завершение носит незначительный характер.

¹¹ Постановление Правительства РФ от 28 марта 2022 г. № 497 (ред. от 13.07.2022) «О введении моратория на возбуждение дел о банкротстве по заявлениям, подаваемым кредиторами» (документ утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс»

Так, в 2020 г. число введенных процедур реструктуризации долга составило 24 292, из которых завершено было 209 процедур. В 2021 г. введено процедур — 33 860, завершено — 329. За 1-е полугодие 2022 г. введено 20 186 процедур реструктуризации долга, из которых 213 процедур было завершено.

В рамках **реализации имущества гражданина** происходит пропорциональное удовлетворение требований кредиторов за счет реализации имущественных активов должника.

Можно наблюдать тенденцию роста количества вводимых судом процедур реализации имущества должника.

В 2015 г. (октябрь — декабрь) введено 870 процедур реализации имущества, в 2016 г. — 19 574 процедуры, в 2017 г. — 29 827, в 2018 г. — 43 984, в 2019 г. — 68 980 процедур. С 2020 г. начинается рост процедур реализации имущества с 119 045 процедур до 192 833 процедур в 2021 г. За 8 месяцев 2022 г. введено более 168 тысяч процедур реализации имущества.

В рамках процедуры реализации имущества должника выявленное имущество составляет конкурсную массу. Исключение составляет имущество, поименованное в ст. 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹², в п. 3 ст. 213.25 Закона о банкротстве.

Имущество, составляющее конкурсную массу, реализуется на торгах или посредством заключения прямого договора купли-продажи, полученные денежные средства распределяются между кредиторами пропорционально включенным в реестр требованиям. При недостаточности имущества должника для расчетов с кредиторами по всем долгам неоплаченная задолженность считается погашенной.

Мировое **соглашение** встречается крайне редко. Утвержденное арбитражным судом мировое соглашение прекращает

¹² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2001 г. № 138-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

процедуру несостоятельности посредством достижения соглашения между кредиторами и должником.

Подводя итог исследованию, можно заключить, что изучение основ института банкротства является необходимым элементом системы изучения учебной дисциплины «Коммерческое право». Такой подход позволит студентам юридических вузов в комплексе оценить последствия ошибок при осуществлении торговой деятельности, изучить нормативно-правовую базу, осуществить на практике предусмотренные законом меры по предупреждению банкротства либо предпринять необходимые меры по антикризисному управлению торговым предприятием.

Литература

1. Бойко А. Реальные располагаемые доходы населения сократились во II квартале на 0,8% / А. Бойко // Ведомости. 2022. 27 июля.
2. Занина А. Банкротства как с моратория сорвались / А. Занина, Е. Волкова, Ю. Пославская // Коммерсантъ. 2022. 7 октября.
3. Исторический опыт банкротства в России. Антикризисное управление : учебное пособие / под редакцией А.Г. Ивасенко. Москва, 2016.
4. Торговля в России — 2021. Статистический сборник Федеральной службы государственной статистики. Москва, 2021. С. 34.

Мареев Юрий Леонидович,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Нижегородского Национального исследовательского университета
имени Н.И. Лобачевского,
кандидат юридических наук, доцент
mareyew@mail.ru

КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ: ПРЕДМЕТ ДОГОВОРА (ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА)

В договоре коммерческой концессии, трудно совмещающемся с системой российско-го договорного права, поскольку в нем присутствуют признаки, позволяющие его одновременно относить к нескольким типичным поименованным договорам (лицензионному, о возмездном оказании услуг, агентскому), особое внимание привлекает к себе его предмет. Разночтения по этому поводу, которыми богата российская юридическая литература, неоднозначная редакция норм ГК РФ и расхождения в позициях судов по условию, которые считаются существенными для заключения любого договора, требуют объяснения, поскольку договор этот, несмотря ни на что, продолжает оставаться важной частью правового регулирования предпринимательской, главным образом коммерческой, деятельности.

Ключевые слова: договор коммерческой концессии, предмет договора, франчайзинг, лицензионный договор, деловая репутация, средства индивидуализации, комплекс исключительных прав, ограничение конкуренции, вертикальное соглашение.

Mareyev Yury Leonidovich
Ph.D (Law), Associate Professor of the Department of Civil Law
and Process of the Faculty of Law named N.I. Lobachevsky,
Associate Professor

COMMERCIAL CONCESSION: SUBJECT OF THE CONTRACT (LEGISLATION, THEORY AND PRACTICE)

In a commercial concession agreement, which is difficult to combine with the system of Russian contract law, since there are signs in it that allow it to be simultaneously attributed to several typical named agreements (license, paid services, agency), its subject attracts special attention. The discrepancies in this regard, which are rich in Russian legal literature,

the ambiguous wording of the norms of the Civil Code and the differences in the positions of the courts on the condition that is considered essential for the conclusion of any contract, require explanation, since this contract, despite everything, continues to be an important part of the legal regulation of entrepreneurial, mainly commercial, activities.

Keywords: commercial concession agreement, subject of the agreement, franchising, license agreement, business reputation, means of individualization, set of exclusive rights, restriction of competition, vertical agreement.

Российская конструкция договора коммерческой концессии является репликантом юридической конструкции франчайзинга¹ правовой системы стран общего права, главным образом США, опыт применения которого, разошедшийся по всему миру, по-видимому, и стал главным аргументом для адаптации российским законодателем этого юридического института к российской правовой системе в трудный период подготовки ко вступлению во Всемирную торговую организацию (ВТО) и даже и закрепления его в 1995 г. в качестве самостоятельного, поименованного договорного типа коммерческой концессии во второй части Гражданского кодекса Российской Федерации² (далее — ГК РФ).

Появление современного франчайзинга связывают то с компанией Соса-Сола, заключившей в 1892 г. долгосрочный дистрибьюторский договор с одной из бостонских компаний³, то с компанией General Motors, заключившей в 1898 г. дистрибьюторский договор и предоставившей дистрибьютору полномочия использовать свой товарный знак при продажах и рекламе⁴. Первой сетью ресторанов быстрого питания,

¹ По мнению О.А. Городова, российский договор коммерческой концессии является самостоятельным договором, наиболее близким к соглашениям о франчайзинге. Городов О.А. Франчайзинг // Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве / отв. ред. М.А. Егорова. М. : Юстицинформ, 2015.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

³ URL: <https://de.wikipedia.org/wiki/Franchising>

⁴ Goldfield D.R. Encyclopedia of American urban history. Vol. 1 [A — L] / ed. by G.D. Garmaier (A Sage reference publication). Thousand Oaks, Calif. [u.a.]: Sage Publication, 2007. P. 281.

основанной на франчайзинге, признается A&W, созданная в Калифорнии то ли в 1919-м⁵, то ли в 1922⁶ г. К настоящему времени этот опыт представлен едва ли не во всех странах мира⁷ и применяется не только в области сбыта (сбытовой франчайзинг) и торговли (торговый франчайзинг)⁸, но и производства (производственный франчайзинг), а также оказания услуг (сервисный франчайзинг)⁹. Классическими его образцами в области производства считаются сети компаний «Макдоналдс», «Пицца-Хат», «Бургер-Кинг», «Форд» и др.¹⁰, в области услуг — сети отелей «Хилтон», «Шератон», в области торговли — OBI, IKEA.

В российской концепции правового регулирования франчайзинга за основу была взята необходимая, но далеко не исчерпывающая его социально-экономической природы лицензионная составляющая. Достаточно показательным свидетельством тому служат взгляды главных разработчиков этой концепции, предложивших поставить на первый план лицензионную природу договора коммерческой концессии¹¹.

⁵ URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/A%26W_Restaurants.

⁶ URL: <https://de.wikipedia.org/wiki/Franchising>

⁷ Skaupy W. Franchising: Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis 2., neu bearb. Aufl. München : Vahlen, 1995. S. 238–254 ; Billing T., Wauschkuhn U., Flohr E. Vertriebsrecht: Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht, Kommissionsrecht: Kommentar. Verlag C.H. Beck (Verlag). 2. Auflage / Hrsg. von E. Flohr ; Mitwirkung von T. Billing [u.a.]. München : C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2018. S. 1075–1198.

⁸ О торговом франчайзинге в литературе также пишут как о самостоятельном виде, отличающемся от сбытового тем, что в нем речь идет о сети торговых компаний, в основе деятельности которых лежат нематериальные активы не производственной (производителя), а торговой компании. В таких случаях можно говорить о сети самостоятельных розничных продавцов (ритейлере), внешне действующих на рынок как одна компания.

⁹ Применительно к опыту США ведут речь о трех поколениях франчайзинга: Ebnetter M. J. Der Franchise-Vertrag: unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge Zugl.: Zürich, Univ., Diss. (zum Obligationenrecht. Bd. 54).- Zürich: "Schulthess & Co.", 1997.-S.4.

¹⁰ См.: Sen K.C., Spriggs M. Franchising as a Growth Strategy in the U.S. Restaurant Industry // Mar Society of Franchising: Winning strategies for franchising, Orlando, 1997.

¹¹ Авилов Г.Е., Залесский В.В., Брагинский М.И. и др. Гражданское право. Часть 2. Обязательственное право : учебн. / под ред. Залесского В.В. М. : МТК «Восточный экспресс», 1998. С. 578.

Россия к моменту принятия второй части ГК РФ была не единственной, кто принял на вооружение опыт США, но одной из немногих континентальных стран, где сочли возможным законодательно закрепить эту конструкцию в виде поименованного договора. В Германии, например, торговый оборот также воспринял эту организационно-правовую форму сбыта, вследствие чего франчайзинг вместе с дистрибуторским и агентским договорами вошел в стандартную часть учебников по торговому праву, не получив при этом никакого специального закрепления ни в Германском Гражданском Уложении (ГГУ), ни в Германском торговом уложении (ГТУ)¹². По утверждению И.В. Никифорова, «в странах Европейского союза отношения франчайзинга регулируются единым для ЕС «наднациональным» актом о франчайзинге — Регламентом № 4087/88 Комиссии (ЕС) от 30 ноября 1988 г. До его принятия специальных правовых актов о франчайзинге в ЕЭС не существовало. Национальных актов о франчайзинге нет ни в одном из государств Западной Европы и поныне»¹³.

Вышеназванные обстоятельства, предопределившие юридическую судьбу франчайзинга в российском законодательстве и прежде всего в ГК РФ, не могли не отразиться на понимании юридической природы договора в науке российского гражданского права и, как следствие, на понимании и легальном определении его предмета.

Предмет **договора коммерческой концессии**, предопределяющий длительный характер договорных связей сторон и индивидуализирующий договор в системе договорного права, имеет сложный состав, конкретные компоненты кото-

¹² Canaris C.W. Handelsrecht: Ein Studienbuch 22., neubearbeitete und stark erweiterte Auflage des von Karl-Hermann Capelle begründeten Werkes. München : C.H. Beck Verlagbuchhandlung, 1995. S. 263 ff.

¹³ Никифоров И.В. Коммерческая концессия // Гражданское право : учебн. Т. 2. Издание второе, перераб. и доп. / под ред. А.П. Сергеева. М. : Проспект, 2020. С. 771–772.

рого определяются возможностью пользователя в процессе своей предпринимательской деятельности выступать на рынке под рыночной маской правообладателя (но по правилам, определяемым правообладателем и выработанным им в процессе собственной предпринимательской деятельности). Закон (ГК РФ) указывает на три компонента, использование которых призвано обеспечить пользователю такую возможность. Ими являются: **комплекс исключительных прав, деловая репутация и коммерческий опыт правообладателя**. Объем (максимальный или минимальный) их использования, равно как и указание территории использования, а также сферы предпринимательской деятельности (продажа товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, иная торговая деятельность, выполнение работ, оказание услуг), определяется договором коммерческой концессии (п. 2 ст. 1027 ГК РФ).

Исходя из этого предмет договора коммерческой концессии всегда включает в себя **три группы элементов**. **Первую** из них составляют средства индивидуализации продукции и ее производителя: товарный знак (знак обслуживания), коммерческое обозначение, в более широком смысле все то, что составляет фирменный стиль правообладателя¹⁴. **Вторая** состоит из объектов, технически и технологически обеспечивающих использование объектов первой группы на уровне правообладателя: секреты производства, объекты патентного права. Первая и вторая группы обозначаются в ГК РФ комплексом исключительных прав, предоставля-

¹⁴ Фирменный стиль, или бизнес-стиль, — это собирательное обозначение всех средств (чаще всего визуальных — логотипы, фирменные знаки, фирменные цвета), выражающих индивидуальные качества компании — цвета, звуки, текст и символы, рекламные слоганы, правила поведения персонала и пр. В составе предмета договора коммерческой концессии ГК РФ его не упоминает, однако из содержания обязанностей пользователя (абз. 4 ст. 1032) вытекает, что без него этот предмет будет неполным. На необходимость отнесения его к предмету данного договора указывается в работе: Черепанова Е.А. Франчайзинг в России: правовой аспект. Екатеринбург : ИД «УралЮрИздат», 2005. С. 25.

емым в пользование. **К третьей группе** могут быть отнесены вещи (уникальное технологическое, торговое, сервисное оборудование) и все те элементы организационной и информационной поддержки, без которых эффективное использование первой, а главным образом второй группы объектов оказывается либо затруднительным, либо вообще невозможным: общие условия сопутствующих контрактов¹⁵, услуги по обучению персонала пользователя, консультированию и инструктированию, в широком смысле все, что включает в себя понятие «коммерческий опыт».

Как мы видим, **деловая репутация** не входит ни в какую из трех групп объектов. Однако, по ГК РФ, возможность использования таковой тоже входит в предмет договора в качестве важнейшей его составной части^{16,17}. Оспаривать возможность пользоваться деловой репутацией правообладателя по договору коммерческой концессии бессмысленно, поскольку ближайшая и конечная его цели для пользователя в том-то и заключаются, чтобы по максимуму воспользоваться таковой репутацией. Однако и выделять деловую репутацию в качестве элемента, нуждающегося в отдельном согласовании, нет никакого смысла. Это необходимое подразумеваемое условие, исполнению которого служат все остальные элементы договора — начиная от товарного знака и заканчивая инструктированием персонала пользователя.

¹⁵ Организационные условия поставок пользователю необходимых товаров и производства необходимых работ, условия аренды (лизинга) необходимого для пользователя имущества и пр. «Включение в договор коммерческой концессии общих условий сопутствующих ему контрактов нередко сопровождается указанием на обязательность заключения сторонами соответствующих соглашений». Райников А.С. Договор коммерческой концессии. М. : Статут, 2009. С. 57.

¹⁶ Суханов Е.А. Договор коммерческой концессии // Гражданское право. Учебник : в 2 т. Т. II. Полумтом 1 / отв. ред. Е.А. Суханов. М. : БЕК, 1999. С. 626.

¹⁷ «К факультативным элементам... предмета коммерческой концессии по смыслу п. 2 ст. 1027 ГК РФ относятся деловая репутация и коммерческий опыт правообладателя». Городов О.А. Указ. соч.

Деловая репутация в соответствии с п. 1 ст. 150 ГК РФ относится к числу неотчуждаемых и непередаваемых благ¹⁸. Вместе с тем пользоваться ею (а точнее, использовать ее), в том числе и прежде всего в предпринимательской деятельности, оказывается вполне возможно¹⁹. «Дело в том, что... деловая репутация самого хозяйствующего субъекта напрямую зависит от репутации товарного знака, проставленного на товарах, вводимых в оборот хозяйствующим субъектом, или фирменного наименования, под которым этот хозяйствующий субъект известен в деловых кругах»²⁰. Таким образом, используя чужой товарный знак и чужое коммерческое обозначение, всякий одновременно использует и чужую деловую репутацию: законно (договор коммерческой концессии, лицензионный договор) либо незаконно (недобросовестная конкуренция). Отсюда, получая возможность использовать комплекс исключительных прав на средства индивидуализации правообладателя, пользователь автоматически получает для своей предпринимательской деятельности «зонтик» из деловой репутации правообладателя.

¹⁸ Точно так же непередаваемыми являются и объекты исключительных прав в силу своего нематериального характера. В сделках с ними речь идет либо о передаче исключительных прав на них, либо о предоставлении неисключительных прав (разрешении временного использования исключительных прав). Данное системное идеальное качество объектов интеллектуальных прав не позволяет согласиться с позицией, предлагающей договор коммерческой концессии относить к классу договоров о передаче объектов гражданских прав во временное пользование. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России / вступ. ст. В.Ф. Яковлева. М. : Юристь, 2001. С. 363.

¹⁹ «...Во всех случаях предметом договора служат отчуждаемые имущественные права. К ним нельзя отнести указанную... “деловую репутацию”. Хотя при согласовании цены договора обычно учитывается так называемая условная стоимость “деловой репутации” правообладателя, которая влияет на стоимость передаваемых прав». Садилов О.Н. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй (постатейный) / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. Издание 3-е, исправленное и дополненное, с использованием судебно-арбитражной практики / рук-ль и отв. ред. О.Н. Садилов. М. : Контракт, 1998. С. 616–617.

²⁰ Еременко В.И. Особенности пресечения недобросовестной конкуренции в Российской Федерации // Адвокат. 2000. № 7. С. 7–24.

Характерной чертой предмета договора является **объем использования исключительных прав**. Поскольку к договору коммерческой концессии применяются правила о лицензионном договоре (ст. 1235, 1489 ГК РФ), то его существенным условием как минимум является перечень товаров (работ, услуг), в отношении которых предоставляется право использования товарного знака (знака обслуживания). Кроме того, в лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Если территория, на которой допускается использование такого результата или такого средства, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять их использование на всей территории Российской Федерации. Данное условие, таким образом, не считается существенным для лицензионного договора. Это тем более справедливо и для договора коммерческой концессии, где такое условие относится к числу «вырабатываемых».

Другой особенностью предмета является **сфера предпринимательской деятельности**, в которой предполагается использование исключительных прав. Обычно сфера предпринимательской деятельности пользователя дублирует полностью либо частично сферу предпринимательской деятельности правообладателя, что делало бы их потенциальными конкурентами, если бы они действовали на одном товарном рынке. Однако таких коллизий правообладатель не допускает, предпочитая ограничивать пользователя тем товарным рынком, на котором сам правообладатель не планирует появляться. Поскольку при этом правообладатель не является конкурентом пользователю, постольку такое соглашение антимонопольным законодательством относится к числу вертикальных. В любом случае, однако, договор коммерческой концессии воздействует на состояние

конкуренции на рынке пользователя. Это обстоятельство учитывает законодательство о защите конкуренции. И в тех случаях, когда такое вертикальное соглашение создает угрозу ограничения конкуренции на рынке, оно становится предметом антимонопольного контроля. В пункте 4 ст. 11 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» запрещаются вертикальные соглашения между хозяйствующими субъектами, если:

1) такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;

2) такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.

На договор коммерческой концессии эти ограничения не распространяются, если стороны не используют его в качестве притворной сделки, прикрывающей иное антиконкурентное вертикальное соглашение²¹.

На практике для обозначения предмета договора прижилось легальное понятие «комплекс исключительных прав», предусмотренное в п. 2 ст. 1027 ГК РФ. Сам этот термин удобен технически, с одной стороны, для краткого обозначения некоторой совокупности взаимосвязанных исключительных прав, объекты которых передаются франчайзи-получателю или пользователю по договору коммерческой концессии²²,

²¹ Статьи 11, 12 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

²² Например: «Между Кэрнмор Груп Лимитед и Должником заключен договор коммерческой концессии № 0001-SM от 1 декабря 2015 г. В соответствии с указанным договором Должник получил право на использование комплекса ис-

а с другой, он оказывается пригодным и для маскировки истинных намерений, целью которых является сделка, отличная от договора коммерческой концессии (например, аренда либо квазиаренда рекламных мест) либо смешанного договора, техникой разработки которого предпочитают себя не утруждать, ограничиваясь терминологией договора коммерческой концессии (как, например, в деле № А40-104294/2021, где в предмет коммерческой концессии были включены также товары и услуги²³).

По мнению некоторых судов, буквально толкующих содержание ст. 1027 ГК РФ, обязательной составной частью этого предмета якобы является товарный знак (знак обслуживания), а все остальные — опциональными, определяемыми по усмотрению сторон²⁴. Это принципиально неверно, поскольку в таком случае договор коммерческой концессии ничем вообще не отличался бы от лицензионного договора.

Исключительные права — все равно, по отдельности или в комплексе — не могут передаваться иначе как по договору об отчуждении (ст. 1229 ГК РФ). Даже когда обладатель

ключительных прав, включающего в себя методы для создания, осуществления деятельности и продвижения складов индивидуального хранения с помощью коммерческого обозначения “Самосклад”, и связанных с ним товарных знаков регистрации № 458742 и № 445464 (“Франшиза”)» (Дело № А40-175627/2019) // СПС «КонсультантПлюс».

²³ «Состав комплекса исключительных прав включает в себя исключительные права, а также перечень товаров и услуг в соответствии с международной классификацией товаров и услуг (МКТУ) в объеме, определенном сторонами в приложении № 1 к договору № 115» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ См, напр., дело № А09-1129/2021 от 8 ноября 2021 г.: «Договор коммерческой концессии в обязательном порядке должен предусматривать предоставление прав на товарный знак или знак обслуживания, но предоставление прав на использование иных объектов интеллектуальной собственности и объем их использования определяется сторонами по своему усмотрению». Или: «По своей правовой природе договор коммерческой концессии — это комплексный договор, в котором преобладает в качестве основы лицензионный договор о предоставлении исключительного права на товарные знаки и другие объекты исключительных прав» (Постановление ФАС Московского округа от 2 июля 2014 г. № Ф05-6196/2014 по делу № А40-117437/13-27-1046) // СПС «КонсультантПлюс».

исключительного права передает пользователю все возможности, заключенные в содержании этого права, лишая себя на время использования объектов, им охраняемых (исключительная лицензия), речь идет о предоставлении ограниченного производного, т.е. неисключительного, интеллектуального права. Такой договор франчайзинга, близкий к договору о передаче исключительного права, может либо квалифицироваться как лицензионный, либо признаваться недействительным, если он прикрывает договор об отчуждении исключительного права²⁵. Неисключительное же право относится не к пользованию исключительным правом, как по привычке принято писать в договорах коммерческой концессии, попадающих в поле зрения арбитражных судов (см., напр., дело № А26-4705/2021, дело № А40-104294/2021²⁶), а к использованию объекта исключительного права — результата интеллектуальной деятельности (ст. 1235 ГК РФ) в объеме, определяемом договором коммерческой концессии.

Литература

1. Авилов Г.Е. Гражданское право. Часть 2. Обязательственное право : учебник / Г.Е. Авилов [и др.] ; под редакцией В.В. Залесского. Москва : МТК «Восточный экспресс», 1998.

²⁵ См.: пункт 37 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶ «Ответчик обязался предоставить истцу за вознаграждение неисключительное право использования комплекса исключительных прав в объеме, определенном сторонами в п. 1.1 договора, принадлежащих Ответчику на основании договора мастер-франшизы № 04/16 от 3 августа 2016 г., ...по условиям которого Ответчику предоставлено исключительное право использования комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав, товаров и услуг, в отношении которых... зарегистрирован товарный знак «Даблби»... как для самостоятельного использования (открытия собственных кафетериев), так и для предоставления права использования комплекса исключительных прав в субпользование третьим лицам (открытия франчайзинговых кафетериев) на территории Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

2. Городов О.А. Франчайзинг / О.А. Городов // Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве / ответственный редактор М.А. Егорова. Москва : Юстицинформ, 2015.
3. Еременко В.И. Особенности пресечения недобросовестной конкуренции в Российской Федерации / В.И. Еременко // Адвокат. 2000. № 7.
4. Никифоров И.В. Коммерческая концессия / И.В. Никифоров // Гражданское право : учебник. Т. 2. Издание второе, переработанное и дополненное / под редакцией А.П. Сергеева. Москва : Проспект, 2020.
5. Райников А.С. Договор коммерческой концессии / А.С. Райников. Москва : Статут, 2009.
6. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России / Ю.В. Романец ; вступительная статья В.Ф. Яковлева. Москва : Юристъ, 2001.
7. Садилов О.Н. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй (постатейный) / О.Н. Садилов [и др.] ; руководитель и ответственный редактор О.Н. Садилов. Издание 3-е, исправленное и дополненное, с использованием судебно-арбитражной практики. Москва : Контракт, 1998.
8. Суханов Е.А. Договор коммерческой концессии / Е.А. Суханов // Гражданское право. Учебник : в 2 томах. Т. II. Полутом 1 / ответственный редактор Е.А. Суханов. Москва : БЕК, 1999. С. 623–624.
9. Черепанова Е.А. Франчайзинг в России: правовой аспект / Е.А. Черепанова. Екатеринбург : ИД «Урал-ЮрИздат», 2005.

References

1. Billing T. Vertriebsrecht: Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht, Kommissionsrecht: Kommen-

- tar / T. Billing, U. Wauschkuhn, E. Flohr ; Verlag C.H. Beck (Verlag). 2. Auflage / Hrsg. von E. Flohr ; Mitwirkung von T. Billing [u. a.]. München : C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2018. S. 1075–1198.
2. Canaris C.W. Handelsrecht: Ein Studienbuch 22., neubearbeitete und stark erweiterte Auflage des von Karl-Hermann Capelle begründeten Werkes / C.W. Canaris. München : C.H. Beck Verlagbuchhandlung, 1995.
 3. Goldfield D.R. Encyclopedia of American urban history. Vol. 1 [A — L] / D.R. Goldfield ; edited by G.D. Garmaier (A Sage reference publication). Thousand Oaks, Calif. [u.a.] : Sage Publication, 2007. P. 281.
 4. Sen K.C. Franchising as a Growth Strategy in the U.S. Restaurant Industry / K.C. Sen, M. Spriggs // Mar Society of Franchising: Winning strategies for franchising, Orlando. FL. current research and future directions, 1997.
 5. Skaupy W. Franchising: Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis 2 / W. Skaupy. München : Vahlen, 1995. S. 238–254.

Азаров Дмитрий Васильевич,
доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Брянского государственного университета
имени академика И.Г. Петровского,
кандидат юридических наук
azarov-dv@mail.ru

ОБ ОТРАСЛЕВОМ ДЕЛЕНИИ ПРАВА И О МЕСТЕ КОММЕРЧЕСКОГО ПРАВА В СИСТЕМЕ РОССИЙСКОГО ПРАВА

Статья представляет собой взгляд на современное состояние и тенденции развития системы российского права и законодательства. Высказывается позиция, что раздувание и последующее дробление системы права не на пользу последней. Отстаивается идея унификации как наиболее оптимальной линии развития системы права.

Ключевые слова: правовая система, система права, отрасль права, гражданское право, коммерческое право, унификация права.

Azarov Dmitry Vasilyevich
Ph.D (Law), Associate Professor of Civil Law Department
Bryansk State University named after Academician I.G. Petrovsky, Bryansk

ABOUT SECTORIAL DIVISION OF LAW AND ABOUT THE PLACE OF COMMERCIAL LAW IN THE SYSTEM OF RUSSIAN LAW

The article is a view on the modern state and the development trends of the system of russian law and legislation. The point of view is expressed that the inflating and subsequent crushing of law system is not useful for the last one. The idea of unification in law is being upheld.

Keywords: legal system, system of law, branch of law, civil law, commercial law, unification in law.

Теория права, понимаемая как часть общественного сознания, представляющая концентрацию концептуальных идей и устойчивых представлений о праве в обществе, является фундаментом правовой системы общества. Очевидно, что устойчивость правовой системы обусловлена прочностью

ее фундамента. Данное обстоятельство налагает большую ответственность на тех, кто *ex officio* и (или) в угоду своим амбициям решается на изменение (ремонт, реконструкцию) фундамента правовой системы. В строительной сфере и реконструкция, и ремонт начинаются с проекта, который изготавливается компетентными специалистами, проходит необходимые экспертизы и согласования. В праве почему-то все гораздо проще. Отсюда перманентный непрекращающийся ремонт правовой системы, от которого, к сожалению, больше шума, чем толку.

Другой качественной характеристикой фундамента является его конструктивность, проявляющаяся в отсутствии лишних элементов в конструкции. Применительно к праву это выражается в полезности и разумной достаточности каждого из элементов правовой системы.

Цель настоящей работы — оценка некоторых теоретико-правовых идей и представлений об отраслевом делении права на предмет их прочности и полезности.

Дискуссии на предмет дуализма частного права на протяжении более сотни лет то утихают, то разгораются с новой силой. Специалисты в области коммерческого права (далее — коммерциалисты), не желая довольствоваться научной и академической самостоятельностью коммерческого права, отстаивают идею его отраслевой автономии. Так, авторы одного из последних учебников по коммерческому праву указывают, что «коммерческое право с точки зрения своего содержания представляет собой обособленную в предметно-методологическом отношении, выделившуюся область частного (гражданского в широком смысле слова) права — отрасль частного права. Иначе не может и быть, ибо торговый оборот... представляет собой часть гражданского оборота — имущественного оборота, построенного на частных началах и оттого регулируемого частным (гражданским) правом»¹. Позволим себе критический взгляд на данное утверждение уважаемых авторов.

¹ Амбросимова Е.А. и др. Коммерческое право : учебн. для академ. бакалавр. М., 2016.

Легко заметить, что в первой части цитаты авторы выдвигают тезис об отраслевой самостоятельности коммерческого права; во второй прослеживается попытка этот тезис обосновать, но почему-то акцент в обосновании делается на характеристике коммерческого права как частного (с чем никто не спорит). Спорная же часть приведенного утверждения лишена какой-либо аргументации. Складывается впечатление, что авторы уходят в сторону от основной проблемы: «За всеми этими и многими другими взглядами на коммерческое (торговое) право скрывается, по сути, одна проблема: как строить изучение права и обучение праву?»² Но ведь суть обсуждаемой проблемы не в том, как изучать и обучать, а в том, выделять или не выделять; т.е. камнем преткновения в дискуссии о дуализме частного права является вопрос об отраслевой (а не научной и академической) самостоятельности коммерческого (торгового) права.

Вместе с тем сам факт того, что кафедра коммерческого права МГУ отмечает 30-летний юбилей, говорит за то, что монизм частного права несколько не мешает развитию этого направления юриспруденции (коммерческого права). Если же проблемы в науке и образовании есть, то их следует решать, но только не путем вторжения в систему права. Совершенно прав В.А. Белов, замечая, что «важно лишь не смешивать учебную дисциплину с наукой, а науку права — с самим правом и не переносить явления и закономерности, присущие праву как учебной дисциплине, на право в другом понимании — как науку, систему норм или субъективные юридические возможности. Дуализм, а точнее полимерная структура учебных дисциплин сама по себе, не основание для подгона под нее систем науки, норм или субъективных прав»³.

Заметим также, что спортивное, информационное, медицинское, космическое право как направления юриспруденции обладают не меньшей спецификой, чем коммерческое право.

² Белов В.А. Гражданское право. Т. 1. Общая часть. Введение в гражданское право : учебн. для бакалавр. и магистр. М., 2016. С. 23.

³ Там же. С. 24.

Очевидно также, что вслед за научным признанием коммерческого права самостоятельной отраслью права последует деление самого коммерческого права на биржевое, брокерское, дилерское, дистрибьюторское, агентское, консигнационное и т.п. В итоге фундамент правовой системы, состоящий сейчас из крупных блоков, будет заменен «кирпичным», который тоже может оказаться крепким; а ведь может и нет. Стоит ли экспериментировать?

Коммерциалисты объясняют свою настойчивость в продвижении идеи отраслевого обособления коммерческого права научными интересами: «Для целей научного изучения право как совокупность норм должно быть разделено на известные обособленные предметные области (отрасли)»⁴. Однако такое деление должно подчиняться принятым в правовой науке правилам. «Заложенные М.М. Агарковым основы учения о разделении советского права на отрасли по критериям предмета и метода правового регулирования получили развитие... после чего были канонизированы в трудах целого ряда ученых-теоретиков и цивилистов... Данная концепция получила статус господствующей. Известная под наименованием отраслевой теории деления права, она сохраняет этот статус и по сей день»⁵. Отталкиваясь от данной научной основы, можно было бы оценить, насколько нормы, регулирующие торговлю, подпадают под критерии отраслевого обособления. Но на эту тему так много сказано за историю дискуссии о дуализме частного права, что вряд ли в том есть резон, учитывая формат работы как статьи. Попробуем на прочность лишь некоторые аргументы сторонников отраслевой самобытности коммерческого права.

Один из таких аргументов сводится к тезису о том, что предмет коммерческого права является трехкомпонентным: 1) нормы, 2) деятельность, 3) цели и задачи, в отличие от одноком-

⁴ Амбросимова Е.А. Указ. соч. С. 25.

⁵ Белов В.А. Указ. соч.

понентного (только нормы) предмета гражданского права⁶. Но ведь предмет отрасли права — не нормы, а отношения; поэтому из всех перечисленных компонентов к предмету правового регулирования имеет отношение только деятельность, так как это не что иное, как определенный тип общественных отношений. В науке гражданского права его предмет определяется как отношения имущественные и отношения личные неимущественные⁷. И то обстоятельство, что в предмете гражданского права не выделяется гражданско-правовой деятельности⁸, не означает отсутствия такого социального явления, как деятельность, в составе предмета гражданского права, так как «имущественные отношения по своей социально-экономической природе представляют собой исторически обусловленную экономическую форму общественно-производственной деятельности людей, связанной с производством и распределением (обменом) материальных благ»⁹. Таким образом, если не подвергать ревизии устоявшиеся в правовой науке взгляды на предмет отрасли права как общественные отношения, то коммерческая (она же торговая) деятельность есть вид имущественных отношений, его составная часть, соответственно, этот вид общественных отношений включается в предмет гражданско-правового регулирования.

В контексте обсуждаемой проблемы хотелось бы заметить также следующее. Если все-таки, сузив предварительно предмет гражданско-правового регулирования, разделить условно частное право на общегражданское и коммерческое, то пограничная полоса между ними будет гораздо шире, чем их, образно говоря, собственные территории (большинство договорных моделей, внедоговорные обязательства применимы как для юридического оформления товарообмена, так и для

⁶ Амбросимова Е.А. Указ. соч. С. 31.

⁷ Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды : в 2 т. Т. I. М. : Статут, 2005. С. 30.

⁸ Амбросимова Е.А. Указ. соч. С. 31.

⁹ Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 37.

общегражданской сферы (сферы потребления)). Вместе с тем справедливости ради следует признать, что отношения, предметно характеризуемые коммерциалистами как коммерческие, в куда большей степени, чем общегражданские, подчиняются гражданско-правовому методу регулирования (разумеется, при условии их дистанцирования от так называемого предпринимательского права). Последнее обстоятельство приводит к мысли о том, что настоящая цивилистика — это как раз коммерческое право, и в целях обеспечения чистоты отраслевой дифференциации его (коммерческое право) можно выделять как некий эталон частного права (в этом случае, правда, придется избегать упоминания о законе о государственном регулировании торговой деятельности как источнике коммерческого права). Однако, учитывая первое из обозначенных обстоятельств, этого делать как раз не стоит, так как в результате выделения на, назовем так, собственно коммерческой территории будет полное процветание, а вот в приграничье — вряд ли.

И снова напрашивается уже звучавший выше вопрос: нужны ли такие эксперименты? Ведь следом неизбежно встанет вопрос о торговом (коммерческом) кодексе. А с учетом того, что современный российский законодатель работает по принципу «чем больше законов, тем лучше», за реализацией идеи дело не станет. Только вот оценить степень эффективности такого законодательного решения можно будет лишь спустя десятилетия. Хотя, используя уже имеющийся опыт создания новых отраслей права, спрогнозировать развитие ситуации можно и сегодня.

Рассмотрим в качестве примера арбитражный процесс как процессуальный аналог коммерческого права. В начале 90-х годов прошлого века в обстановке перехода нашей страны к рыночной системе хозяйствования идея создания специализированных судов и простого, пронизанного духом состязательности, процесса выглядела разумной и своевременной. Да что выглядела, она таковой была. И первый Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (далее —

АПК РФ) 1992 г.¹⁰ был поистине новаторским процессуальным законом, кардинально отличавшимся от всего, что было до этого в процессуальном праве: лаконичный, понятный, практичный.

Вот только ортодоксальные процессуалисты, конечно, не могли не обнаружить в нем недостатков. Кодекс начали дорабатывать, в результате чего появился сначала АПК РФ 1995 г.¹¹, а затем и АПК РФ 2002 г.¹² Каждый новый кодекс все больше утрачивал самобытность, присущую первоначальному варианту, и все больше становился похож на своего старшего брата — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации¹³ (далее — ГПК РФ). Различия в итоге стали столь незначительны, что в юридическом сообществе возникла вполне разумная идея унификации гражданского и арбитражного процессов в так называемый цивилистический. Эта идея нашла воплощение в одобренной решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 8 декабря 2014 г. № 124 (1) Концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹⁴. В результате процессуальной реформы 2018 г. большинство имевшихся незначительных и ненужных различий норм ГПК РФ и АПК РФ были устранены, что еще более сблизило эти отрасли права (гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное).

¹⁰ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (утв. ВС РФ 05.03.1992 № 2447-1) (с изм. от 07.07.1993) (документ утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 5 мая 1995 г. № 70-ФЗ (ред. от 24.07.2002) (документ утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2001 г. № 138-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124 (1)) // СПС «КонсультантПлюс».

Кстати говоря, унификация — одна из самых разумных тенденций развития права; ее надо, что называется, брать на вооружение и делать основным направлением в концепции развития отечественной правовой системы, страдающей зашлакованностью и нуждающейся в основательной чистке. Настала пора переориентирования направления научной мысли с «какой бы закон принять» на «какой бы закон убрать». То есть речь идет о необходимости работы над оптимизацией существующей системы права на основе уже обозначенных выше критериев прочности (фундаментальности) и конструктивности (полезности).

Вместе с тем на практике развитие системы права и системы законодательства происходит с точностью до наоборот. На фоне разговоров о создании единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в 2015 г. был принят и вступил в силу Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации¹⁵ (далее — КАС РФ). В итоге то, что в советские времена регулировалось одним процессуальным законом (ГПК РСФСР¹⁶), стало регулироваться тремя (не хотелось бы распространения такого опыта). Более того, несмотря на то что ч. 1 ст. 29 действующего АПК РФ прямо говорит о том, что арбитражные суды определенные категории дел рассматривают в порядке административного судопроизводства, закон об этом самом судопроизводстве в отношении арбитражных судов почему-то не действует (ч. 4 ст. 1 КАС РФ). В такой ситуации трудно говорить о системности, упорядоченности, логической последовательности в праве.

И уж если речь зашла о процессуальном праве, нельзя не обратить внимание на такой казус, как появление в российской системе права понятия «арбитражное судопроизводство». Проблема состоит в том, что при работе над Конституцией

¹⁵ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Гражданский процессуальный кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 11.06.1964) (ред. от 31.12.2002) (документ утратил силу) // СПС «КонсультантПлюс».

Российской Федерации¹⁷ ее разработчики (авторы) исходили из того, что виды судопроизводства определяются исходя из спорного материального правоотношения (конституционное, гражданское, административное и уголовное)¹⁸. В 2020 г. к ним добавилось арбитражное. Что это? Нарушение понятийного ряда или изменение подхода к классификации? Учитывая, что первый вариант является грубой логической ошибкой, будем рассматривать второй. И в который раз встает тот самый живо-трепещущий вопрос: зачем? Было вполне приемлемое системное изложение правового материала, основанное на разумном научном подходе к критериям классификации видов судопроизводства, подчеркивающим логическую связь материального и процессуального права. Лежащие в основе этого подхода научные идеи позволяли говорить о единстве административного судопроизводства и единстве гражданского судопроизводства независимо от того, в каком суде рассматривается административное или гражданское дело. Это была система, фундамент, на котором можно было строить и перестраивать как судоустройство, так и судопроизводство. Но фундамент перестроили (добавили конструкцию с благим намерением укрепить). В итоге он не то чтобы просел, но значительно ослаб. С этой стороны уже ничего нового не построишь. Придется жить с тремя процессуальными законами с одинаковой (должна быть таковой исходя из единства принципов правосудия) общей частью (независимость, беспристрастность, законность, публичность, непосредственность, гласность, равноправие и т.п.). А ведь можно было бы (раз уж не устроила идея самобытного простого и короткого АПК РФ) вернуться к варианту одного процессуального закона (по аналогии с ГПК РСФСР)

¹⁷ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ Конституция Российской Федерации. Комментарий / под общ. ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. М., 1994. С. 501. Об этом же: Яковлев В.Ф. Много проблем предстоит решить в судебной системе России. URL: http://www.tpp-inform.ru/analitic_journal/4021.html (дата обращения: 02.12.2014).

с единой общей частью и особенной, поделенной на сколько угодно много разделов (для каждого вида судопроизводства) и подразделов для каждой ветви судебной власти. Но теперь к этому есть объективное препятствие в виде конституционной нормы о пяти видах судопроизводства с процессуально-отраслевым критерием в основе классификации.

В то же время следует заметить, что при правильном понимании теоретико-правовой подоплеку деления судопроизводства на виды и желания законодателя дать арбитражным судам свое судопроизводство последнее можно было обозначить не как арбитражное, а как коммерческое, или, лучше, торговое, — с учетом того, что в истории российского права уже был опыт существования торгового судопроизводства (Устав торгового судопроизводства был утвержден Указом Николая I от 14 мая 1832 г. об учреждении коммерческих судов¹⁹). Такой вариант решения обсуждаемого вопроса позволил бы сохранить существующую теоретико-правовую основу отраслевого деления права и в то же время означал бы официальное (на высоком законодательном уровне) признание отраслевой самостоятельности коммерческого права.

В заключение еще раз подчеркну — автор этих строк достаточно консервативен, чтобы выступать за изменения, касающиеся теоретико-правового фундамента правовой системы. Концептуальная позиция о необходимости максимально бережного отношения к основам системы права, в том числе его отраслевому делению, выраженная в первой части статьи, есть главная идея, которую автор пытался донести до читательской аудитории. Вместе с тем реальность заставляет проявлять тактическую гибкость, что, собственно, в итоге и привело к выводу о возможности положительного варианта решения вопроса об отраслевой самостоятельности коммерческого права. Тем не менее высказанная в заключительной части работы

¹⁹ История коммерческого правосудия в России. URL: <https://rostov.arbitr.ru/material/349794>

идея не исключает следования изначально обозначенной стратегической линии, в основе которой лежит приверженность теоретико-правовым традициям и устоям, в том числе в области отраслевого деления права.

Однако с учетом того, что в настоящей статье активно используется термин «коммерческое право», возникает вопрос о том, какое же правовое явление скрывается под этим именем. Приведенные выше доводы не позволяют говорить о том, что коммерческое право занимает в системе права какое-то особое место. Скорее можно говорить о коммерциализме как идеологическом течении в праве, возникшем и развивающемся в противовес позитивизму. Как отмечалось выше, развитие идей коммерциализма в процессуальном праве привело к появлению новой отрасли — арбитражного процессуального права. Подход к правовой природе брака как партнерству, нетипичные формы трудовых отношений есть проявления коммерциализма в семейном и трудовом праве.

Литература

1. Амбросимова Е.А. Коммерческое право : учебник для академического бакалавриата / Е.А. Амбросимова [и др.]. Москва, 2016.
2. Белов В.А. Гражданское право. Том 1. Общая часть. Введение в гражданское право : учебник для бакалавриата и магистратуры / В.А. Белов. Москва, 2016.
3. Конституция Российской Федерации. Комментарий / под общей редакцией Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. Москва, 1994.
4. Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды : в 2 томах. Том 1 / О.А. Красавчиков. Москва : Статут, 2005.
5. Яковлев В.Ф. Много проблем предстоит решить в судебной системе России / В.Ф. Яковлев. URL: http://www.tpp-inform.ru/analytic_journal/4021.html (дата обращения: 02.12.2014).

Оригинал-макет подготовлен ООО «Издательская группа «Юрист»

Адрес

Почтовый адрес: 115035, г. Москва, Космодамианская наб., д. 26/55, стр. 7

Печать

Отпечатано в типографии «Национальная полиграфическая группа».
248031, г. Калуга, п. Северный, ул. Светлая, д. 2. Тел. (4842) 70-03-37

Формат 70x100/16. Бумага офсетная. Печать офсетная.
Общий тираж 250 экз. Цена свободная.

Номер подписан в печать: 19.12.2022.

ISBN 978-5-8078-0256-9



9 785807 802569