

Киевский региональный центр
Национальной академии правовых наук Украины
Научно-исследовательский институт частного права
Каспийского общественного университета

**ПРАВОВОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
В ПОСТСОВЕТСКИЙ ПЕРИОД**

Сборник научных статей

Под общей редакцией
докторов юридических наук,
профессоров *Н. С. Кузнецовой* и *М. К. Сулейменова*

Харьков
«Право»
2018

Рецензенты:

В. В. Луць, доктор юридических наук, профессор;
И. А. Безклубый, доктор юридических наук, профессор

Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период : сб. науч. ст. / под общ. ред. Н. С. Кузнецовой и М. К. Сулейменова. – Харьков : Право, 2018. – 864 с. : ил.

ISBN 978-966-937-518-6

В сборник включены научные статьи ведущих цивилистов Украины, Казахстана, других зарубежных государств, посвященные анализу положений Хозяйственного кодекса Украины и Предпринимательского кодекса Казахстана, их соотношения как с нормами гражданских кодексов, так и специальных законов в сфере предпринимательской деятельности.

Предназначен для ученых-правоведов, юристов, занимающихся правоприменительной практикой, аспирантов, студентов юридических вузов.

УДК 346.5:316.334.23(477)

ISBN 978-966-937-518-6

©Кузнецова Н. С., Сулейменов М. К., 2018
©Коллектив авторов, 2018
©Издательство «Право», 2018

ПРЕДИСЛОВИЕ

Принятие в Украине в 2003 г. одновременно Гражданского и Хозяйственного кодексов открыло новую страницу в затянувшейся дискуссии между представителями науки гражданского и хозяйственного права о способах систематизации законодательства, регулирующего экономические отношения, и в целом о месте хозяйственного права в системе права.

Украинские цивилисты полагали, что этот опыт кодификации так и останется уникальным «украинским экспериментом», поскольку именно в Украине исторически доктрина хозяйственного права получила наибольшее распространение как в советскую эпоху, так и в постсоветское время.

Вместе с тем не без удивления и сожаления вынуждены констатировать, что в Казахстане идея принятия отдельного кодифицированного акта, регулирующего предпринимательскую деятельность, нашла свою реализацию, несмотря на жесткую оппозицию не только со стороны цивилистов, но и в целом юридического сообщества¹.

Такое развитие событий актуализировало проведение исследования, посвященного анализу применения отдельных положений Хозяйственного кодекса Украины и Предпринимательского кодекса Казахстана, соотношения этих кодексов с Гражданскими кодексами Украины и Казахстана, а также со специальными законодательными актами, регулирующими отношения в сфере предпринимательской деятельности.

Авторы статей, включенных в настоящий сборник, стремились показать, что нормы как Хозяйственного кодекса Украины, так и Предпринимательского кодекса Казахстана создали серьезные сложности для лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, а также для всей правоприменительной системы в этих государствах, поскольку возникли многочисленные проблемы, связанные с принципиально разными подходами к урегулированию предпринимательских отношений у цивилистов и хозяйственников.

Весьма часто из уст представителей науки хозяйственного права звучат обманчивые фразы о том, что кодификация предпринимательского законодательства «освободит» от необходимости искать ответы на вопросы, возникающие у предпринимателей и судей на практике, в многочисленных законодательных и подзаконных нормативных актах, достаточно будет воспользоваться Хозяйственным или Предпринимательским кодексом. Эта многократно повторяющаяся сказка не имеет ничего общего с реальным состоянием дел в этой области.

Нередко при решении практических вопросов нормы указанных кодексов напоминают «пятое колесо в телеге», поскольку занимают промежуточное место между общими положениями Гражданского кодекса и их детализацией в специальных законах.

¹ См.: Предпринимательский кодекс как орудие развала правовой системы Казахстана. Алматы, 2011. С. 227.

Чтобы избежать возможных манипуляций и спекуляций в оценке реального значения как Хозяйственного кодекса Украины, так и Предпринимательского кодекса Казахстана, часто используемых их сторонниками, мы не ограничились только анализом содержания кодекса, при проведении которого были максимально объективны. Читателям предоставлена возможность познакомиться с текстами Хозяйственного кодекса Украины и Предпринимательского кодекса Казахстана и сформировать самостоятельную оценку их правовой ценности.

**Наталья Кузнецова,
Майдан Сулейменов**

РАЗДЕЛ 1

Законодательство о предпринимательской деятельности: проблемы систематизации

О. С. ИОФФЕ

*доктор юридических наук,
профессор*

О ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРАВЕ (ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА)

1. К истории вопроса

Теория хозяйственного права родилась в странах Западной Европы в результате экономических трудностей, обусловленных Первой мировой войной. Эти трудности отрицательно сказались на свободе экономической деятельности, обеспеченной гражданским (частным) правом. Война и ее последствия вынудили в значительной мере заменить хозяйственную инициативу типизированным регулированием и понуждением к установлению имущественных правоотношений. В малых странах (например, в Швейцарии) подобными трудностями можно было пренебречь. То же самое по понятным причинам наблюдалось и в странах прецедентного права (США, Великобритания). Не испытывала такой необходимости также Россия, гражданское законодательство которой лишь в конце XIX – начале XX столетия становится объектом кодификации.

Напротив, Франция и особенно Германия, вышедшие из войны экономически истощенными, не могли полагаться на привычные гражданско-правовые формы, и потому юридическая наука этих стран обратилась к теоретическому обоснованию отступления от прежних тенденций. Эти отступления заключались, во-первых, в создании правовых норм и еще в большей степени в разработке теоретических концепций, неведомых гражданскому праву, и, во-вторых, в подчинении указанных норм общей части гражданских кодексов в случае пробелов. Именовались названные нововведения по-разному, но, в конце концов, стал привычным термин «хозяйственное право». Оно не объявлялось отдельной отраслью права, а рассматривалось как особое ответвление гражданского права, предназначенное для первоочередного применения к соответствующим имуще-

ственным отношениям, а при отсутствии в нем необходимых правил в действие вступало общегражданское регулирование. Когда европейская экономика стабилизировалась, хозяйственное право постепенно вышло из употребления и даже в научной терминологии встречалось в виде исключения.

После Октябрьского переворота в России гражданское право вместе с его кодификацией явилось результатом перехода от военного коммунизма (прямой продуктообмен) к нэпу (товарное обращение). Но одновременно с провозглашением нэпа вводятся существенные его ограничения, включая постепенный переход к общему планированию, соединенному в дальнейшем с планированием индивидуальным.

Рассуждая объективно, планирование появилось вообще и становилось тем жестче, чем значительней экономика страны приобретала характер экономики недостатка и чем меньше сохранялось ресурсов для удовлетворения общих, а потом и первостепенных потребностей. Ни Ленин, ни поначалу даже Сталин этого не отрицали. Но позднее из показателя нищеты официальная пропаганда переводит планирование в разряд важных преимуществ сперва советской, а впоследствии «социалистической» системы. Утверждалось, что благодаря ему в стране нет кризиса, ликвидирована безработица, обеспечены равномерное распределение материальных благ и удовлетворение всеобщих потребностей в разумных пределах взамен классовой дифференциации между различными социальными группами. Эти пропагандистские лозунги повторялись, несмотря на их вопиющее несоответствие действительности (голод конца 20-х – начала 30-х гг., карточная система, низкая заработная плата и др.). В разгар подобных пропагандистских вывертов в системе советского права происходит замена «буржуазного» гражданского права «новым», хозяйственным правом. Последнее в теоретических разработках сохранило состав былого гражданского права с резким сокращением характеристики прав граждан и заполнением учебной литературы описанием производственно-технических проблем. К тому же возвеличение социализма, в противовес капитализму, теперь дополняется противопоставлением «буржуазному» гражданскому праву «социалистического» хозяйственного права, хотя под псевдонимом хозяйственного права продолжало действовать гражданское право, уменьшенное в своем составе лишь за счет выделения семейного права.

Такое положение существовало до 1937–1938 гг., когда Сталин инициировал экстремальные репрессии, жертвами которых становятся также видные ученые, обвиненные во вредительстве на правовом фронте в форме пропаганды хозяйственного права и обусловленной этим ошибочной перестройки системы советского права. Некоторые из них, дожив до реабилитации, проведенной по инициативе Н. С. Хрущева, вернулись к работе. Изредка кое-кто из реабилитированных пытался свалить вину за пережитую несправедливость на тех, кто ратовал за восстановление гражданского права. Эту линию отстаивал, например, Л. Я. Гинцбург, редактор двухтомного учебника хозяйственного права 1935 г.

В одном из выступлений на ученом совете ИГПАН СССР он заявил об этом во всеуслышание.

Между тем ни обвинение «хозяйственников» во вредительстве, ни подозрения цивилистов в злонамеренности по отношению к ним не имеют под собой никаких оснований.

Первым Всесоюзным совещанием ученых-юристов 1938 г. руководил А. Я. Вышинский – главный исполнитель чудовищных злодеяний Сталина, Генеральный прокурор СССР, уже санкционировавший гибель ведущих «хозяйственников» прежде, чем совещание подтвердило упразднение хозяйственного права и реабилитацию гражданского права с изъятием из него семейного права. Ученые, избежавшие репрессий, как «хозяйственники», так и цивилисты, не могли публиковаться в те тяжелые годы, если они не отрешивались от «вредителей». Да и ввели в научные споры кулачные интонации сперва «хозяйственники», а потом, хотя и несравненно более цивилизованным, этим методом воспользовались и цивилисты. Процесс освобождения от несовместимого с наукой языка продолжается с переменным успехом и ныне. От него должны полностью избавиться и те, и другие.

Возвращаясь, однако, к истории, можно констатировать, что она отмечается кратковременным господством концепции хозяйственного права и заменой ее путем реставрации гражданского права.

Отечественная война прервала этот процесс. Однако еще до ее окончания, в 1944 г., появляется один из лучших учебников гражданского права в 2-х томах под редакцией М. М. Агаркова и Д. М. Генкина. По времени это совпало с началом небывалого расцвета юриспруденции в СССР, завершившимся в 1957 г. дискуссией о системе советского права, когда вновь развернулась очередная, вторая по счету, дискуссия о хозяйственном праве.

Поначалу эту дискуссию развивали юристы поколения студентов времен первой хозяйственно-правовой концепции (Г. А. Аксененок, И. В. Павлов, В. С. Тадевосян и др.). Их аргументы, однако, мало впечатляли, так как основывались не столько на логике, сколько на радужных эмоциях ушедшей молодости. Но вот в конце 50-х годов появляется проект Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, обращенный и к гражданам, и к организациям, а рамки дискуссии к тому времени расширились благодаря включению в нее ученых молодого поколения. Теорию хозяйственного права подхватили в Москве (Т. Е. Абова, З. М. Заменгоф, В. В. Лаптев и др.) и в Украине (В. К. Мамутов, И. Г. Побирченко и др.). Отдельные голоса в ее защиту раздавались в Ленинграде, Грузии и некоторых других местах. Выдвигается и определенная система аргументов в обоснование упомянутой теории. «Хозяйственники» ставят себе в заслугу образование кафедры хозяйственного права и выделение одноименной научной специализации, появление журнала «Хозяйство и право» и литературных источников с соответствующими наименованиями.

Но, странным образом, названные кафедры и секторы НИИ имеют противоположную направленность в различных юридических вузах: либо хозяйственно-правовую (например, соответствующий сектор ИГПАН), либо гражданско-правовую (например, кафедра хозяйственного права в Екатеринбурге). Что же касается образованных в условиях того времени новых научно-исследовательских институтов, то они именовались институтами частного, т. е. гражданского права. Журнал имеет своим названием не «хозяйственное право», а «Хозяйство и право», и печатаются в нем как «хозяйственники», так и цивилисты. Курсы лекций по хозяйственно-правовой тематике читались и раньше, например выдающимся цивилистом А. В. Бенедиктовым (Организация промышленности в СССР), а специализация в области хозяйственного законодательства (но не отрасли права) никем не отрицалась, и появление ее в перечне ВАК для защиты диссертаций лишено какого-либо доказательственного значения.

Возникает вопрос: чем вызывается подобная двойственность? Почему различные хозяйственно-правовые образования свидетельствуют одновременно в пользу как сохранения целостности гражданского права, так и поддержки создания хозяйственного права? Чтобы ответить на этот вопрос, нужно воспроизвести новую, «вторую», концепцию хозяйственного права в виде, по крайней мере, основных ее посылок.

II. Теоретические посылки современного хозяйственного права

Чтобы дать читателю возможность проверить объективную правильность моего изложения главных посылок современной концепции хозяйственного права, приведу перечень важнейших работ ее сторонников¹. Сошлюсь также на критико-аналитические выступления противников этой концепции².

Исходные положения второй концепции хозяйственного права заключаются в его приурочении только к организациям, но не к гражданам. При этом даже организации первоначально включались в сферу хозяйственного права в пределах госорганов. Только впоследствии к ним были присоединены кооперативные, кроме колхозов, и общественные организации в той мере, в какой они осуществляли хозяйственную деятельность. Сообразно с этим предлагалось изъять соответствующие юридические нормы из гражданского и административного права, переключив их в право хозяйственное.

¹ Теоретические проблемы хозяйственного права / под ред. В. В. Лаптева. М., 1975; Мамутов В. К. Понятийно-правовая эквилибристика не может заменить предметного исследования. *Хоз-во и право*. 2001. № 8. С. 14–16; Хозяйственное право : учебник / под ред. В. К. Мамутова. Киев : Юринком Интер, 2002.

² См.: Иоффе О. С., Красавчиков О. Л. О критике науки и научности критики. *Избранные труды по гражданскому праву*. М. : Статут. С. 742–758; Суханов Е., Маковский А. Еще раз о хозяйственном праве, текущем моменте и об ошибках т. Мамутова. *Хоз-во и право*. 2001. № 8. С. 17–23; Брагинский М. И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное». *Проблемы современного гражданского права* / под ред. В. П. Литовкина, В. А. Рахмиловича. Городец ; Москва, 2000.

Если бы такая концепция была принята законодателем, впервые образовалась бы правовая отрасль без участия граждан, обнимающая только (да и то не все) организации.

Эта позиция оправдывалась не только теоретически, но и серьезными практическими действиями ее сторонников. Когда был разослан для обсуждения проект Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, принятый в 1961 г. законодателем с внесением необходимых изменений, В. В. Лаптев принес в ВИЮН на обсуждение перепечатанную часть проекта, которая касалась только организаций и не затрагивала граждан. В последней части проект остался в сфере гражданского права. Разработанные им же или группой авторов с его участием проекты хозяйственных кодексов были построены в соответствии с тождественными взглядами.

Зачем понадобилось такое дробление сложившейся в стране правовой системы? Административное и гражданское право развивались до тех пор путем разработки максимально общих категорий для совокупности норм каждой из этих отраслей права. А если использовать их соответствующие части для формирования еще одной, третьей, отрасли права, какой бы оказалась судьба достигнутых обобщений вследствие подобной дифференциации? Ими нужно было бы пожертвовать ради существенной раздробленности, повернув науку вспять от достигнутого ею прогресса.

Но, может быть, регресс в этом отношении компенсировался бы новыми достижениями применительно к субъектам выделенного хозяйственного права? При подобной реформе появились бы также субъекты хозяйственного права. Но что бы они добавили к уже существующим субъектам гражданского и административного права?

Решение этого вопроса создавало непреодолимые трудности для самой обсуждаемой концепции. Она строилась так, чтобы полностью вытравить из нее следы гражданского права. Но как это сделать, если государственные организации, осуществляющие хозяйственную деятельность, уже приобрели гражданскую правосубъектность вследствие их имущественной самостоятельности? Пришлось изобрести категорию хозяйственной правосубъектности в тройственном разрезе: межхозяйственные связи (предприятие – предприятие), внешнехозяйственные связи (предприятие – орган управления) и внутрихозяйственные связи (предприятие – цех, цех и цех внутри предприятия).

Нетрудно, однако, заметить, что межхозяйственные связи (предприятие – предприятие) – это переименованные гражданские правоотношения, внешнехозяйственные связи (предприятие – орган управления) – это переименованные административные правоотношения, а внутрихозяйственные связи – это отчасти административные правоотношения (цех – предприятие), а в другой части (цех и цех внутри предприятия) – чистейшая выдумка, ибо цехи состоят в административных правоотношениях с администрацией предприятий и не находятся в каких-либо взаимных правоотношениях, а соединяются лишь про-

изводственно-техническими отношениями. Юридические контакты между цехами зиждутся не на правах и обязанностях (внутрихозяйственная поставка – еще одна игра, придуманная по гражданско-правовому сценарию в виде хозяйственно-правовых мультипликаций), а на том, что выдающийся немецкий юрист XIX века Рудольф Иеринг называл рефлексией права, и что ввиду его непролетарского происхождения было начисто вычеркнуто из советского правоведения. А зря! Рефлексия права позволяет обрисовать более широкую сферу действия права, чем одни только правоотношения.

Пассажиры, сидящие в автобусе на передних местах, но не пользующиеся подобными льготами, обязаны уступить эти места вошедшим инвалидам в силу распорядка, установленного автобусным парком. И те, и другие состоят в правоотношениях не друг с другом, а с автобусным парком. У вошедших инвалидов есть не права, а рефлексии их прав перед парком относительно сидящих пассажиров. Но поскольку такие рефлексии юридически защищены охраной названных прав, инвалиды могут требовать освободить места у тех, кто их фактически занимает.

То же самое наблюдается и в межцеховых отношениях. Цехи, все без исключения, подчиняются не друг другу, а только администрации предприятия. Она определяет последовательность межцехового движения производимого изделия. В соответствии с этим, а не по договорам поставки, цехи, опираясь на рефлексии своих прав, получают производимые изделия один от другого.

Одновременно с гражданской правосубъектностью из хозяйственного права была также исключена гражданская право-, дееспособность. Вместо нее используется другой термин – компетенция. Ну что же, органы управления как органы власти имеют свою компетенцию. А предприятия? Они никем не управляют или, точнее, управляют сами собой. Какая же у них может быть компетенция? А для того и потребовались внутрихозяйственные правоотношения, чтобы предприятие также было «компетентным», т. е. управляющим не только собой. Но цех уже наверняка никем не управляет, и его «компетенция» звучит скорее как конфуз, нежели как приемлемый термин. «Хозяйственники», однако, на это не реагируют, объявляя компетенцию таким же общим понятием для всех видов хозяйственно-правовой правосубъектности, каким право-, дееспособность служит для всех ее гражданско-правовых видов. Остается только непонятным, даже отвлекаясь от призрачной компетенции цеха, как образовать подобное, если три вида компетенции существенно друг от друга отличаются: одна существует «внешне», другая – «между», третья – «внутри». Недаром, вместо общего понятия, в хозяйственно-правовой литературе появляется сказанный скороговоркой тройственный перечень.

К нему в дальнейшем присоединяется еще один, пожалуй, наиболее удивительный тройственный перечень под именем управление имуществом. Еще А. В. Венедиктов, вводя термин «оперативное управление», предостерегал от ошибочного смешения с административным управлением: первое обрисовывает права государственных предприятий на выделенную им часть государствен-

ного имущества, а второе осуществляется посредством властных действий органов государственного управления. Когда же оперативное управление было заменено хозяйственным ведением для имущества, предоставляемого государственным предприятиям, исчезло даже словесное сходство между ним и административным управлением. Но какое это может иметь значение для созидания новой отрасли права? Раз она создана, нужны и цементирующие ее обобщения. Ведь есть же какое-то имущество не только у предприятий, но и у цехов, не говоря уже об административных органах. Коренное различие их правовых оснований не устранил их общности – пусть эта общность выражается категорией управления. Так, однако, не строится наука! Ну и пусть. А мы, «хозяйственники», именно так и будем ее строить!

К изложенным доводам хозяйственно-правовая литература в дальнейшем присоединяет еще один, едва ли не самый существенный довод: неразрывность плановых (вертикальных) и договорных (горизонтальных) отношений в социалистическом хозяйстве. В этом, дескать, состоит прогрессивное качество социализма, не замеченное цивилистами и превозносимое «хозяйственниками». В действительности, однако, пытаясь спасти договор как воистину важный инструмент хозяйствования, цивилисты, начиная со времен М. М. Агаркова, отстаивали теорию сложного фактического состава – план плюс договор, Р. О. Халфина шла еще дальше, утверждая, что не план вместе с договором, а сам договор, хотя и предуказанный планом, служит основанием обязательственных отношений между хозяйственными организациями в СССР.

Все это снимается со счетов. Какое бы недоумение ни вызывали их аргументы, «хозяйственники» настаивают на своем: так держать! Мало ли, что логические пределы самих понятий субъекта права, оперативного управления или тем более полного хозяйственного ведения имуществом не допускают их переноса в другую отрасль права. Это-де цивилисты говорят. А вы найдите другие аргументы, раз вы «хозяйственники». Не можете? Ну, значит, плохие хозяйственники!

Как бы, однако, ни выражалась «меж» хозяйственно-цивилистическая или «внутри» хозяйственная перебранка, не подлежит сомнению, что исходные посылы хозяйственно-правовой концепции не выдерживают критической проверки. Необходимо также подчеркнуть, что эта концепция сопровождается большим ущербом, нанесенным юридической науке и законодательной практике.

Важным достижением довоенного правоповедения была разработка двух критериев построения правовой системы: предмет регулирования, т. е. регулируемые каждой отраслью права специфические отношения, и метод регулирования, т. е. тот способ правового воздействия на эти отношения, какой их природой обуславливается. Правда, и при этих обстоятельствах в признании численности разных отраслей могут быть разногласия. Например, я (вместе с М. Д. Шаргородским)¹

¹ См.: Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. О системе советского права. *Совет. государство и право*. 1957. №6. С. 101–110.

признаю лишь такие отрасли права, как государственное, административное, уголовное, гражданское и процессуальное (гражданско-правовое и уголовно-правовое). Многие другие авторы также выделяли право семейное, земельное, трудовое, колхозное, забывая о различии между отраслями права и отраслями законодательства: право делится на отрасли по объективной природе юридических норм, а законодательство – по классификационному признаку, субъективно избранному законодателем. Устраняются подобные разногласия относительно просто: следует лишь установить, где есть единство предмета и метода регулирования, а где его нет, и не подменять этот критерий другими признаками (практическими потребностями, политическими задачами и т. п.). Там, где подобная подмена допускается, по остроумному замечанию Л. С. Галесника, дело может дойти до выделения банно-прачечного права.

Важно также подчеркнуть, что отрасли права включают лишь однородные отношения и единственный метод. Они могут быть, поэтому обобщены, а в воплощающих их кодексах выделяется общая часть. Напротив, отрасли законодательства включают разнородные предметы и различные методы регулирования (как хозяйственное право с вертикальными и горизонтальными отношениями и корреспондирующими им одноименными методами регулирования). Поэтому кодексы, объединяющие подобные отрасли, не просто лишены общей части, а что гораздо более существенно, непригодны к ее выделению. Это единственное возражение против теории хозяйственного права оставлено его сторонниками без видимых контраргументов. Но оно заслуживает более серьезного внимания, так как затрагивает важнейшие проблемы законодательной техники. Иногда полемически используемый французский ГК совершенно не убеждает, ибо в нем нет общей части не вследствие особенностей французского гражданского права, а потому, что французы избрали не разработанную немцами пандектную систему, а появившуюся в Древнем Риме институционную систему. Не будь этого, общая часть появилась бы во французском ГК (*Code civile*), как она была образована в Германском гражданском уложении (*BGB*).

Так обстояло дело с борьбой вокруг исходных посылок второй концепции хозяйственного права. Но...

III. Новые времена – новые нравы

Распался Советский Союз. Сперва в нем, а затем и в вышедших из него союзных республиках, которые стали суверенными государствами в составе СНГ, сформировались существенно новые взгляды, коренным образом отличающиеся от идеологии СССР. Полагаясь лишь на хорошо знакомые мне республики – Казахстан и Российскую Федерацию, должен констатировать следующее.

Во-первых, «социализм», или тем более «победивший социализм», как надуманная утопия исключается из всех вновь принятых законодательных актов.