



# ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

О.С. Іоффе\*

## ПРАВО ПРИВАТНЕ Й ПРАВО ПУБЛІЧНЕ

**Вступ.** Легалізація категорій приватного й публічного права в їх протиставленні останньою кодифікацією цивільного законодавства Росії й деяких інших держав, утворених у результаті розпаду СРСР, зумовило появу відповідних наукових досліджень. Особливу увагу привертають дві роботи: цікава книга В.В. Ровного “Проблемы единства российского частного права”<sup>1</sup>, бібліографічно насичена й теоретично різноманітна, а також прекрасна стаття М.І. Брагинського “О месте гражданского права в системе “право публичное — право частное”<sup>2</sup>. Адресуючи читача до згаданих робіт для ознайомлення з сучасним станом нової розробки цієї досить відомої проблеми, я надалі маю намір викласти пов’язані з ними мої власні погляди й полемічні судження щодо думок, які викликають заперечення. Але, перш ніж це зробити, торкнуся деяких питань історичного характеру.

Вихідні підстави для поділу права на публічне й приватне звичайно вбачають у формулі Ульпіана про спрямованість права до Римської держави в цілому чи зверненому до користі окремих осіб. За характером джерел, що дійшли до нас, ця позиція цілком справедлива. Наскільки відомо, більш ранніх джерел про розподіл права на публічне й приватне в нас немає. Однак теоретичні висновки, що випливають із аналізу римського права з урахуванням висловлення Ульпіана, дають змогу стверджувати, що там і в тій мірі, де й оскільки виникає товарний оборот, мало з’явитися й приватне право, як би воно не йменувалося мовою законодавця. Без ризику припуститися помилки, «пророкуючи» минуле, ми тим самим більш точно визначили б історичну тривалість часу існування приватного права від зародження товарних відносин до їхньої загальної поширеності.

Невелика перерва в утвердженні цієї правової системи — від падіння Рима до появи творчості глосаторів в XI ст. закінчується черговим її відродженням у все більше зростаючих масштабах, що досягли внаслідок кодифікації XIX і XX ст. своїх величезних обсягів у формуванні капіталізму й суспільства, що спирається на товарне виробництво.

Перша світова війна, яка призвела до появи примусу до договорів (*Kontrahierungszwang*) і посилення капіталістичних методів розгортання сфери товарного обороту, що вимагали розробки договорів приєднання (*les contrats d’adhesion*), стала ґрунтом для створення формулярного права з обумовленим ним обмеженням договірної волі одного з контрагентів, і це негативно позначалося на масштабах і привабливості приватного права. Частковою зміною його в капіталістичній Європі є господарське право як підпорядковане загальноцивільному праву й у випадку прогалин заповнюване останнім. Англо-американська правова система, що базувалася значною мірою на судових прецедентах, не вдалася, однак, до цього нововведення, задовольняючи свої нові потреби за

© Іоффе О.С., 2005

\* доктор юридичних наук, професор

<sup>1</sup> Ровный В.В. Проблемы единства российского частного права. — Иркутск: Изд-во Иркутского ун-та, 1999.

<sup>2</sup> Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное» // Проблемы современного гражданского права / Под ред. В.Н. Литовкина, В.А. Рахмиловича. — М.: Городец, 2000.



допомогою статутарних актів і прецедентів, що виходили від правозастосовних органів.

Нормалізація західноєвропейської економіки в повоєнний час знову відтворила типову роль концепції приватного права, а період Другої світової війни заподіяв їй ще більше втрат, ніж перша світова війна, що проходила раніше. Після закінчення Другої світової війни ідеї приватного права знову відроджуються, але вже не в такому обсязі, як після завершення першої світової війни. Цим ідеям протидіяли ще раніше висунута теорія соціальних функцій і поширений вплив соціологізованих тенденцій при поясненні завдань правових норм, адресованих економічним відносинам.

Нині приватноправова теорія підтримується її прихильниками в країнах Західної Європи, але зазнає втрат внаслідок її несумісності з соціологізацією права, що взагалі не знає ніяких суб'єктивних прав, замінюючи їх соціальними функціями, покладеними на кожного власника й невластника, кредитора й боржника, зобов'язаного й управомоченого.

У Росії після Жовтневого перевороту 1917 р. товарне виробництво й товарний оборот зовсім зникають, поступаючись місцем безпосередньому розподілу й прямому продуктообміну. Як стверджував А.Г. Гойхбарг, у цей час якщо й існували договори, то хіба про наймання пастуха й не більше того. Він, звичайно, перебільшує. Як показав А.В. Венедиктов у своєму дослідженні історії організації промисловості в країні, були й інші договори за участю не тільки індивідуальних суб'єктів, але й різних організацій, у тому числі державних, створених спочатку шляхом конфіскації, а потім і націоналізації господарських утворень у промисловості й сільськогосподарському виробництві. Але й цей автор не заперечував, що товарний оборот і пов'язані з ним правовідносини майже не набули помітного поширення. Тому й приватне право як позбавлене своєї економічної основи зникло навіть зі словесного вжитку.

Згодом країна, що зазнала такого економічного приборкання, опинилася на межі повного краху. І щоб уникнути його, у 1921 р. проголошується, а починаючи з 1922 р. впроваджується в життя неп — нова економічна політика. Економічна сутність непу полягала в створенні й розгортанні товарообороту за рахунок: а) допущення у відомих межах приватної й приватнокапіталістичної власності на підприємствах, де за наявності механічного двигуна дозволялося наймання робітників до 10, а при відсутності такого двигуна — до 20 осіб; б) переходу на самооплатність, а згодом і на господарський розрахунок (госпрозрахунок) державних і кооперативних підприємств. З огляду на те, що раніше нова влада ліквідувала приватну власність методом прямого, аж до військового, розгрому, Ленін запропонував ряд заходів, що стимулюють довіру населення до процесу створення приватних підприємств, і серед цих заходів насамперед пропонувалося видання Цивільного кодексу, що був покликаний захистити інтереси власників від обмеження їхніх прав.

Здавалося б, з'явилися всі умови, необхідні для широкого використання ідей приватного права: товарне виробництво, породжене приватною власністю, і якась подоба їй у вигляді самооплатних (госпрозрахункових) підприємств. На жаль, Ленін не тільки мав потребу в приватній власності, але, разом з тим, боявся її. Тому поряд із стимулюванням приватного підприємництва він закликав до боротьби із “зловживаннями непом”. У всіх присвячених непу публічних і закритих виступах він невпинно нагадував про небезпеку ексцесів непу й про завдання попередження цих ексцесів із унеможливленням усяких реставраторських тенденцій. Ленін постійно тримав під своїм контролем комісію зі складання Цивільного кодексу, бомбардуючи Наркома юстиції Д.І. Курського листами й записками про формування загального принципу прямого державного втручання в приватноекономічну діяльність із лиховісним для приватного права гаслом: “Ми нічого приватного не визнаємо. Для нас усе в галузі господарства є публічно-правове, а не приватне”. І жоден цивіліст, юрист або політик не використовував єдиного шансу, залишеного Леніним, який хоча й стверджував, що “ми нічого приватного не визнаємо”, але не взагалі, а лише в галузі господарства. Отже, в інших галузях приватне не відкидається, і тут



його використання дозволене!<sup>2</sup> Вся справа в тому, що в інших галузях приватне тоді взагалі не існувало, і навіть заклади культури або науки, побудовані на грошово-еквівалентних засадах, ставали б у цих межах приватногосподарськими. Цим, а не недоглядом Леніна пояснюється мовчазна покірність його можливих опонентів.

Не слід також забувати, що після закінчення року з часу проголошення непу Ленін привселюдно заявив: відступ закінчений! Ми знову повертаємося до наступу! Відступ закінчився в допущенні приватної власності у встановлених межах. Отже, перехід до наступу припускав витіснення того, що лише недавно було дозволене.

Країна не встигла по-справжньому перепочити, як відродилися заходи, що сковували приватне підприємництво, і на початку 30-х років приватна власність повністю усувається як у місті, так і в селі, де вирішилася доля самого численного приватновласницького укладу у зв'язку з ліквідацією куркульства як класу й насильницькою колективізацією іншого селянства. Хоча Конституція 1936 р. стверджувала про допущення дрібних приватних господарств одноосібних селян і кустарів, це була скоріше пропагандистська формула, ніж відображення реального стану речей. Товарне виробництво тепер уже згадувалося як щось ганебне, що стримується у своєму хижацтві за допомогою перетвореної дії закону вартості. Тому не дивно, що за винятком одиниць (наприклад, Б.Б. Черепакіна в 1925 р. і С.М. Братуся в 1940 р.), про приватне право, якщо хто-небудь ще й думав, то ніхто більше не говорив.

Перед ХІХ з'їздом КПРС, який відбувся в 1952 р., почалися закриті читання сталінських матеріалів про економічні проблеми соціалізму в СРСР із грифом “Не для друку”. Але вже восени того ж року ціла глава звітної доповіді з'їзду була присвячена викладу тих же матеріалів, і незабаром публікується книга Сталіна “Економічні проблеми соціалізму в СРСР”. Тут дійсно було сказано щось важливе, хоча й не нове. У минулому офіційно визнавалося, що закон вартості в нас діє в спотвореному вигляді. За неофіційними відомостями, це положення сформулював сам Сталін. Тепер же Сталін оголосив війну застарілому укладу, прийнятому, як і все, що від нього виходило, беззастережно. Зрозуміло, однак, що справжнє авторство на відкинуту концепцію не поширювалося. Залишилися також таємницею причини початкового засекречування “знову відкритих” загальнообов'язкових установок. Їх почали широко цитувати, а вчених-гуманістів зобов'язали публікувати статті й книги про свою науку “у світлі” геніальної еманції вождя. Тільки після викриття культу особи Сталіна пряме цитування зникло, але його концепції й висловлювання (без лапок) довго ще продовжували фігурувати в науковій літературі. Почався період, згодом названий періодом застою. У теорії таке положення без помітних змін збереглося до другої половини 80-х років, коли починає відбуватися докорінний перелом, що пов'язується хронологічно з іменами Горбачова — Єльцина — Путіна. У чому суть цього перелому, і як він вплинув на долю приватного права? Звернутися до цих питань стане можливим лише після розкриття приватного права як наукової категорії.

**Поняття приватного права. Його місце в загальній системі.** Питання це набагато складніше, ніж можна було б вважати з його визначення. Щоб знайти певне рішення, потрібно знати погляди на право взагалі й на його співвідношення із законом, висловлені тими чи іншими авторами.

У Давньому Римі існували терміни “закон” і “право” без досить чіткого їхнього розмежування. Разом з тим римляни розрізняли *jus civilis* і *jus naturalis*: перше — те, що виражене в певній формі (наприклад, закон, оформлений рішенням сенату, — *senatusconsultus*), друге, що випливає із природи речей. Наприклад, із погляду природи речей (природного права) всі люди рівні, але за римським законом вони можуть бути або вільними, або рабами. Так, воїни, полонені Римом, за природою можуть бути рівними, але з міркувань справедливості (*aequitas*), людина, яка взяла у полон і яка може їх убити, тим більше могла зробити їх рабами. За допомогою



не тільки *jus naturalis*, але й *aequitas* рабство як інститут цивільного права може бути виправданим відступом від природного права.

Школа природного права, особливо розвинена у зв'язку із Французькою революцією XVIII ст., розрізняла природне й позитивне право. Перше — найбільш раціональне право, до якого має прагнути виражене в законі позитивне право. Так, феодальне право санкціонує нерівність людей і тому має бути замінене відповідно до природного правового принципу загальної рівності.

П.І. Стучка вважав клітинкою права суспільно-виробниче відношення, а правом — усю сукупність виробничих відносин. При всій повазі до закону П.І. Стучка не визнавав його правом, бо буржуазний закон не відображав дійсність, а спотворював її. Навпаки, у виробничих відносинах таке становище виключене. Вони, отже, відображають дійсність такою, яка вона є. У них і тільки в них втілюється справжнє право.

Є.Б. Пашуканіс, заперечуючи П.І. Стучці, відзначав, що у виробничих відносинах немає нічого правового, і тому вони не можуть вважатися правом. Правовою клітинкою є не виробничі чи які-небудь інші суспільні відносини, а правовідносини. Що ж стосується писаного закону, то він являє собою щось на зразок літературного твору, виходячи з якого можна передбачити тільки шляхи розвитку права.

Усі ці концепції були відкинуті радянською юридичною доктриною як ідеалістичні (наприклад, теорія природного права) або такі, що спотворюють сутність права (наприклад, теорія правовідносин). Замість цієї доктрини з'являється нормативна теорія. Її висунув спочатку Вишинський, і схвалила в 1938 р. Перша Всесоюзна нарада науковців у галузі права. Протягом певного часу вона безроздільно панувала, а потім одні автори її критикували, інші ж намагалися її вдосконалити.

Я відстоюю точку зору, що розглядає право як систему правил поведінки (норм), що регламентуються державою, що виражають волю держави й панівні або загальні інтереси, що охороняються реальними заходами державного захисту або можливістю їхнього застосування<sup>3</sup>. Із цього визначення випливає, що право втілює два компоненти: суб'єктивний і об'єктивний. Але трактують ці компоненти по-різному.

Автори, які не розрізняють право й законодавство, звичайно, спеціально цих питань не торкаються. Вони розглядають про значення вольового моменту в галузі цивільного (приватного) права, але не поєднують його тільки із законодавством або тільки із правом. М.І. Брагинський<sup>4</sup>, наприклад, визнає цивільне й приватне право тотожними, але не називає прямо приватне право ні галуззю права, ні галуззю законодавства. Дорікнути його в цьому не можна. Вчений має право визначити межі свого дослідження. Можна лише логічно припустити, які наслідки випливають із його мовчання. Але це призвело б до переходу з сфери наукової у сферу припущень.

Інші визнають розмежування права й законодавства. При цьому, однак, право оголошується об'єктивним феноменом, а законодавство, на їх думку, має суб'єктивний (вольовий) характер. Такий, наприклад, погляд В.Ф. Попондопуло, який помітив мою помилку в оголошенні норми права клітинкою закону, а не права (всупереч всьому ходу моїх міркувань про право й законодавство), і оголосив закон, указ, постанову “т. зв. первинним елементом (клітинкою) законодавства”<sup>5</sup>.

У зв'язку з цим необхідно зауважити наступне. По-перше, право, як і законодавство, не

<sup>3</sup> Иоффе О.С. Понятие права и его типы // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. А. Диденко. — Вып. 12. — Алматы, 2001. — С. 50–51.

<sup>4</sup> Див.: Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное» // Проблемы современного гражданского права / Под ред. В.Н. Литовкина, В.А. Рахмиловича. — М.: Городец, 2000.

<sup>5</sup> Частное и публичное право как отрасли права // Цивилистические записки. — Москва, 2002. — С. 17 и последующая.



може з'явитися без державної діяльності. У цьому розумінні й те, й інше — суб'єктивне. Але при формуванні галузей законодавства критерій, що визначає класифікацію, обирає законодавець (житлове законодавство, цивільне законодавство, морське законодавство й т. п.), а при законодавчому закріпленні права все залежить від об'єктивної природи правових галузей, і, отже, не можна включити кримінально-правову норму в цивільне право, а цивільно-правову норму — в адміністративне право й т. п. Спроби об'єктивізації права як такого, що лежить поза законодавством, у реальних суспільних відносинах уже робилися в історії, але не знаходили переконливих пояснень. Марно визначити право як систему норм і оголосити її творцем не державу, а реальні відносини. При цьому потрібно розмежовувати право й правовідносини.

По-друге, поняття “клітинки” було висунуто Енгельсом при його оцінці “Капіталу” Маркса, де найпростіше в буржуазній економіці явище — товар — дозволяє поступово виявити природу капіталізму в цілому як економічної системи. У системі ж законодавства, говорить В.Ф. Попондопуло, таку функцію виконують закон, указ та інші форми нормотворчості. Закон, наприклад, конституція (закон!) є елементарна клітинка права? Навряд чи із цим можна погодитися. Як норма утворює елементарну клітинку права, стаття є елементарною клітинкою закону — одна, декілька чи вродзріб залежно від числа статей, що виражають правову норму. Рух по вертикалі від статей закону призводить до виявлення субінститутів, інститутів, підгалузей і галузей законодавства. А нормативні акти служать формою вираження законодавства й різних його підрозділів.

По-третє, норми права й статті законодавства можуть пропонуватися будь-якими суб'єктами, але прийняття їх залежить тільки від відповідного нормотворчого органу. Навпаки, систематизація того й іншого доступна й державі, і громадянам. Однак офіційною визнається тільки компетентна державна систематизація. Що ж стосується приватної систематизації, то вона здійснюється окремими суб'єктами або групою суб'єктів для зручності пошуку й застосування відповідних статей правових джерел. Але як неофіційна (приватна) вона не має обов'язкової чинності й не може служити навіть підставою посилань на певний нормативний акт.

У тій же роботі стверджується, що приватне право ґрунтується на рівності, а всі інші правові підрозділи — на нерівності (підпорядкуванні). Цим автор підкріплює свій висновок, який стосується системи права й поділяє її на дві галузі: приватне (рівність) і все інше (нерівність, підпорядкування). Визнання приватного права іншим найменуванням цивільного права й самостійною правовою галуззю сумнівів не викликає. Але оголошення всіх інших галузей усього лише другою галуззю права, як такої, що спирається на нерівність, підпорядкування, не може бути підтримане. Для перевірки його обґрунтованості є цілком надійний критерій — загальна частина галузевого законодавства, або галузевого права. Стосовно цивільного (приватного) права немає потреби доводити реальність цієї вимоги: там загальна частина існує із часів розробки пандектної цивільно-правової системи й не виділяється при інституційній системі, поки вона не замінюється системою пандектною. Навпаки, створення загальної частини при утворенні єдиної галузі замість всіх інших (крім приватного) правових галузей неможливо. Хто в це не вірить, нехай спробує вивести загальну частину, скажімо, для матеріального й процесуального права, або для всіх інших галузей права одночасно. Із цієї спроби нічого не вийде. Тому й неможливо прийняти оголошений щодо них протиприродний висновок.

Переходячи від загальних міркувань до приватного права, почнемо із загальновизнаної для нього тези: приватне право ґрунтується на товарному виробництві й товарному обігу. Там, де їх немає, відсутнє й приватне право. Але воно з'являється лише в певній частині або загалом там, де товарний обіг тільки можливий або вже склався як повнокровна система. Не позбавлене інтересу й те, що кожний тип суспільства має свою правову систему. Система рабовласницького римського права відрізняється від права феодалізму, феодальна від права капіталізму, радянська або пострадянська (тип якої поки не названий) відмінна від інших країн. Але приватне право



існує у всіх ці епохи в обмеженому або в повному масштабі. Чому? Тому що в кожній з них до певної або повною мірою є товарне виробництво. А щоб речі відносилися одна до одної як товари, вказував Маркс, їхні власники повинні ставитися один до одного як особи. У цьому й полягає т.зв. товарна рівність. Вона має приватний характер як похідна від приватнотоварних відносин і служить другим найменуванням цивільного права, що регулює свій предмет на засадах рівності.<sup>6</sup>

Про рівність приватнотоварних відносин, у якому б суспільстві вони не склалися, свідчать не тільки супутні їм правові норми, але й створені про них народні міфи. Наведемо один із них. Пруський король, роз'їжджаючи довгий час своїм королівством, зупинився перепочити в одному селянському господарстві, яке так йому сподобалося, що він запропонував хазяїнові продати господарство йому. Селянин відмовився.

— Але ж король, — сказав король. — Якщо ти не погодишся продати, я можу його відняти.

— Віднімайте, — заперечив селянин. — Але, — продовжував він, — тоді я перестану вірити, що в моїй державі існує право.

Якби міфічний король зачепив не власника, а що-небудь, що виходить за межі приватного права, селянин навряд чи вступив би з ним у суперечку. А у сфері приватного права власника захистила його рівність із королем.

Право може бути цивільним, але не приватним. Тоді його обов'язковою ознакою стає рівність сторін як правове явище, виражене в законі. Але цивільне право, що є одночасно правом приватним, базується не на рівноправності, а на засадах рівності, які властиві самим регульованим відносинам. Ці якості можуть бути втрачені королем або диктатором, але не знищені ким-небудь із них, як би вони того не бажали.

Сталін прекрасно розумів, що зміна дії об'єктивного закону неможлива. Але він директивно ввів це положення, щоб знищити товарні відносини. Однак без цих відносин держава не могла обійтися навіть, оскільки використовувала вартісні критерії в самій сфері планування, не говорячи вже про тіньову економіку, що трималася цілком на розбіжності між товарними потребами й державним плануванням, яке з товарними потребами не співпадало. Цей вид товарних відносин, нелегальних, протизаконних тому й з'явився, що легальні, законні рамки були зведені до граничного мінімуму.

Те ж саме варто сказати про сталінську гру в політико-економічні категорії: то закон діє в перетвореному вигляді, то ніякого перетворення немає. У першому випадку товар потрапляв у негативне становище; другому був дозволений у припущенні, що давно вже в соціалістичній країні ніяких товарів не існує. Хоча Сталін не тільки думав, але й стверджував іноді, що йому досить поворохнути пальцем, як все відбудеться або нічого не відбудеться, у певних випадках йому це вдавалося. Однак товар виявився сильнішим за його впевненість Сталіна. Змінюючи форми, він перегнав вождя. Те ж саме відбулося з товарним оборотом і з приватним правом, коли період застою змінився докорінним зламом.

**Перелом другої половини 80-х років. Товарний обіг і приватне право.** Головною перешкодою перелому, що почався в другій половині 80-х років, був проголошений раніше соціалізм. Він непримиренний до товарного виробництва, однак, не існуючи фактично, захарастив людський розум і ставав гальмом реального прогресу. Навіть М.С. Хрущов, який наніс найсильніше удар по культу особи Сталіна, невідступно тримався за його ідею перемоги соціалізму й мріяв про те, що в 80-х роках наступне комунізм ("Партія врочисто проголошує..."). Якщо можна було в Конституції закріпити міфічну перемогу соціалізму, то чому не можна те ж саме зробити із примарним комунізмом?! Правда, "за потребами" важко міфологізувати, але

<sup>6</sup> Див. при цьому нашу концепцію галузей права: *Йоффе О.С., Шаргородский М.Г.* О системе советского права // Советское государство и право. — 1957. — № 6. — С. 101-110.



народ уже придумав, як це зробити: якщо немає масла, напишіть оголошення: “Сьогодні потреби в маслі не буде!”.

Нове керівництво країни обрало найпростіший і правдивий шлях: оскільки соціалізму немає — усунути із закону згадки про нього. Тоді зникнуть усякі апеляції до соціалізму як до суспільного ладу, несумісного ні з товарністю, ні з прямою, а тим більше з перетвореною дією закону вартості. У результаті ці апеляції стали безпредметними, а вигадані перешкоди для суспільного простору і юридичних зрушень зникли.

Потім почалися удари по сильніших перешкодах, які потребували більшої рішучості реформаторів, ніж паперовий соціалізм. Державна суспільна власність виявилася, як стверджують, нічиєю власністю, із чим важко погодитися. Закон від 7 серпня 1932 р. проголосив цю власність священною основою радянського ладу, а осіб, що зазіхають на неї, оголосила ворогами народу. На основі цього закону стріляли зголоднілих колгоспників за збір колосків на полях колгоспів, а солдатів під час війни — за обмін обмундирування на горілку. І все це для захисту нічиєї власності?! А годівля вищих чиновників і партійно-державної бюрократії подвійною зарплатою й іншим за рахунок спецфондів? Ні, це була цілком суб'єктна власність, власник якої добре відомий. Вона виявилася, звичайно, досить своєрідною й до певної міри анонімною. Але значне відсікання цієї власності за допомогою приватизації ставало тим важчим, чим більша кількість її дестинаторів (інтересантів) хотіли її збереження. Однак без приватизації було неможливо втягнути в товарне виробництво державну власність і зрушити товарний оборот до досягнутих нині масштабів.

Критика породжувалася колосальними зловживаннями в процесі приватизації, що завершилося появою олігархів-мільярдерів. Це сколихнуло тих, хто почав вимагати перегляду приватизації, і змусило В. В. Путіна заявити, що ніякого перегляду не буде. Якщо дивитися на справу не з почуттям помсти до тих, хто збагатився, а з державних позицій, то лінія президента єдино правильна, бо де гарантії проти зловживань деприватизацією й новою приватизацією, не кажучи вже про заморожування товарності на весь період обох заходів? Не варто повторювати помилку боротьби зі зловживаннями непом'якшено до боротьби зі зловживаннями приватизацією.

Державна власність захищалася безліччю переваг у колишньому законодавстві порівняно із власністю громадян, а іноді й кооперативних і громадських організацій. Ці переваги закріплювалися окремими нормами про право власності й частково про зобов'язальне право. Згадані факти перебували в прямому протиріччі зі специфікою цивільного права, особливо коли, визнане приватним правом, воно проголосило загальну рівність своїх суб'єктів. Нова кодифікація цивільного законодавства повністю усунула переваги, що діяли раніше, легалізувавши всеохоплюючі засади рівності як специфічний метод цивільно-правового регулювання.

Важливе значення мало ще одне нововведення. Після того, як цивілістична теорія стала одностайною у визнанні єдності державної власності, Основи цивільного законодавства 1961 р. закріпили цей принцип у новому інституті права оперативного управління, оголосивши його носіями всі держоргани, наділені правами юридичної особи. Але поряд із позитивним значенням цього інституту йому були властиві недоліки через обмеження економічної самостійності державних господарських організацій: здійснення права оперативного управління не могло виходити за межі цільового призначення юридичних осіб, планування їхньої діяльності, характеру фонду, до складу якого відповідне майно входило. Виправдані для держустанов, ці обмеження сковували господарську роботу держпідприємств. Нова кодифікація, зберігши право оперативного управління за держустановами, сформулювала для державних підприємств новий юридичний інститут — повне господарське відання, відповідно до якого їм дозволено все, крім винятків, передбачених законом. Відтепер можна констатувати, що госпоргани стали повними товаровиробниками із правомочностями, які необхідні й достатні для встановлення й здійснення товарних відносин.

І, нарешті, чи не найголовніше — перегляд колишнього значення державного планування.



Воно спочатку з'явилося у вигляді загальних завдань держави, адресованих державним організаціям. Починаючи із програми першої п'ятирічки 1928–1932 рр., планові показники роботи цих, а також кооперативних організацій і згодом обсяги колгоспних зобов'язань щодо постачання сільськогосподарської продукції все більше поширювалися й конкретизувалися. Справа закінчилася тим, що у сфері майнових відносин госпорганів (таких, як постачання, підряд на капітальне будівництво та ін.) майже не залишилася місця для договорів. Договори продовжували укладатися, а при ухиленні від їх укладання застосовувалося примусове переддоговірне арбітрування, але все менше залишалось місця для взаємного узгодження договірних умов. Справа закінчилася тим, що договори оголошувалися укладеними на умовах плану, якщо жодна із сторін не вимагала їхнього укладення до закінчення певного строку з моменту одержання планового завдання. Закон, щоправда, мав на увазі плани, що вичерпно визначають взаємні зобов'язання сторін. Але на це питання далеко не завжди можна було дати чітку відповідь. У результаті договір, це приватноправове знаряддя товарообороту, почав втрачати свою практичну значимість. Така непримиренна з товарністю юридична новела зберігалася довгий час і продовжувала свою негативну дію.

Перелом наступив у зв'язку з розпадом СРСР, коли Держплан і Держпостач були ліквідовані разом із їхніми органами на місцях, а державна власність як головний об'єкт планування істотно скоротилася внаслідок приватизації. Планове регулювання збереглося лише у визначених законом випадках, поки значний дефіцит не переборений, і тому забезпечення особливо важливих для держави потреб залишалося б у цих межах не захищеним. У результаті почала функціонувати необмежена свобода договорів, що укладаються повністю на розсуд господарських організацій відповідно до їхніх госпрозрахункових інтересів і здорової конкуренції. Колишні планові договори практично виявилися скасованими. Те, що від них збереглося, розглядалося як тимчасове явище, яке буде зникати в міру заміни дефіциту достатком. Цей історичний поворот, проголошений М.С. Горбачовим, продовжений Б.М. Єльциним, від якого прийняв естафету В.В. Путін, очікує тепер свого повного розгортання. Його передбачили прихильники концепції єдиного цивільного права як галузі права, що регулює на засадах рівності всю сукупність відносин товарного характеру, які спираються на вільне товарне виробництво. Починаючи з 1957 р., цей погляд критикувався з боку теорії господарського права, покликаною до врегулювання господарської діяльності поєднаним методом централізованого планування (вертикаль) і підпорядкування йому договору (горизонталь). Ішов час, ситуація змінювалася, причеченість економіки, регульованої горизонтально-вертикальним методом, стала очевидною, і, нарешті, знову одержала офіційне визнання теорія цивільного права з єдиним горизонтальним методом (повне господарське відання майном і вільний договір). А прихильники господарського права з подвійним горизонтально-вертикальним методом залишилися на колишніх позиціях, так і не помітивши їх ретроградного змісту.

Ось і виникає питання, як би вчинив Наполеон, якщо б його комісія з розробки Французького цивільного кодексу представила Кодекс феодалного права?! Але й господарське право, прикрите фіговим листком соціалізму, є уламком феодалного права, тому що воно припускає закріпачення волі планом і напівсвободу планових договорів. Воля здобула б свободу тільки при непокорі плану. Але що тоді б стало з неслухняними не тільки при Сталіні, але навіть при Брежнєві?

Треба бути глухим, щоб не почути звучання пульсу історії, наполягаючи на збереженні скомпрометованого методу господарювання аж до відмови від його нового керівництва. Замість здобуття мови, В.К. Мамутов, другий після В.В. Лаптева г. речник господарського права, заговорив мовою ярликів. "Поняттєво-правовою еквілібристикою"<sup>7</sup> назвав він цивільно-правову

<sup>7</sup> Хозяйство и право. — 2001. — № 8. — С. 14-16.





теорію. Що це означає? Як цивілісти примудрилися, маючи одне поняття й жодного разу не відступаючи від нього, бути такими жонглерами? Адже навіть циркові жонглери цього не вміють! Отже, дійсно краще нічого не сказати, ніж сказати нічого.

Але ось з'явився Господарський кодекс України, прийнятий її законодавцем і підписаний її Президентом із набуттям чинності з 1 січня 2004 р. Україна — єдина держава в складі СНД, Конституція якої замість одного Цивільного кодексу передбачила видання двох несупідрядних кодексів Господарського й Цивільного. Тому неправильно думати, що боротьба між концепціями господарського й цивільного права закінчилася. Її результат залежить від перспектив законодавчого розвитку інших держав СНД. Проте ГК України тільки з'явився, і я не маю наміру відразу його критикувати. Спочатку він має бути ретельно вивчений і практично випробуваний, а потім наука скаже про нього своє слово. У цій статті я повинен висвітлити лише співвідношення між прийнятим ГК України (надалі — ГК) і концепцією господарського права.

У момент появи цієї концепції й аж до відносно недавнього часу вона спиралася на цілком певні положення.

По-перше, до складу предмета цієї галузі включалися планово-господарські відносини (вертикаль і горизонталь). Нерозривність зазначених відносин і неприпустимість їхнього розподілу між різними галузями права висувалися як головні аргументи на користь відокремлення господарського права.

А як кодекс? Його ст. 1 стверджує:

“Цей кодекс визначає основні принципи господарювання в Україні й регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації й здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами й іншими учасниками відносин у сфері господарювання”.

Планово-господарські відносини, які не можна «відтинати» одне від одного, тут уже просто не згадуються. Йдеться лише взагалі про відносини, що виникають у процесі організації й здійснення господарської діяльності. І не дивно. Адже, як уже було показано, від колишнього планування залишилася лише невелика безперспективна ділянка, що витісняється в міру заміни дефіциту достатком. Як же можна згадувати про нього, якщо господарське право пропагувалося як найбільше нововведення, проголошене назавжди. Не ясно також, чому учасниками господарських відносин, поряд із суб'єктами господарювання, стають “інші суб'єкти й інші учасники відносин у сфері господарювання”. Раніше це місце займали органи планування. Але їх тепер немає. Чи не тому на авансцену висуваються якісь “інші суб'єкти”?

Виходить, що перше, головне вихідне положення прихильників концепції господарського права відпало не з їхньої вини, а внаслідок докорінного перелому стосовно плану, ними не передбаченого, але широко здійснюваного державою.

По-друге, суб'єктами господарського права його прихильники визнавали тільки соціалістичні організації, але не громадян, що залишалися в сфері дії цивільного права. До того ж, зі складу цих організацій повністю були виключені колгоспи. Тільки якісь не дуже певні зауваження робилися на адресу кооперативних і громадських організацій.

А тепер? У ст. 2 ГК зазначено:

“Учасниками відносин у сфері господарювання є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади й органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, суспільні й інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання або здійснюють відносно них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності”.

Не дуже зрозуміле поєднання владних відносин не тільки з організаціями, але й із громадянами. Однак залишимо осторонь стилістичні недоліки. Важливо інше.



Тепер уже не тільки частина (може, навіть більша частина) організацій, але й громадяни є суб'єктами господарського права. Навіщо ж і їх переводити в такій якості із цивільного в господарське право? А тому, що тепер реабілітована приватна власність, і господарську діяльність можуть здійснювати громадяни. Тому без застереження щодо неможливо визначити господарське право! А із застереженням нічого не залишається від майже піввікового антицивілістичного розвитку господарського права!

По-третє, автори господарсько-правової концепції обіцяли створити господарський кодекс, що відповідає галузі господарського права, але тоді чому ж у ньому немає загальної частини, а є лише загальні положення, що складаються з семи статей (глава перша)? Уже давно підкреслювалося, що загальну частину неможливо розробити, якщо кодекс має не галузевий, а комплексний характер, тобто поєднує в собі правові норми не однієї, а двох галузей права. Прихильники господарсько-правової концепції жодного разу не зреагували на це міркування, назвавши один раз загальною частиною те, що нею не є: не норми, які застосовуються спільно з усіма інститутами особливої частини, а ті, які представляють найважливіші сектори економічної діяльності (власність, планування та ін.). Внаслідок перелому, що відбувся, у керуванні економікою від цього антинаукового прийому довелося відмовитися. Тим самим емпірично доводиться, що господарське право як галузь права практично не існує.

Було також обіцяно, що господарський кодекс скасує потребу в численних спеціальних нормативних актах і візьме всю повноту господарсько-правового регулювання на себе. Тепер же ст. 7, перераховуючи разом із кодексом численні інші акти нормативно-правового регулювання господарської діяльності, оперує "актами Президента України й Кабінету Міністрів України, нормативно-правовими актами інших органів державної влади й органів місцевого самоврядування, а також іншими нормативними актами" (якими? Невідомо). Тільки Кодекс торговельного мореплавання згадується як нормативний акт, що повинен бути у випадку прогалин заповнених ГК (ст. 4 ч. 3). А як бути з аналогічними прогалинами в сфері залізничного транспорту або автомобільного транспорту? Як заповнити прогалини всіх трьох видів цього законодавства в сфері цивільно-правового регулювання у перевезеннях багажу, вантажів і самих громадян.

У статті Д. Кузіна, який веде рубрику прес-агентства "Дело и право", від імені якого публікується ГК, відзначається, що "у Господарський кодекс його укладачі намагалися вмістити основні принципи регулювання всіх питань, так чи інакше пов'язаних з веденням господарської діяльності. Можливо, тому в ньому безліч відсильних норм". Це висловлювання перегукується із уже цитованою вказівкою ст. 1 Господарського кодексу про те, що "ГК визначає основні принципи господарювання в Україні". У такому випадку, чому він кодекс, а не основи господарського законодавства, у яких доречно й виправдана «поява безлічі відсильних норм»?

З'ясується, що в кодексі ревізовані всі вихідні декларації й обіцянки господарсько-правової теорії. Прихильники цієї теорії, для яких несподіванкою став докорінний переломом 1985 і наступних років, похапцем постаралися так виправити її відповідно до нововведень, що нічого від неї не зберегли, за винятком лише назви («Господарське право») і формулювання основної маси декларативних положень (які не завжди є правовими) у сполученні з невеликим числом юридичних норм (які часто позбавлені будь-яких нових елементів). А від тієї теорії господарського права, що пропагувалася з барабаним боем протягом майже півстоліття, нічого не залишилося.

Це й зрозуміло. Потрібно йти шляхом, обраним самим історичним процесом, а не в протилежному напрямку, щоб створити правову форму, адекватну товарним відносинам. Це шлях Республіки Казахстан і Російської Федерації. Але й перед ними існують невирішені завдання.

Деякі норми ЦК цих держав є відсильними. Тому потрібно перевірити, чи існують нормативні акти, передбачені ними, а якщо ні, то створити їх, а якщо є, то оновити всі без



винятку застарілі норми цих актів.

По-друге, зазначені ЦК розроблялися в умовах, коли людський розум ще не звільнився від широкого панування всеохоплюючої системи планування й тому міг не помітити повторення норм, побічно породжених ідеями плану. Тепер треба, не кваплячись, перевірити нові ЦК під зазначеним кутом зору з поступовим усуненням або заміною невдалих положень.

По-третє, поряд із майновими, ЦК торкається також особистих немайнових відносин. Але їм, природно, не могло бути приділено стільки ж уваги, скільки майновим відносинам. Тепер настав час, коли законодавець може й повинен зосередити на них свої турботи.

**Цивільне (приватне) право й особисті немайнові відносини.** Як відомо, особисті немайнові відносини, що знаходяться у сфері дії цивільного права, бувають двох видів: пов'язані з майновими відносинами й не пов'язані з ними. Відомо також, що перші регулюються цивільним правом також за загальним правилом, як і майнові відносини. Нині, коли цивільне право знову визнане приватним правом, зазначена рівність припускає розширення сфери регулювання особистих відносин: вони, як висловлюється С.С. Алексєєв, притягаються відносинами майновими, і, отже, удосконалення їхнього правового нормування не може не відобразитися на обсязі їхнього юридичного опосередкування.

В іншому становищі перебувають особисті немайнові відносини, не пов'язані з майновими. До прийняття в 1961 р. Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік вони взагалі перебували за межами цивільного права. Основи 1961 р. уперше визнали їх. З'явилася "поняття охорона честі, гідності", а також "право на власне зображення".

У юридичних дослідженнях право на власне зображення згадувалося лише мимохідь, якщо не вважати деяких кандидатських дисертацій (Л.О. Красавчикової та ін.). Та й суперечок особливих тут не було. Очевидно, що це право мало на увазі відтворення особистості засобами образотворчих мистецтв (наприклад, фотографія), а не шляхом словесного її опису (література), і що для демонстрації цих зображень потрібна згода зображеного, а після його смерті — близьких родичів, чоловіка або дружини. Таким чином, право на власне зображення охоронялося законом і встановлювало певні правочини на користь зображеного (давати згоду на демонстрацію зображення чи відмовляти в цьому).

Охорона честі й гідності здійснювалася іншим способом. Вона забороняла обмеження честі й гідності будь-ким, але не згадувала ніяких позитивних правочинів власника непорушених благ. Тому, маючи на увазі тільки цей єдиний випадок і не торкаючись інших ситуацій, я стверджував після появи Основ 1961 р., що особисті немайнові блага не регулюються правом, а тільки охороняються ним. Не погоджуючись зі мною, О.Л. Маковський і К.А. Флейшиць думали, що раз право охороняє, то значить воно й регулює. Не можу із цим твердженням погодитися. Регулювати суспільні відносини можна тільки шляхом наділення їх управомоченого суб'єкта позитивними правами. Право власності, наприклад, охоплює й охорону (обов'язок усіх не зазіхати на нього) і регулювання (правочини володіння, користування й розпорядження). Навпаки, честь і гідність за своєю природою можуть тільки охоронятися, але не регулюватися. Якби право їх регулювало, вони втратили б своє значення.

Моя помилка полягала, однак, у тому, що погляди, цілком виправдані для честі й гідності, я проголосив як загальні для не пов'язаних із майновими особистих немайнових відносин. Нині, коли ставиться питання про більш широку їхню охорону, треба акцентувати одиничність такої ситуації й загальність регулювання також і цих особистих відносин.

Не кажучи вже про К.А. Флейшиць, О.Л. Маковський дуже серйозний і по-справжньому великий учений. Тому я хотів би запитати його, чи вважає він дотепер, що охорона відносин є одночасно і їх регулюванням? Якщо вважає, то було б корисно довідатися, як справи із цілою галуззю права, що охороняє все, але регулює тільки відносини, пов'язані зі злочином і покаранням?



Відстоюючи свої переконання, я вважаю, що регулювання й охорона особистих відносин, не пов'язаних із майновими, повинна бути істотно розширена. Це вже практично зробив ГК Республіки Казахстан, сформувавши загальну норму про захист особистих прав, не пов'язаних з майновими. Але оскільки його норма продовжує звучати і як обмежувальна, потрібно розширити її позитивний зміст й одночасно подовжити перелік конкретних випадків такого захисту. У вирішенні цього завдання найкращим порадиником є практика. Наведу кілька прикладів.

Відомий фахівець із сімейного права Г.М. Свердлов, що представив на прохання редакції ВРЕ статтю про сімейне право, жажнувся, ознайомившись із її версткою. Один хвацький член редакції так переробив оригінал, що від авторства Г.М. Свердлова нічого не залишилося. Але ще гірше: новий текст був на такому рівні грамотності, який не можна вибачити навіть студентів. Почалися складні переговори. Редакція відмовилася що-небудь виправити через технічні проблеми. Вона також відхилила заяву Г.М. Свердлова про відмову від авторства, щоб зберегти свій авторитет. У суд дорога також була закрита: це особисте право, не пов'язане з майновим, а його охорона не була передбачена законом. Йшлося не про охорону авторства, а про відмову від нього.

Якось я розповів про цей казус на конференції в Саратові. Але мене зустріли сміхом. А професор К.С. Юдельсон навіть сказав із цього приводу про мене, що заради дотепу я не пошкодую й батька. Але якщо навіть юристи високого класу не знайшли тут проблем, чи можна розраховувати на позитивну реакцію практики?

Водночас, очевидно, що поряд із позовом про визнання авторства необхідний також позов про невизнання авторства, у якому за певних обставин громадянин може бути цілком обгрунтовано зацікавлений. А оскільки ця вимога не пов'язана з майновими відносинами, її потрібно прямо передбачити в законі, щоб важливі нормативні заходи могли бути вжиті.

Другий випадок. Чоловік і дружина, викладачі політичної економії, довгий час жили як фактичне подружжя. Але оформити шлюб вони не могли через обставини, що виключають цей крок для обох сторін. Згодом чоловік був репресований і загинув до закінчення розслідування. А ще пізніше він був посмертно реабілітований. Жінка, прагнучи зберегти пам'ять про нього, вирішила присвятити йому написану нею книгу. Але зіштовхнулася з перешкодою, про яку не підозрювала. За правилами тодішнього Головліту присвячувати книги можна було тільки родичам. Споріднення ж у цьому випадку не було, шлюбу теж. Їй порадили пред'явити в порядку особливого провадження позов про визнання тривалих особистих відносин з метою набути право на бажану посвяту книги. Після тривалих розглядів цей позов був задоволений. Однак ситуація значно спростилася б, якби охорона особистих інтересів у подібних випадках була передбачена законом.

Молодий науковий співробітник жив із родиною в 14-метровій кімнаті. За його відсутності прийшов колега й сів на стілець біля письмового стола. На столі лежав рукопис. Він запитав у дружини автора, чи можна почитати рукопис. Та через незнання дозволила. Цей факт уже сам по собі був надзвичайний.

Але події розвивалися далі. Через кілька днів в інституті відбулася дискусія про презумпції, які розглядалися в залишеному на письмовому столі рукописі. І суб'єкт, що прочитав її, піддав цей рукопис критиці на самій дискусії. Чи можна було притягти його до суду?

Ні, не можна. За нормами авторського права для пред'явлення вимоги про виплату гонорару в порядку відшкодування заподіяного збитку необхідно, щоб рукопис був готовий до друку. Але рукопис ще не досяг настільки важливого рівня. А інших захисних заходів тодішній закон не передбачав. Необхідно ввести в закон юридичну охорону професійної таємниці. Це мало б велике виховне значення.

