

Науково-дослідний інститут приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

В. М. Махінчук

**ПРИВАТНОПРАВОВЕ
РЕГУЛЮВАННЯ
ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ
ВІДНОСИН В УКРАЇНІ**

Монографія

Київ
Юрінком Інтер
2013

УДК 334:347](477)
ББК 65.29(4Укр)+67.404(4Укр)
МЗ6

Рецензенти

Луць В. В., академік НАПрН України, професор,
доктор юридичних наук;
Дзера О. В., член-кореспондент НАПрН України,
професор, доктор юридичних наук;
Васильєва В. А., професор, доктор юридичних наук

*Рекомендовано до друку
Вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва НАПрН України
(протокол № 11 від 28 листопада 2012 року)*

Відтворення всієї книги чи якої-небудь її частини
будь-якими засобами або в якій-небудь формі, у тому числі в Інтернеті,
без письмового дозволу видавництва забороняється

Махінчук В. М.

МЗ6 Приватноправове регулювання підприємницьких відносин
в Україні / В. М. Махінчук. — К. : Юрінком Інтер, 2013. —
320 с.

ISBN 978-966-667-586-9

Монографію присвячено розробці цілісної концепції приватноправового регулювання підприємницьких відносин. В роботі сформульовано поняття підприємницьких відносин. Здійснено їх відмежування від інших відносин, у які можуть вступати суб'єкти підприємницької діяльності для її організації та під час здійснення. Розглядаються приватноправові та публічно-правові підходи до регулювання підприємницької діяльності. Досліджується проблема дуалізму приватного права в сучасному її розумінні. З'ясовуються основні джерела нормативного регулювання підприємницької діяльності. Приділяється увага міжнародному регулюванню підприємницьких відносин, у тому числі уніфікації міжнародного приватного права. Виявлено особливості цивільно-правового захисту прав суб'єктів підприємницьких відносин.

Видання розраховане на науковців, аспірантів, студентів юридичних вузів, практикуючих юристів та всіх, хто цікавиться питаннями правового регулювання підприємницької діяльності.

УДК 334:347](477)
ББК 65.29(4Укр)+67.404(4Укр)

ISBN 978-966-667-586-9

© Махінчук В. М., 2013
© Юрінком Інтер, 2013

Зміст

Вступ	5
Розділ 1. Генеза правового регулювання підприємницьких відносин	11
1.1. Сучасний стан наукового розроблення питання регулювання підприємницьких відносин	11
1.2. Зарубіжний досвід регулювання підприємницьких відносин (до питання так званого дуалізму приватного права)	16
1.3. Концептуальні засади правового регулювання економічних відносин у першому десятилітті радянської влади	28
Розділ 2. Сутність підприємництва як об'єкта правового регулювання	43
2.1. Правова природа та співвідношення понять господарювання, підприємництва і комерції	43
2.2. Приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин	57
2.3. Сутність підприємництва як об'єкта приватноправового регулювання	71
2.4. Підприємницькі правовідносини у структурі предмета регулювання приватного права України	89
2.5. Суб'єкти підприємницької діяльності як основний елемент підприємницьких правовідносин	96
Розділ 3. Теоретичні аспекти посилення впливу приватноправових засад у регулюванні підприємницьких відносин	116
3.1. Державне регулювання підприємницьких відносин	116
3.2. Договірне регулювання підприємницьких відносин	130
3.3. Звичай ділового обороту як джерело виникнення та регулювання підприємницьких відносин	148
3.4. Значення приватноправових принципів правового регулювання підприємницької діяльності	159
3.5. Поняття і сутність саморегулювання підприємницької діяльності	179
Розділ 4. Міжнародне регулювання підприємницьких відносин	188
4.1. Загальна характеристика міжнародно-правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин	188
4.2. Уніфікація приватноправового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин як наслідок процесів глобалізації в економічному житті	204

Зміст

4.3. Роль та значення публічно-правових засад у регулюванні підприємницьких відносин на міжнародному рівні	215
4.4. Lex mercatoria як специфічний приватноправовий регулятор міжнародних підприємницьких (комерційних) відносин	228
Розділ 5. Цивільно-правовий захист прав та інтересів суб'єктів підприємницьких відносин	236
5.1. Загальні положення про захист прав та інтересів суб'єктів підприємницьких відносин	236
5.2. Медіація як спосіб врегулювання розбіжностей, що виникають між підприємцями у зв'язку зі здійсненням ними комерційної діяльності	247
5.3. Третейські суди та комерційний арбітраж як органи з вирішення комерційних спорів.....	262
5.4. Юрисдикційні органи з вирішення комерційних спорів.....	271
Висновки.....	284
Список літератури.....	293

**«Можно (и нужно) спорить
о целесообразности издания единого (гражданского)
или двух различных (гражданского и торгового) кодексов,
но не видеть существования принципиально и содержательно
специфических правовых норм, регламентирующих именно
торговый (предпринимательский) оборот, невозможно».**

(Каминка А. И. Очерки торгового права)

Вступ

Актуальність обраної теми дослідження обумовлюється стрімкими змінами у суспільному житті, що сталися за останні 20 років в Україні. Перетворення, що відбуваються в Україні, стосуються фундаментальних підходів до регулювання різноманітних видів діяльності, зокрема і підприємницької. Самі ж підприємницькі відносини тісно пов'язані з інститутом права власності, що активно розвивається останнім часом. Відповідних змін потребує і механізм регулювання підприємницьких відносин, який зазвичай розглядають як певний симбіоз приватних та публічних засад. І саме цивільне (приватне) право відіграє у цьому визначальну роль.

Попри всю начебто очевидність превалювання приватноправового регулювання у ринковій економіці доводиться чути і протилежні думки з цього приводу, що спрямовані, навпаки, на посилення публічно-правових засад регулювання підприємницьких відносин. Так, професор Г. Л. Знаменський в одній зі своїх праць 2012 р. пише: «Концепція хозяйственного права потому и появилась на свет, что учла всю сложность и многоукладность экономики уже в промышленную эпоху. Она явилась отражением того, что возможности частного правового регулирования здесь становятся ограниченными, что его просто *необходимо подкреплять* публично-правовым регулированием» [135, с. 7]. Визначальним є те, що Г. Л. Знаменський розглядає «підкріплення» публічно-правовими засадами як певний перманентний процес.

Говорячи про переосмислення ролі цивільного права у сучасному суспільному житті, його роль у регулюванні суспільних інститутів як приватноправового регулятора, варто навести слова Н. С. Кузнецової, яка пише, що переосмислення сутності та ролі держави і права, співвідношення цих інститутів і визначення їхнього місця в сучасному суспільстві, усвідомлення необхідності якісних змін у самому суспіль-

стві, які дають змогу кваліфікувати його як громадянське, роблять актуальним дослідження в такому сенсі феномена цивільного права [172, с. 11].

Більшість науковців, які вивчають проблеми правового регулювання на сучасному етапі, пишуть про необхідність пошуку балансу між приватноправовими та публічно-правовими засадами у механізмі правового регулювання, зокрема і підприємницьких відносин. Так, О. Д. Крупчан зазначає: «Не треба забувати, що в кожній сфері суспільного життя існують публічні інститути, які мають владний характер, що дає можливість ефективного впливу на приватні відносини й інтереси. Відтак, приватне за своїм змістом цивільно-правове регулювання підприємництва має органічно поєднуватися з публічно-правовим регулюванням» [169, с. 14]. Проте слід зазначити, що конструювання певних алгоритмів поєднання приватних та публічних засад у регулюванні підприємницьких відносин можливе і доцільне лише після того, як буде визначено, що складає царину приватноправового регулювання. Іншими словами, спершу слід визначити, які ж аспекти регулювання підприємницьких відносин повинні бути приватноправовими, який їх зміст та мета, а вже після цього виробляти відповідні адекватні публічно-правові засади для органічного доповнення єдиного механізму правового регулювання.

За останні вісім років дискусія, що триває з приводу визначення базового нормативного документа з регулювання підприємницьких відносин, зайшла у глухий кут. З цього приводу Н. С. Кузнецова зазначає: «С учетом того, что в ходе «депутатской обработки» проекта ГК Украины из ст. 1 исчезло даже упоминание предпринимательских отношений как неотъемлемой части гражданского оборота, началось «наступательное» движение на вытеснение гражданско-правовых норм из процесса регулирования имущественных отношений в предпринимательской сфере (по терминологии ХК — сфере хозяйствования)» [171, с. 11]. Подібну точку зору неодноразово висловлювали та підтримували й інші цивілісти, зокрема О. В. Дзера, А. С. Довгерг, В. В. Луць, Р. А. Майданик, І. В. Спасибо-Фатеева, Я. М. Шевченко. Їхня доктринальна позиція загалом зводиться до того, що на сьогодні, навіть за наявності ГК України, відповідні приватні підприємницькі відносини мають регулюватися цивільним законодавством. Такий висновок ґрунтується на тому, що зміст ч. 2 ст. 9 ЦК України (щодо особливостей регулювання майнових відносин у сфері господарювання) має тлумачитись і застосовуватись у контексті та системному зв'язку з іншими нормами ЦК, перш за все з ч. 1 ст. 1 ЦК України (щодо регулювання цивільним законодавством майнових відносин).

Водночас вітчизняні представники школи господарського права, посилаючись на легальне виключення з предмета регулювання ЦК підприємницьких відносин, вважають, що саме ГК України є тим спеціальним актом у сфері господарювання (підприємництва), який має застосовува-

тись до підприємницьких як складової (у тлумаченні ГК України) господарських відносин [214, с. 15—16].

Однак кодифікаційна практика сусідніх держав, колишніх членів соцтабору та Ради економічної взаємодопомоги свідчить про наявну конкуренцію у виборі приватноправових чи публічно-правових засад регулювання підприємницьких відносин. З одного боку, 01.01.2014 р. набуває чинності новий Цивільний кодекс Чехії та з 15.03.2014 р. новий цивільний кодекс Угорщини, в яких, визнаючи приватноправову природу підприємницьких відносин, реалізовано повернення до моністичного приватноправового регулювання підприємницьких відносин. З іншого боку, активно продовжується розробка підприємницького кодексу Казахстану та розпочата робота над проектом торгового кодексу ЄврАзЄС, які ґрунтуються на публічно-правовому приматі регулювання зазначених відносин.

Для чіткого визначення предмета приватноправового регулювання підприємницьких відносин необхідним є з'ясування співвідношення понять «господарська діяльність», «підприємницька діяльність», «комерційна діяльність», «торгівля», а отже, і відповідних правовідносин. Спроби вирішення означених проблем, що робилися вітчизняними та зарубіжними науковцями, залишили поза увагою значну кількість визначальних факторів, без яких неможлива побудова єдиної цілісної концепції приватноправового регулювання підприємницьких відносин, особливо в умовах існування Господарського кодексу України у чинній редакції. Перш за все, поза увагою науковців залишається співвідношення підприємництва як суспільного явища із природою та принципами господарсько-правового та цивільно-правового регулювання.

Недостатньо розробленими залишаються питання правосуб'єктності суб'єктів підприємницької діяльності. Значну кількість практичних проблем викликають розбіжності у цивільно-правовому та господарсько-правовому регулюванні суб'єктного складу підприємницьких відносин. Недостатня визначеність правового статусу таких суб'єктів, як приватне підприємство, державне підприємство, державна національна компанія, національна акціонерна компанія, комунальне комерційне підприємство, відсутність до сьогодні спеціального закону про державні підприємства призводить до прогалин у правовому регулюванні. Оскільки не завжди належним чином визначаються способи формування та природа грошових коштів, які виступають джерелом формування статутних капіталів вищезазначених суб'єктів, межі відповідальності таких підприємств, порядок прийняття та ухвалення рішень їх виконавчих органів тощо все ще потребує науково обґрунтованого підходу розуміння природи підприємства як учасника підприємницьких правовідносин.

У зв'язку з цим перед цивілістичною наукою постає завдання з проведеної ревізії законодавчих актів, які регулюють підприємницьку діяльність, визначають складові підприємницької діяльності; вироблення тео-

ретичних критеріїв побудови системи принципів правового регулювання підприємницької діяльності; визначення місця, ролі та значення торгового звичаю як джерела регулювання підприємницької діяльності; визначення обставин, які зумовлюють багато в чому формальне значення у регулюванні підприємницьких відносин; узагальнення та формування системи підприємницьких договорів (контрактів) із визначенням їх характерних рис; розроблення пропозицій до комплексної концепції законодавчого закріплення відповідного механізму регулювання підприємницьких відносин.

Вкрай важливим видається дослідження питання саморегуляції підприємницьких відносин, визначення системи так званих професійних саморегулювальних та самоврядних організацій, оцінка можливості їх використання як альтернативи до системи державних органів, задіяних у регулюванні підприємницьких відносин [268]. Окремо потребує дослідження такий аспект діяльності саморегулювальних організацій, як вироблення ними «правил гри» корпоративної практики для суб'єктів тієї чи іншої специфічної галузі діяльності, які на сьогодні розглядаються як важливе та потужне джерело появи нової форми звичаїв ділового обороту [42, с. 89].

У цьому простежується тісний взаємозв'язок таких важливих для регулювання торгового обороту дефініцій, як «торговий звичай» (звичай ділового обороту) та різноманітні самоврядні та саморегулювальні організації, що породжують, фіксують та розвивають різноманітні корпоративні практики. Останні ж на сьогодні розглядаються як важливі елементи локального (корпоративного) правопорядку, з якого мають черпатися і який породжує нові форми торгових звичаїв, або звичаїв ділового обороту [42, с. 86]. Самі ж звичаї ділового обороту мають нарешті набути нового значення і нового змісту, адже їх «схематичне» і «формальне» використання як важливих джерел регулювання підприємницьких відносин без змістовного наповнення потребує негайного перегляду і переоцінки.

Практика вищих судових органів свідчить про випадки неоднакового застосування одних і тих самих норм матеріального права при вирішенні судами цивільних і господарських справ, пов'язаних із подібними відносинами. При цьому роз'яснення вищих судів різної спеціалізації з приводу застосування одних і тих самих норм матеріального права, які спрямовані на усунення помилок у судовій практиці та недопущення їх у майбутньому, не завжди узгоджуються між собою.

Потребують переосмислення і питання вироблення альтернативних форм та способів захисту законних прав та інтересів суб'єктів підприємницьких відносин, адже в Україні майже не застосовуються альтернативні (позасудові) форми захисту. При цьому наявна юрисдикційна форма захисту навіть априорі не може відповідати добросовісним інтересам суб'єктів підприємницької діяльності, які прагнуть не втягування у тривалі судові процедури розгляду і вирішення підприємницьких спорів та

подальшого ще тривалішого примусового виконання судових рішень державною виконавчою службою, а швидкого врегулювання спірної ситуації. Саме тому в Україні постає нагальна потреба законодавчого забезпечення та широкого втілення в практику різноманітних процедур примирення, медіації тощо, які вже давно запроваджено в країнах з ринковою економікою. Однак зміни у процесуальному законодавстві, що були спрямовані на виключення із сфери розгляду третейських судів усіх майнових спорів щодо нерухомості, зайвий раз підтвердили той факт, що альтернативне судочинство в Україні є вкрай спотвореним та переслідує інші цілі, аніж ті, що законодавчо ставляться перед ним.

У контексті вироблення приватноправових засад регулювання підприємницьких відносин хоча б у загальних рисах потребує переосмислення і такий важливий аспект у їх регулюванні, як роль та значення держави як власника й ефективного «менеджера», який має у рівних правах та обов'язках здійснювати та реалізовувати свої повноваження як повноправний і рівний учасник підприємницьких відносин. Натомість, з одного боку, ми спостерігаємо перманентні заклики щодо необхідності повернення «стратегічних підприємств» у власність держави, з іншого — маємо протилежні думки колишніх урядовців щодо неефективності та незадовільного рівня управління державою своєю власністю у підприємницьких відносинах. Залишається відкритим питання щодо ролі та значення значної частки державної власності у підвищенні ефективності економіки.

Упродовж лише останніх кількох років в Україні прийнято значну кількість законодавчих актів щодо регулювання підприємницької діяльності в тому чи іншому аспекті. До таких належать, зокрема, закони України «Про державно-приватне партнерство» від 1 липня 2010 року № 2404-VI; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедур припинення юридичних осіб та підприємницької діяльності фізичних осіб — підприємців за їх рішенням» від 19 травня 2011 року № 3384-VI; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедури започаткування підприємництва» від 21 квітня 2011 року № 3263-VI; «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців» щодо проведення електронної реєстрації» від 19 жовтня 2010 року № 2609-VI, «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення» від 4 липня 2013 року № 408-VII. Проте єдиної цілісної теоретичної концепції регулювання підприємницьких відносин на приватноправових засадах не вироблено й досі.

Нагальним видається й завдання щодо вироблення і законодавчого закріплення відповідних методів і способів регулювання підприємницької діяльності на сучасному етапі із застосуванням належної специфічної системи принципів підприємницької діяльності. Вони мають надзви-

чайно важливе значення і при захисті законних прав та інтересів суб'єктів підприємницької діяльності.

Підприємницькі правовідносини, у тому числі як складова господарських відносин, були і є предметом досліджень багатьох відомих вчених — фахівців у галузі теорії права, цивільного, комерційного та господарського права, зокрема: О. А. Беяневич, О. М. Вінник, О. В. Дзери, А. С. Довгерта, В. М. Коссака, О. Д. Крупчана, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця, Р. А. Майданика, В. К. Мамутова, О. О. Мережко, О. А. Підпригори, О. А. Пушкіна, Н. О. Санахметової, В. М. Селіванова, І. А. Селіванової, І. В. Спасибо-Фатеевої, Є. О. Харитонова, Я. М. Шевченко, В. С. Щербини та ін., вчених Росії, Білорусі, Грузії, Польщі та Казахстану, зокрема С. С. Алексеева, Е. А. Богатих, В. А. Белова, В. Брих, Ю. Г. Басіна, Т. О. Батрової, В. А. Вітушко, В. В. Долінської, І. В. Дойнікова, А. Н. Тура, Ю. Ю. Булатецького, Т. В. Кашанінової, В. В. Лаптева, В. С. Мартем'янова, Г. Л. Нуртаева, Б. І. Пугінського, В. Ф. Попондопуло, О. Н. Садікова, С. О. Суханова, О. Л. Маковського, Є. О. Василюва, Л. Л. Чантурії, М. К. Сулейменова.

Сьогодні переосмислюються та піддаються новому аналізу роботи з проблем правового регулювання підприємництва (комерції, торгівлі) таких визначних правників минулого, як: В. Ф. Гельбке, А. Х. Гольмстен, В. М. Гордон, А. І. Камінка, К. Д. Кавелін, М. І. Кулагіна, В. М. Корецький, О. С. Іоффе, Г. К. Матвеев, С. А. Муромцев, Є. О. Нефедьев, С. В. Пахман, Н. Ф. Удінцев, К. А. Флейшиць, П. П. Цитович, Г. Ф. Шершеневич та інших.

Підприємницькі (комерційні) правовідносини є предметом дослідження сучасних зарубіжних комерціоналістів, зокрема Горварда Джонсона (Howard Johnson), Евана Маккендріка (Ewan McKendrick), Джонсона Бейкера (J. H. Baker), Роя Гуді (R. Goode), Паоло Ліроні (Paolo Leggioni), Річарда Кранстона (R. Cranstone), Тоні Веера (Tony Weir), Джейсона Самуеля, (G. Samuel), Лорда Хоффмана (L. Hoffman), Ліндона Трекмана (L. Trakman), Робера Донахью (R. Donahue).

Останніми роками в Україні за темами, які так чи інакше стосуються правового регулювання підприємницьких відносин, певних їх аспектів, було захищено значну кількість дисертаційних робіт, проте монографічних досліджень приватноправового регулювання підприємницьких відносин в Україні, які б досліджували їх природу та сутність, їх іманентність ринковій економіці, останнім часом не проводилось.

Враховуючи вищезазначене, можна стверджувати, що обрана для дослідження тема є актуальною як з погляду теорії цивільного права, так і для вироблення пропозицій щодо вдосконалення цивільного та господарського законодавства й рекомендацій стосовно його практичного застосування.

Розділ 1

ГЕНЕЗА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ВІДНОСИН

1.1. Сучасний стан наукового розроблення питання регулювання підприємницьких відносин

На сьогодні питання регулювання підприємницьких відносин досить часто виходить у площину обґрунтованості і своєчасності питання, яке в науці знайшло своє найменування як «питання дуалізму приватного права». Слід зазначити, що в силу специфіки вилучення саме підприємницьких відносин із предмета регулювання ЦК України зазначене питання залишається в Україні актуальним і йому приділяється чимала увага. Багато в чому це зумовлено існуванням в Україні Господарського кодексу. Відповідно, полеміка між господарниками та цивілістами в Україні триває вже не один рік. Її предметом є питання доцільності виокремлення регулювання господарської діяльності в окремий кодифікований акт. Саме в Україні питання регулювання підприємницьких відносин як одного із проявів можливого дуалізму приватного права набуло певного нового змісту (сенсу), хоча у більшості країн світу воно вирішене у той чи інший спосіб. Йдеться про існування трьох моделей регулювання підприємництва: існування єдиного цивільного кодексу із включенням до нього норм щодо підприємництва, виокремлення торгових кодексів поруч із цивільними кодексами і відсутність таких кодексів загалом.

Це призводить до того, що питання дуалізму приватного права в Україні, у розумінні не лише наявності одного чи двох кодифікованих актів, стало і залишається досить актуальним. По суті, це питання зводиться нині до визначення необхідності виокремлення регулювання певних підприємницьких відносин за ознакою суб'єктного складу в окремий, наприклад Торговий чи Комерційний, кодекс. Зокрема професор Н. С. Кузнецова вважає, що слід рішуче відмовитися від штучного дуалізму у регулюванні приватноправових відносин, який виник у зв'язку з прийняттям Господарського кодексу України (далі — ГК України) [173, с. 69].

Досить часто у науковій літературі вживається термін «дуалізм приватного права», яким оперують для позначення, як правило, явища па-

ралельного існування в країні поряд із Цивільним кодексом і Торгового кодексу. Зокрема, Б. І. Пугінський зазначає, що прийняття у багатьох країнах поряд із цивільним кодексом торгових кодексів отримало назву дуалізм приватного права [271, с. 38]. При цьому він вказує на певну некоректність вживання терміна «дуалізм» у контексті позначення саме двох взаємодоповнюючих, існуючих паралельно кодифікованих актів у сфері підприємництва. Така невідповідність та певна наукова некоректність полягає у самому значенні слова «дуалізм» та його «науковому навантаженні». Адже згідно з філософською концепцією побудови всесвіту термін «дуалізм» означає зовсім інше, а саме, філософську концепцію співіснування всесвіту та буття як двох протидіючих, протилежних, непорівнянних засад: духу і матерії. Відповідно, ведучи мову про дві підсистеми приватного права, власне цивільного (приватного) і торгового, які мають спільні засади і корені, єдиний генетичний код, як пише А. С. Довгерг [90, с. 3], навряд чи можна говорити про явища, які протидіють одне одному. Продовжуючи цю тезу, слід зазначити, що А. С. Довгерг навіть увів в оборот термін «квазідуалізм» приватного права, який вживається саме для позначення (підкреслення) відсутності принципових розбіжностей у методологічних засадах двох підсистем приватного права (цивільної і торгової), їх природної єдності, заснованих на принципових засадах і неможливості штучного протиставлення цих двох підсистем. Якщо ж говорити про дуалізм приватного права сьогодні, то тільки у плані того, що воно складається з двох сегментів, а саме: з природного приватного права і позитивного приватного права» [91, с. 26].

Одна із яскравих представниць української школи господарників — О. А. Беляневич, аргументуючи та обстоюючи власну позицію щодо цілісності та обґрунтованості підходу до господарського права як самостійної галузі права, переводить питання дуалізму приватного права на вищій щабель, до питання дуалізму права як такого, у розумінні існування приватного та публічного права [51]. Критикуючи підхід господарників до виокремлення регулювання певних суспільних відносин у окремий кодифікований акт, до проблеми дуалізму приватного права звертається і професор І. В. Спасибо-Фатеєва [301]. Приділяють увагу питанню дуалізму приватного права і російські науковці. Зокрема нещодавно було опубліковано статтю російського вченого І. В. Дойнікова, який питання дуалізму приватного права пов'язує з ліберально-західним підходом до реформування цивільного і підприємницького законодавства. На противагу цьому І. В. Дойніков пропонує національно-державний підхід, який має ґрунтуватися на розробленні і впровадженні в РФ господарського кодексу [96, с. 4—5]. Професор В. А. Белов, розглядаючи питання дуалізму приватного права, вважає, що останнє стосується не стільки питання кодифікації правовідносин у сфері господарювання, скільки питання внутрішньої побудови системи приватного права [80, с. 71].

Навіть короткий перелік аргументів українських та зарубіжних науковців щодо дуалізму приватного права свідчить, що питання домінантності приватноправових чи публічно-правових засад у регулюванні підприємницьких відносин (а як одного із його проявів — питання дуалізму приватного права) є актуальним, а в Україні воно набуло певних особливих підходів до самої постановки питання, що значною мірою зумовлено існуванням ГК України.

Проте слід зазначити, що у класичному вигляді (у класичній постановці) питання дуалізму приватного права як однієї з форм прояву питання щодо необхідності виокремлення певних підприємницьких відносин, зводилось до питання про необхідність та доцільність поділу приватного права на власне цивільне та торгове право. Адже сама думка щодо можливості віднесення підприємницьких відносин до будь-якої іншої галузі (утворення) права не має під собою жодних обґрунтованих підстав та аргументів.

На методологічному рівні це питання, з одного боку, мало прихильників, які вважали приватне право моністичним і пропонували не виокремлювати питання торгового права із цивільного. З іншого боку, їх опоненти на підставі твердження про перманентне ускладнення суспільних відносин доводили необхідність виокремлення з приватного права торгового права і тим самим реагування на зміну та ускладнення як суспільних відносин у цілому, так і торгового обороту зокрема.

Поступово дискусія перейшла зовсім в інше русло: чи є торгове право частиною цивільного (приватного) права у широкому розумінні, чи все ж таки це окрема самостійна галузь права (галузь законодавства, навчальна дисципліна тощо), яка існує паралельно приватному праву. На жаль, досить часто саме у такій інтерпретації ми нині і спостерігаємо дискусії стосовно питання регулювання підприємницьких відносин та теоретичного питання проблеми дуалізму приватного права. Однак, як ми вже зазначили вище, такий підхід не відповідає методологічній постановці питання ні стосовно регулювання підприємницьких відносин, ні стосовно дуалізму приватного права як суто теоретичного питання. ***Доводиться визнати, що вкотре в Україні задля сумнівного вирішення певних практичних питань чиниться нехтування їх науковим обґрунтуванням.***

Державотворення в цілому має одним із своїх складових створення ефективної правової системи. На сьогодні цей процес у нашій державі триває, як і процес обговорення значення та ролі приватного права у правовій системі та побудові громадянського суспільства. Саме тому правильна постановка питання стосовно значення приватноправових засад у регулюванні підприємницьких відносин, його правильного тлумачення, а, відповідно, і вирішення відіграє неабияку роль у побудові адекватної правової системи в цілому.

Адекватне сприйняття та втілення приватноправових засад регулювання підприємницьких відносин у практичній площині в Україні, їх

правильне тлумачення та усвідомлення вірності (правильності) посилення приватноправових засад у регулюванні підприємницьких відносин має стати одним із важливих векторів гармонізації цивільного (приватного) права України зі стандартами Європейського Союзу.

Оскільки термін «дуалізм приватного права» міцно увійшов до наукового інструментарію у сфері приватного права як позначення феномена (явища) поділу системи приватного права на дві підсистеми: власне цивільне право і право торгове, саме у такому значенні цей термін буде вживатися у цій праці.

Явище поділу системи приватного права на дві підсистеми (власне приватне у вузькому розумінні та торгове право) породило і проблему дуалізму приватного права, яку можна сформулювати як проблему співвідношення, співіснування, взаємозв'язку та узгодження меж (засад, принципів) та змісту цих двох підсистем.

Зробимо припущення, яке має підтвердитись або бути спростованим у результаті цього наукового дослідження. Воно зводиться до того, що *феномен дуалізму приватного права є релевантним до суспільного буття (суспільних відносин) і не може мати сталих визначених меж співіснування та взаємодії двох підсистем приватного права*. Саме тому, на нашу думку, головне завдання цього наукового дослідження і полягає у **визначенні найбільш важливих базових принципів та засад взаємодії двох підсистем приватного права, якщо поділ на такі має місце**. Питання наявності чи відсутності окремого кодифікованого акта у сфері законодавства щодо підприємництва (комерційного, торгового, підприємницького кодексу), за великим рахунком, є похідним і головним чином змальовує тенденції та вектори розвитку питання дуалізму приватного права і його формалізацію.

Наразі, виходячи із єдності і спорідненості двох систем приватного права: цивільної (приватної у вузькому розумінні) і торгової, опоненти господарського права в Україні знаходять ще один аргумент проти існування господарського права як самостійної галузі, оскільки його зміст в країні не відповідає і не збігається із аналогічними системами торгового права, а відповідно, не є і не може бути підсистемою приватного права.

Отже, як уже зазначалось, термін «дуалізм приватного права» є досить усталеним у науковій літературі з цивільного (приватного) права і означає наявність у певній країні двох підсистем приватного права: цивільного права (приватного права у вузькому розумінні) і торгового права, а, відповідно, це означає і наявність у певній країні двох кодифікованих актів: цивільного і торгового кодексів. Проте інколи, як зазначалось вище, питання дуалізму приватного права розглядається значно ширше у контексті внутрішньої побудови системи приватного права [80, с. 71].

Але як би ми не підходили до формулювання питання дуалізму приватного права, одна з його складових виступає у ролі константи. Цією

константою завжди було, є і буде питання стосовно наявності певних правовідносин, які випадають із кола (предмета) регулювання класичного цивільного (приватного) права і, можливо, потребують певних специфічних принципів та методів регулювання.

Аналіз вищезазначених принципів надає змогу зробити висновок про те, що ані господарське право, ані торгове право не володіють певними специфічними, автономними власними керівними засадами-принципами, які б були радикально відмінними від принципів приватного права.

Такий висновок ґрунтується як на аналізі вищезазначених принципів, так і на загальних засадах регулювання майнових відносин між господарюючими суб'єктами. Без певних загальних засад регулювання відносин між ними, як і характерних рис цих суб'єктів (майнова відокремленість, здатність виступати відповідачем за своїми зобов'язаннями тощо), функціонування торгового обороту як такого взагалі неможливе.

Певні особливості, які привносяться у систему принципів регулювання торгових відносин, як правило, з відтінком адміністративного нашарування, не можна пояснити інакше як бажанням привнести у сферу приватного права певні засади адміністративного регулювання.

Скоріше за все, на думку автора, варто вести мову про певну специфіку принципів приватного права у сфері регулювання підприємницької діяльності. Оскільки її визначення крізь призму спекуляції як однієї із складових, що обумовлює саму комерцію, не дає можливості вести мову про соціальні засади як принципи здійснення чи регулювання підприємницької діяльності. Професор А. І. Камінка писав свого часу, що саме спекуляція, прагнення до наживи, і при цьому не з допомогою певної окремої дії, а у вигляді організованого промислу, утворює той рушійний нерв всього торгового обороту [140, с. 67].

Слід визнати, що комерсанти, здійснюючи свою діяльність, надаючи певні послуги, мають на меті, перш за все, отримання прибутку та діяльність як таку. Забезпечення ж певного соціального ефекту не може бути безпосередньою метою самої комерції, така мета з'являється як одне із завдань державного (адміністративного) регулювання, як похідна мета від недопущення недобросовісної конкуренції на ринку, усунення монопольного становища певних суб'єктів господарювання на ринку тощо.

Відповідно, можна навести такі точки зору стосовно наявності чи відсутності певної специфіки у принципах регулювання підприємницької діяльності:

— особливих принципів комерційного права не існує, існують лише особливості застосування принципів приватного права у сфері підприємництва [241, с. 26];

— правове регулювання комерційних відносин базується на загальних конституційних принципах [35, с. 11];

— в єдиній галузі господарського права, вочевидь, наявні всі зазначені ознаки специфічного нерозривного поєднання норм права, зокрема можна виокремити (специфічні. — В. М.) принципи господарського права [334, с. 24].

Вочевидь, той чи інший підхід до принципів регулювання підприємницької діяльності ґрунтується на тому, як той чи інший автор сприймає систему приватного права та предмет її регулювання. Проте спільною вадою усіх прихильників торгового чи будь-якого іншого (комерційного, підприємницького, господарського та ін.) утворення у системі приватного права є певна безсистемність у визначенні відносин, які підпадають під таке «специфічне» регулювання. Такому підходу сприяє і сама архітектоніка наявних торгових кодексів світу, а точніше — відсутність єдиної зрозумілої логіки, системи та структури норм у цих кодексах.

Очевидно, що такий стан побудови (структури) торгових кодексів не може сприяти виробленню сталої системи специфічних принципів регулювання відносин у сфері підприємництва. Б. І. Пугінський слушно назвав таке явище безсистемності торгових кодексів «еклектикою кодексів» [271, с. 39].

1.2. Зарубіжний досвід регулювання підприємницьких відносин (до питання так званого дуалізму приватного права)

Як зазначалось вище, питання регулювання підприємницьких (торгових) відносин не завжди мало один і той самий зміст та форму вираження. Залежно від конкретно-історичних умов суспільного буття формувалась і сама постановка питання про зміст, способи регулювання підприємницьких (торгових) відносин, іншими словами, здійснювалась його екстраполяція на конкретні суспільні відносини.

Зародження питання регулювання підприємницьких (торгових) відносин за допомогою приватного права відображалось у найпростіших формах права, а саме: співвідношення класичного цивільного права і права народів (*jus civile — jus gentium*), ще в Римській імперії. Існування двох паралельних систем приватноправового регулювання було обумовлене суб'єктним складом учасників — громадян і не громадян Римської імперії. Цікавою і характерною ознакою цього етапу регулювання досить примітивних, але підприємницьких (торгових) відносин, стала необхідність поширення різних важливих правових титулів у цивільному обороті на тих, хто представляв інші народи, не був римлянином за походженням, але брав участь у торговому обороті. Як пише І. С. Перетерський: «С развитием производства и обмена, с расширением торгового оборота стало необходимым признать основные частные права (право собственности, право заключения договоров и т. д.) и за не римлянами.

На этой почве и сложилась система права, получившая название *jus gentium*... Свободное от традиций глубокой старины, выросшее на базе экономических, в частности торговых отношений, в которых участвовали и римляне, и представители других народностей, *jus gentium* является правом универсальным в том смысле, что оно применяется ко всем участникам торгового оборота, независимо от их гражданства» [164, с. 22—23]. Саме останнє стало тим підґрунтям, на якому почала розвиватись ідея виокремлення механізму регулювання підприємницьких (торгових) відносин, так званий дуалізм приватного права, оскільки перші згадки про дуалізм приватного права пов'язані саме з Римською імперією [164, с. 67].

Приватноправова правосуб'єктність людини в Римі була наслідком її політичної, державної правосуб'єктності. Відповідно, первинним суб'єктом приватноправових відносин був римський *civis* (громадянин) — член *civitas* (член римської міської громади), який виступав як автономна приватна особа, а як суб'єкт публічно-правових, державних відносин. Саме тому *jus civile*, включаючи всі його приватноправові норми, існувало та функціонувало винятково як римське право і винятково для римлян. Звідси і походило його найменування — квіритське право. Під квіритським правом розуміється найдавніше, суто римське право, що за своїм характером регулювало майнові відносини між римськими громадянами (квіритами). Воно було непридатне для регулювання відносин, що склалися між квіритами, з одного боку, та неквіритами — з іншого, і відзначалося обтяжливим формалізмом та стійким консерватизмом. Таким чином, вже в самих підвалинах виникнення римського цивільного права виникнення будь-якого дуалізму приватного права унеможлиблювалось суб'єктним складом учасників цих відносин.

Проте з часом історичний розвиток Римської імперії, її постійні завоювання та захоплення нових територій, поширення римської правової системи на ці території призвели до необхідності вирішувати питання регулювання, перш за все, майнових відносин та торгового обороту. Відповідно, класичне квіритське (цивільне) право вже не могло належним чином виконувати свою функцію через певні обставини (фактори).

1. Класичне римське цивільне (квіритське) право, як уже зазначалось, було суворо національним за своїм характером, його норми стосувались виключно римських громадян.

2. Римське квіритське право було тісно пов'язане з релігією, що не могло не позначитись на правових нормах.

3. Для давньоримського квіритського права характерна сувора формальність, обов'язковість дотримання певної процедури (вчинення угоди), що було запорукою захисту інтересів учасників відповідних правовідносин.

4. Квіритське право вирізнялось певною простотою і нерозвиненістю, оскільки іншого від нього не вимагав невибагливий давньоримський

побут і торговий оборот. Як зазначають відомі автори [233, с. 46], у найдавніший період римляни обходилися всього трьома договорами: *nexum* (договір позики), *manipatio* (договір передачі права власності), *legata* (заповідальний відказ).

5. Нарешті, найважливішою особливістю римського квіритського права було те, що воно за своїм характером становило систему позовів, формуючись за принципом: є позов — є матеріальне право, немає позову — немає права. Тож, у такому вигляді воно було занадто незручним для регулювання навіть договірних відносин у сучасному (класичному) розумінні.

Відповідно, специфічні, характерні риси римського квіритського права, які й визначали його особливість, певну унікальність та своєрідність, водночас і слугували тим фактором (факторами), який унеможлилював його універсальне застосування. Саме його «вади»: консерватизм, обмеженість за колом суб'єктів, певна сакральність тощо, і стали передумовою до формування інших систем права та реформування самого квіритського права. Ці самі фактори відіграли і неабияку роль у розвитку ідеї про реформування класичного римського приватного права за часів Середньовіччя та рецепції римського права.

Говорячи про інші системи (підсистеми) права, які виникли на базі класичного квіритського права, ми маємо на увазі такі: *jus honorarium* (влада магістрату); *jus praetorium* (преторське право); *jus gentium* (право народів).

Вказівки, постанови (настанови) та накази XII таблиць навіть із певними додатками та змінами, які надавалися шляхом внесення *interpatio* і більш пізніх *leges*, далеко не завжди могли охопити та врегулювати всю сукупність відносин (правовідносин), які виникали у бурхливий час республіканського періоду Римської імперії. Навіть зміни та доповнення, внесені до системи *jus civile*, не могли задовольнити всіх вимог, які породжував торговий оборот, що стрімко змінювався та розвивався. З'являлися такі правовідносини, які не мали відповідного відображення у *jus civile*, іншими словами, для них не існувало відповідної норми.

Саме з огляду на це влада магістратів стала нагальнішою. Серед обов'язків римських магістратів — особливо вищих консулів, а потім і преторів, був обов'язок зберігати спокій, мир та порядок у спільноті римських громадян. Задля цього їм була надана майже необмежена адміністративна влада (*imperium*) з усіма необхідними адміністративними атрибутами. Відповідно, у тих випадках, коли закон мав прогалини, через які певна особа зазнавала збитків або шкоди і не мала змоги добитися поновлення справедливості чи захисту своїх законних прав та інтересів шляхом подання звичайного цивільного позову (оскільки саме цей спосіб захисту був ефективний у системі *jus civile*), вона могла звернутися до магістрату з проханням допомоги їй своєю владою. Магістрат,

відповідно, провадив своє розслідування (*causae cognitio*) і, якщо знаходив підстави, задовольняв її прохання шляхом застосування адміністративних заходів свого *imperium* (шляхом застосування штрафів, приписів і тощо). Таким чином, у Римській імперії з'явилися інтердикти, тобто консульські або преторські накази. Саме інтердикти стали першим проявом зовнішнього втручання у сферу приватного права, приватних правовідносин. З часом таких звернень ставало дедалі більше і вони стали повсякденним явищем. Відповідно, поступово у магістратів виробилися певні узагальнення стосовно вирішення того чи іншого питання та правозастосовної практики. Ці узагальнені рішення, вироблені під час правозастосування, претори стали оголошувати прилюдно на загальних зборах у формі так званих едиктів.

Не вдаючись до детального розгляду системи едиктів, їх класифікації та правового значення, зазначимо, що *edicta repentina* (одноразові едикти, або едикти на конкретний випадок) та *edictum perpetuum* (так звані постійні едикти, не пов'язані із певним конкретним випадком) різнилися між собою.

Таке саме явище спостерігалось і у сфері торгового обороту. Спеціальними повноваженнями щодо останнього були наділені так звані куркульні едили. Останні, виконуючи свої повноваження, а також розглядаючи певні специфічні ситуації та запити стосовно торгових правовідносин, реалізували свої повноваження шляхом видання спеціальних приписів — *edicta aedilicia*.

Таким чином, вся сукупність норм, вироблених практикою преторів — *jus praetorium* та практикою едилів — *jus aedilicium*, складала *jus honorarium* (від слова *honores* — магістратура).

Новостворена система *jus honorarium* почала функціонувати в Римській імперії поряд із старим класичним цивільним правом. Розширюючи межі предмета свого регулювання, включаючи до предмета регулювання нові правовідносини, не властиві цивільному праву (*jus civile*), система *jus honorarium* перепліталася із класичним цивільним правом найдивовижнішим чином. Так, уперше в галузі права виникало характерне для римського правового розвитку явище — дуалізм правових систем або дуалізм приватного права. Іншими словами, у сфері одного і того самого приватного права почали існувати та функціонувати дві системи норм приватного права, різного походження, різної правової природи. При цьому слід зазначити, що їхнє взаємовідношення могло бути досить різним.

Спершу заходи преторів із поліпшення, а точніше, удосконалення класичного цивільного права мали лише одну мету — надати допомогу законному (цивільному) правопорядку і заповнити ті прогалини, які існували. Іншими словами, вони застосовувались, використовуючи слова першоджерел, — «*juris civilis adjuvandi vel supplendi gratia*» (заради підтримки і доповнення цивільного права). Протягом певного часу пре-

тори досить безболісно доповнювали та несуттєво змінювали класичне цивільне право, а цивільне право поступово (досить органічно) зазнавало свого реформування. Проте претори до певної міри не входили у конфлікт із приписами цивільного права, займаючись більше його доповненням та коригуванням.

Але життя поступово змушувало преторів застосовувати і більш радикальні заходи щодо реформування класичного цивільного права, і, таким чином, був зроблений другий крок — крок до коректур сучасного цивільного права. В історію він увійшов як *jurus civilis corrigenda gratia* (заради виправлення цивільного права). Цей крок став відповіддю на нові потреби цивільного обороту, а точніше — торгового обороту. Потреби, які давно переросли норми цивільного права і де навіть вільна *interpretation* вже була безсила [237, с. 165].

Формально залишаючись в лоні класичного цивільного права, оскільки претор не міг змінити закон, він все таки приймав такі рішення, які виходили за межі цивільного квіритського права. І якщо спершу такі відступи від канонів розглядалися як поодинокі випадки відходу від загальноприйнятих норм, то поступово їх життєздатність і необхідність зробила з них частину права. Таким чином, поступово так звані тимчасові відходи преторів від класичних догм і включення рішень преторів до застосованого права стали причиною того, що тимчасові зміни та доповнення стали постійними. Тимчасові винятки із цивільного права ставали нормою життя, а закон *jus civile*, який зовні зберігав свою силу, поступово перетворювався на порожній звук або, як свідчать першоджерела, — ставав «голим правом» — *nudum jus quiritium*.

Поступово такий своєрідний (тогочасний) дуалізм приватного права поширювався на дедалі більше коло суспільних відносин, що виникали, насамперед, із цивільного та торгового обороту, зазнавали дуалізму у своєму регулюванні. Однак для правильного розуміння цього дуалізму, його витоків та значення слід пам'ятати про історичний генезис цього явища та ті передумови, що дали можливість виникнути двом системам цивільного права. Також слід завжди пам'ятати про юридичну нерівно-рідність права цивільного та права преторського.

Змальований вище дуалізм правових норм того часу породжував масу незручностей та призводив до виникнення значних колізій у правозастосовній практиці [237, с. 167]. Ще в той час поставало питання стосовно необхідності усунення певних суперечностей та вироблення критеріїв поділу двох підсистем приватного права.

Проте не всі автори погоджуються з тезою про народження питання дуалізму приватного права у Римській імперії. Зокрема І. К. Малишев стверджує, що римляни не знали дуалізму приватного права, зокрема він зазначає: «В континентальній Європі цей (приватноправовий. — В. М.) дуалізм появився у Середньовіччі. Римляни його не знали» [198, с. 601].

Оцінюючи факт розвитку приватного права в Римській імперії, слід визнати той рушійний аспект торгових (підприємницьких) відносин, який став надалі базисом для розвитку останніх протягом століть.

Другий етап розвитку питання регулювання підприємницьких (торгових) відносин пов'язаний із рецепцією класичного римського права у Західній Європі та розвитком торгового мореплавства. Класичне римське приватне право не могло повною мірою відповідати певним потребам того часу та викликало торговельної діяльності, яка стрімко розвивалась. Відповіддю класичному, дещо анахронічному рецепційованому римському приватному праву стала поява різноманітних торгових уставів (та/або ордонансів), які були покликані регулювати торговельну діяльність на простіших, певним чином адаптованих засадах. При цьому за своєю природою, за своїм змістом вони були документами суто приватноправового характеру. Апогеєм розвитку цього етапу стало прийняття Рагузинських статутів (1272 р.) — збірника зафіксованих торгових звичаїв Середземномор'я — *Consulato del mare*. Характерною ознакою цього етапу розвитку механізму регулювання підприємницьких (торгових) відносин стало протиставлення торгового права традиційному феодальному і канонічному праву та відповідні суттєві зміни у самому розумінні та сутності відповідного механізму регулювання останніх. Відбувався повільний, проте впевнений відхід від регулювання певних цехових відносин (за допомогою внутрішньоцехових, локальних норм) до повноцінного регулювання підприємницьких (торгових) відносин як важливої частини суспільного буття, що потребує адекватного механізму суспільного регулювання. По суті, саме формування окремого права купців (торгового права) було необхідною передумовою і водночас правовим захистом класу купців та торговців, який зароджувався у той час. Визначальним було те, що першим завданням новоствореної альтернативної системи приватного права купців була охорона класу купців (торговців) від свавілля феодалів шляхом формування власного автономного правового поля, власної системи приватного права, власного (приватноправового) механізму регулювання відносин між підприємцями того часу — купцями. Останні були зацікавлені у виробленні адекватного механізму регулювання відповідних правовідносин, при цьому вони були зацікавлені у поширенні приватноправових засад на протипагу нормам суверена, який не виступав «рівним до рівного». Як зазначає Ю. Е. Булатецький, право купців зміцнювалось у постійному протистоянні з традиційним феодальним і канонічним правом [60, с. 9].

Поступово із розвитком торгівлі та класу купців у держави (як правило, в особі суверена, короля) виникало бажання певного регулювання цієї діяльності за допомогою нормативних актів, шляхом встановлення єдиних правил гри, що мало забезпечити ефективніші засоби контролю за торгівлею та торговцями. Все це з необхідністю приводить до поступового прояву інтересу держави до торгової діяльності та бажання вста-

новити певні формалізовані, уніфіковані правила здійснення (ведення) торгової діяльності. Таким чином, створюються передумови до прийняття єдиних кодифікованих актів регулювання торговельної діяльності. Визначними актами того періоду були *Ordonnance de commerce* 1673 р. (Ордонанс «Про торгівлю») та *Ordonnance de la marine* 1681 р. (Ордонанс «Про мореплавство»), прийняті у Франції. Характерними рисами цього етапу розвитку (еволюції) механізму регулювання підприємницьких (торгових) відносин стало те, що механізм регулювання підприємницьких (торгових) відносин почав розвиватися не лише відповідно до певних торгових звичаїв, а й одержав підтримку з боку відповідних королівських указів, ордонансів, які поширювали свою дію на територію всієї країни і надавали певного адміністративного (імперативного) відтінку торговельній діяльності. З'явилися перші формалізовані санкції, дозволи та заборони. Іншими словами, можливо, вперше механізм регулювання підприємницьких відносин зазнав такого суттєвого впливу з боку адміністративних (публічно-правових) засад регулювання останніх. Торговельна діяльність та комерція перестали існувати автономно, а подекуди і в анклаві щодо держави та адміністративного апарату. Формалізація механізму регулювання підприємницьких (торгових) відносин проявилась також і в тому, що норми торгового права, що створювалося на той час (джерелами якого стали вищезазначені ордонанси), поширювалися на осіб, які формально зараховували себе до прошарку торговців. Так відбулося перше виокремлення — формалізація критерію розмежування поділу на торгове і власне приватне право. Він виявився у тому, що відбулося розмежування правового регулювання у приватно-правовій сфері за суб'єктним складом та з'явився певний новий специфічний (спеціальний) механізм регулювання підприємницьких (торгових) відносин.

Велика французька революція 1789 р. кардинально змінила ставлення до підприємницької (торгової) діяльності як такої. Відповідно, зазнали змін і законодавчі підходи до її регулювання. «Закон от 2—17 мая 1791 г., который отменял феодальные ограничения в торговле, ремесле и декларировал свободу предпринимательства. Статья 7 этого Закона гласила, что «любое лицо имеет право заниматься таким делом или выбирать такую профессию, ремесло или торговлю, которые оно сочтет желательными» [139, с. 619—620]. Французькій революції не потрібне було виокремлення торговців у окремий привілейований прошарок, завдання були діаметрально протилежні. Як наслідок, 17 років після Великої французької революції торговельна діяльність залишалась поза увагою влади та її законодавчого врегулювання. Лише через 3 роки після прийняття Цивільного кодексу Франції (1804 р.) було прийнято спеціальний нормативний акт у сфері торгівлі — Французький торговий кодекс. Не вдаючись до детального розгляду обставин та передумов, які сприяли прийняттю цього документа, обмежимось лише цитатою

Ю. Е. Булатецького. Він вважає, що два фактори були визначальними у прийнятті Французького торгового кодексу: панування торгово-промислового лобі у законодавчому органі Франції та відсутність у Цивільному кодексі Франції відповідних норм, які б могли повною мірою адекватно регулювати торгові угоди [60, с. 10]. Слід зазначити, що прийняття окремого нормативного акта у сфері торгової діяльності без будь-яких преференцій за суб'єктивним складом було досить серйозним аргументом на користь прихильників формалізації виокремлення торгової діяльності. Додатковим аргументом є той факт, що приклад Франції породив багато послідовників: торгові кодекси були прийняті у Португалії (1833 р.), Голландії (1838 р.), Бельгії (1872 р.), Греції, Румунії, країнах Латинської Америки. Загалом на сьогодні спеціальні торгові кодекси як кодифіковані акти у сфері підприємницької діяльності, нараховуються більш ніж у 80 країнах світу [42, с. 51]. Всі вони є певним відлунням саме Французького торгового кодексу 1807 р.

Наступним визначальним етапом у розвитку регулювання підприємницьких відносин стало прийняття Торгового кодексу Німеччини. Попередником Торгового кодексу Німеччини 1899 р. у конфедерації (якою була Німеччина за станом на другу половину XIX ст.) був Загальнонімецький торговий кодекс 1861 р. Стосовно Німеччини слід зазначити, що свідоме прийняття як Загальнонімецького, так і Німецького торгових кодексів мало на меті консолідацію німецької нації. Фактором, який заслуговує на особливу увагу у ретроспективі розгляду приватно-правового механізму регулювання підприємницьких відносин, має стати його уніфікуюча та консолідуєча роль. За великим рахунком, аналогічні процеси нині відбуваються у Європейському Союзі, де наразі саме норми, якими регулюються підприємницькі відносини, слугують «локомотивом» до уніфікації загальноєвропейського правового поля та розроблення так званої Білої книги ЄС.

Слід зазначити, що виявлення тих передумов (факторів), які сприяли та обумовлювали прийняття в Німеччині Загальнонімецького і Німецького торгових кодексів, надасть можливість визначити, які ж реальні об'єктивні передумови існували в Німеччині для розвитку спеціального регулювання підприємницьких відносин шляхом прийняття двох окремих актів у сфері приватного права: цивільного та торгового кодексів, що надає різноманітний матеріал для вивчення та порівняння, а також вироблення певних узагальнень та рекомендацій.

Зокрема, як пише російський науковець О. Л. Лисенко, повернення економіки до ринкових методів регулювання, що супроводжується розвитком підприємництва та приватної торгівлі, поглибленням зовнішньоекономічних зв'язків, має потребу в глибокому реформуванні приватного права. У ході вирішення цього завдання в 1994 р. у Росії був прийнятий новий ЦК РФ, ведеться дискусія з приводу прийняття і Торгового кодексу РФ. У цих умовах особливого значення набуває досвід правово-

го регулювання торгівлі та підприємництва в дореволюційній Росії, а також в інших країнах. Особлива роль тут належить правовій системі Німеччини через той величезний вплив, який німецьке право мало на право інших країн, у тому числі й Росії [193, с. 12].

Важливе політико-правове значення мала кодифікація торгового права Німеччини в XIX ст. Принципи й інститути, які закріплені в Єдиному вексельному статуті 1847 р. (Німеччини), Загальнонімецькому торговому уложенні 1861 р. і донині діючому Торговому кодексі 1897 р., визначили зміст цілої низки міжнародно-правових актів, зокрема Женевської вексельної конвенції 1930 р., Віденської конвенції про міжнародні договори купівлі-продажу 1980 р. та ін., які стали базою для подальшого розвитку національного законодавства багатьох європейських держав [93, с. 26—36]. Іншими словами, ті принципи, положення, норми, які знайшли своє відображення у первинних законодавчих актах з торгового права у Німеччині, привнесли у правову матерію такі положення, які не лише не були «протилежними» (*contra*) цивільному (приватному) праву, а більше того, через свою універсальність та абстрактність посіли чільне місце у міжнародній цивільній (приватній) матерії.

Інтерес для вітчизняних юристів становлять не тільки перші загальнонімецькі торгові закони, що характеризуються високим рівнем розробки інститутів торгового права, таких як фірма купця, представництво в торговельних справах, торговий реєстр, торговельне товариство тощо, а й історія їх прийняття та відповідні передумови до посилення приватноправових засад у регулюванні підприємницьких відносин.

Вивчення процесів, що відбувалися в Німеччині в XIX ст., в період становлення її єдиної державно-політичної та правової системи, є пізнання неординарних підходів до вирішення складних соціально-економічних і правових проблем, зокрема створення одноманітного та ефективного правового механізму регулювання торгівлі та підприємництва. Звернення до політико-правової історії Німеччини в XIX ст., вивчення її досвіду створення спочатку єдиного митного законодавства, а потім розвитку загальнонаціонального (загальнонімецького) торгового права, що відіграли певну роль в інтеграційних процесах у країні з її багатовіковою роздробленістю, набули особливого значення для пострадянських держав колишнього СРСР, зокрема України. Ці країни пережили важкі за своїми наслідками розвали сформованих економічних зв'язків і на цей час все ще вимушені шукати нові форми і методи інтеграції (навіть у межах СНД, оскільки показовою є наявність великої кількості так званих Модельних законів щодо регулювання тих чи інших аспектів підприємницьких відносин).

Проблеми історії торгового права Німеччини, і, зокрема, проблеми кодифікації торгового права глибоко досліджені в працях німецьких юристів. З них на російську мову перекладено лише «Німецьке торгове право» (короткий підручник) К. Гарейса (Вормс, т. 1—3, 1893, 1895,

1904). Однак у ньому не знайшли висвітлення важливі історичні процеси, пов'язані з прийняттям нині діючого Торгового кодексу 1897 р. Те саме стосується і творів інших німецьких юристів XIX ст.: Л. Гольдшміда, Е. Хайльфрона і О. фон Гірка.

Праці сучасних німецьких правознавців, присвячені так чи інакше проблематиці торгового права, умовно можна розділити на дві великі групи. До першої групи належать дослідження з широкою постановкою питання про важливість вирішення проблеми кодифікації торгового права в процесі становлення єдиної політико-правової системи Німеччини, наприклад, праця Г. Гетца «Створення єдиного німецького права в XIX ст. як політико-правова проблема» [8; 15; 12] та праця П. Райша «Відмежування торгового права від загального цивільного права як кодифікаційна проблема в XIX ст.» [7]. Однак у цих роботах не знайшли належного розгляду історія кодифікаційних робіт німецького торгового права і дискусія, що виникла з цього приводу, зіткнення думок відомих німецьких правознавців XIX ст., які зробили значний внесок у розробку самих інститутів німецького торгового права і тому, відповідно, повною мірою можуть бути використані вітчизняними науковцями. До іншої групи юридичних творів належить ціла низка досліджень, присвячених суто вузьким проблемам, окремим інститутам німецького торгового права, наприклад, інституту особливого торгового повноваження (так звана *Procura*) або інституту акціонерного товариства. Ознайомлення з цими дослідженнями також не надає змоги створити цілісне уявлення про історію кодифікації торгового права Німеччини в XIX ст. та її значення для державно-правового розвитку країни.

Тим часом правовий партикуляризм як особливість правової дійсності Німеччини в XIX ст. обумовлює необхідність вивчення не тільки загальнонімецьких торгово-правових актів, а й торговельного законодавства окремих німецьких держав, що поступово формували загальнонімецьке торгове право. Зокрема до них слід віднести пам'ятки законодавства Пруссії (Пруський ландрехт 1794 р., Пруський закон про акціонерні товариства 1843 р. та ін.), Бадена (Баденський ландрехт 1810 р.), Вюртемберга (Проект Торгового кодексу Вюртемберга 1839 р.), а також окремих німецьких міст: Гамбурга, Любека, Бремена, Франкфурта-на-Майні. Вивчення цих пам'яток права становить великий науковий інтерес, бо в них яскраво змальовано саме генезис приватноправового впливу на регулювання підприємницьких відносин.

У процесі пошуку та вивчення нечисленних першоджерел важливе значення має тритомник «Довідник джерел і літератури з нової європейської історії приватного права», складений видатним німецьким правознавцем Гельмутом Коінгом, який містить цінні матеріали, в тому числі і з історії німецького торгового права, а також роботи вчених кафедри історії німецького та європейського права юридичного факультету Вестфальського Вільгельмс-університету м. Монстера (ФРН), де автор про-

ходив стажування. Ці матеріали надають можливість під час розгляду особливостей правового регулювання торгового обороту в Німеччині кінця XVIII — початку XIX ст. у цілому і в окремих німецьких державах виявити специфіку початкових етапів кодифікації німецького торгового права, їх періодизацію і дію тих факторів, які її визначили та обумовили посилення приватноправового регулювання підприємницьких (торгових) відносин; визначити соціально-економічну та політико-правову роль у створенні єдиного німецького торгового права таких законодавчих актів, як Єдиний вексельний статут 1847 р., Загальнонімецьке торгове уложення 1861 р. і Торговий кодекс 1897 р.; дати техніко-юридичний аналіз їхніх основних положень; на основі аналізу інститутів та норм партикулярного торговельного законодавства, а також загальнонімецьких кодексів показати становлення і еволюцію окремих інститутів німецького торгового права, зокрема інституту торговельної фірми, торгового повноваження, торгового товариства та інших як важливих елементів у приватноправовому регулюванні підприємницьких відносин; виявити фактори історичного спадкоємства й обґрунтувати особливості приватного права Німеччини, його послідовний дуалізм як прояв посилення приватноправових засад у регулюванні підприємницьких відносин; через призму кодифікації торгового права розглянути складні процеси становлення єдиної політико-правової системи в роздробленій Німеччині XIX ст.

Розмірковуючи про зближення цивільного та торгового права на рубежі XIX та XX століть, П. П. Цитович зауважив, що в припущеннях про їхнє злиття визначальну роль відіграє не зовсім точне уявлення про зміст торгових уложень. «Торгові уложення, — писав він, — доповнюють ще різні спеціальні закони, серед яких і «правила про торговельні правочини». Найкраще це можна спостерігати в Німецькому уложенні 1897 р. У четвертій книзі (про морську торгівлю) із 473 статей уложення лише 131 статтю (статті 343—473) присвячено торговельним правочинам. Решта статей, тобто книга перша, друга та третя, відведені для зовсім іншої матерії: в них заключається організація торгових підприємств. Основна частина Уложення 1897 р. доповнена ще низкою додаткових законів. Ця організаційна частина торгового права, та й то не вся, може бути, звичайно, включена до правочинів — у договори чи зобов'язання за договорами, тобто втиснута в Цивільне уложення [338, с. 49].

Досліджуючи проблеми кодифікації торгового права Німеччини в XIX ст., доходимо таких основних висновків, які мають відіграти важливу роль при розгляді питання приватноправового регулювання підприємницьких відносин:

1) розвиток у Німеччині у першій половині XIX ст. капіталістичних відносин в умовах політичної та правової роздробленості та необхідність створення єдиного ринку визначили вибір як пріоритетний напрям кодифікаційних робіт з торговельного та вексельного права. Цьому сприя-

ла універсальність окремих німецьких торгово-правових інститутів, що склалася ще в середні віки, багатомісячна практика правового регулювання торгівлі в німецьких, перш за все в Ганзейських, містах;

2) найбільшого значення на початку XIX ст. набула уніфікація вексельного обороту: створення в 1847 р. Єдиного німецького вексельного статуту, чому сприяли розробки цих проблем у працях німецьких юристів;

3) створення в 1834 р. Митного союзу німецьких держав під егідою Пруссії, що являло собою реальне економічне об'єднання на тлі аморфного Німецького союзу, стало потужним імпульсом для початку кодифікаційних робіт у сфері саме торгового права, результатом яких стало прийняття в 1861 р. першого Загальнонімецького торгового кодексу;

4) унікальність і першочерговість кодифікації торгового права призвела до закріплення у Торговому кодексі 1861 р. окремих положень цивільного права (наприклад, про порядок укладання угод), в результаті чого Торговий кодекс з самого початку не мав суто комерційного характеру, певною мірою заповнюючи (компенсуючи) відсутність єдиного загальнонімецького цивільного кодексу. Це стало причиною виникнення та подальшого юридичного закріплення дуалізму в німецькому приватному праві;

5) активна інтеграційна правова політика Пруссії, найбільш значними результатами якої стали утворення Митного союзу німецьких держав 1834 р., ухвалення Єдиного німецького вексельного статуту 1847 р. і Загальнонімецького торгового уложення 1861 р. (в основу яких були покладені проекти, розроблені пруськими юристами), стала важливою передумовою посилення її ролі не тільки у створенні єдиної правової системи країни, а й у політичному об'єднанні Німеччини;

6) на відміну від Франції, де Торговий кодекс був прийнятий після закріплення основ речового і зобов'язального права в статтях ЦК 1804 р., у Німеччині практичну реалізацію кодифікації у сфері цивільного права було досягнуто тільки на базі створення Загальнонімецького торгового права. Це зумовило певну «комерціалізацію» норм німецького цивільного права, закріплення у статтях ГГУ 1896 р. окремих торгово-правових принципів та інститутів, що мали суто прикладне значення. Кінцевим результатом цих процесів і став дуалізм приватного права Німеччини, який на цей час знаходить своє вираження в існуванні двох кодексів: цивільного та торгового, що ставить на порядок денний проблему їх співіснування та реалізації. По суті, остання вирішується досить успішно саме завдяки чіткому розмежуванню предметів регулювання цих кодексів та відсутності паралелізму у регулюванні, чіткому усвідомленню і правозастосуванню двох кодексів: загального та спеціального;

7) об'єднання Німеччини в 1871 р. відбулося не тільки «залізом і кров'ю» Бісмарка. Воно стало логічним (природним) наслідком значних інтеграційних процесів, що відбувалися в економічній і правовій сфері країни протягом усього XIX ст., тих процесів, які були пов'язані зі ство-

ренням єдиного ринку і загальнонімецьким торговим законодавством, розвитком приватноправового регулювання підприємницьких (торгових) відносин.

Відповідні вищенаведені висновки можуть (і мають) бути використані при розгляді еволюції питання дуалізму приватного права, аргументації чи заперечення тих чи інших положень. Висновки досить яскраво змальовують те, що питання дуалізму приватного права, його становлення та розвиток у Німеччині не були наслідками певних суб'єктивних бажань чи міркувань (політичних, канцлера, тощо.). Вони підтверджують тезу стосовно того, що саме у Німеччині найбільш яскраво відобразилися об'єктивні передумови поділу системи приватного права на суто цивільне та торгове право. Метою ж останнього було вироблення чіткої приватноправової конструкції регулювання суто цивілістичних і власне комерційних (підприємницьких) відносин на базі єдиного приватноправового регулювання. При цьому не завадило дискретному, проте важливому, використанню елементів публічно-правового обмеження свободи підприємницької діяльності.

Слід зазначити, що періодизація розвитку власне торгового права не збігається із формами прояву (формалізацією) питання дуалізму приватного права як прояву розвитку приватноправового механізму регулювання підприємницьких відносин. Такий висновок ґрунтується на тому, що періодизація, зокрема, торгового права на три періоди (італійський, французький, німецький), перш за все, пов'язана з наявністю певних формалізованих нормативних актів, які приймалися і діяли у певні проміжки часу в різних країнах [348, с. 36].

Питання ж розвитку власне приватноправового регулювання підприємницьких (торгових) відносин є значно ширшим, і його неможливо звести виключно до факту наявності чи відсутності певного кодифікованого акта в сфері торгівлі та/чи комерційної діяльності. Такий висновок ґрунтується на тому, що дуалізм приватного права є, власне, явищем самого приватного права і полягає, перш за все, у підході до виокремлення певних правовідносин в окрему формалізовану групу (наслідком якого, як правило, стає спеціальний кодифікований акт — торговий кодекс) чи розчинення їх у загальному масиві приватноправових відносин без відповідної формалізації.

1.3. Концептуальні засади правового регулювання економічних відносин у першому десятилітті радянської влади

Україна у формі Української Радянської Республіки (з 24.12.1917 р.) і Української Соціалістичної Радянської Республіки (з 10.03.1919 р.) та частини новоствореного СРСР (30.12.1922 р.), як територія, що де-фак-

то перебувала під впливом Росії (РРФСР), з 1918 по 1929 р. пройшла історичну добу від повного заперечення приватноправових засад у регулюванні економічних відносин (господарських відносин — за термінологією того часу), коли абсолютно заперечувалось і виключалось як саме право на майно, власність як така, торговий (підприємницький) оборот, так і приватноправові засади у цілому, до визнання необхідності часткового повернення до підприємницьких відносин. При цьому протягом всього зазначеного часу завдання щодо насичення як внутрішнього, так і зовнішнього ринків необхідними товарами та послугами не лише не знімалось з порядку денного, а, навпаки, набувало нового, стратегічного значення для задоволення потреб молодшої радянської держави.

Перший етап в історії економічної політики більшовицької Росії та України (1918—1921), вже постфактум був названий військовим комунізмом і фактично зводився до натурального господарства як моделі забезпечення громадян країни усім необхідним для життєдіяльності за допомогою звичайного розподілу і перерозподілу та постачання усього необхідного від громадян (перш за все, хліба) до держави в особі відповідних заготівельних органів. Ключовим було положення про необхідність переходу до продрозверстки — системи примусової заготівлі сільськогосподарських продуктів 1918—1921 рр. Таку систему було введено рішеннями Раднаркому у Радянській Росії і поширено на територію України військовою силою. Слід зазначити, що нормативну базу цієї політики складала відповідні документи РНК РСФСР, які майже повною мірою дублювалися ВУЦВК УСРР. Зокрема до таких документів слід віднести такі:

- 1) Декрет о введении государственной монополии на объявления от 7(20) ноября 1917 г.;
- 2) Положение о рабочем контроле от 14 (27) ноября 1917 г.;
- 3) Декрет об уничтожении сословий и гражданских чинов от 11(24) ноября 1917 г.;
- 4) Декрет об отмене права частной собственности на городские недвижимости (принятый Советом Народных Комиссаров) от 23 ноября (6 декабря) 1917 г.;
- 5) Декрет о национализации банков от 14(27) декабря 1917 г.;
- 6) Декрет о запрещении сделок с недвижимостью от 16(29) декабря 1917 г.;
- 7) Декрет о прекращении платежей по купонам и дивидендам от 23 декабря 1917 г. (5 января 1918 г.);
- 8) Декрет об аннулировании государственных займов от 21 января (3 февраля) 1918 г.;
- 9) Декрет о конфискации акционерных капиталов бывших частных банков от 23 января (5 февраля) 1918 г.;
- 10) Декрет о национализации торгового флота от 23 января (5 февраля) 1918 г.;

Розділ 1

11) Основной закон о социализации земли от 27 января (9 февраля) 1918 г.;

12) Декрет об организации товарообмена для усиления хлебных заготовок от 26 марта 1918 г.;

13) Декрет о национализации внешней торговли от 22 апреля 1918 г.;

14) Декрет о снабжении сельского хозяйства орудиями производства и металлами от 3 апреля 1918 г.;

15) Декрет об отмене наследования от 27 апреля 1918 г.;

16) Декрет о национализации сахарной промышленности от 2 мая 1918 г.;

17) Декрет ВЦИК и СНК о дарениях от 20 мая 1918 г.;

18) Декрет о национализации нефтяной промышленности от 20 июня 1918 г.;

19) Декрет о национализации предприятий ряда отраслей промышленности, предприятий в области железнодорожного транспорта, по местному благоустройству и паровым мельницам от 28 июня 1918 г.

Ліквідація підприємництва стала одним із завдань щойно сформованої влади більшовиків. Як слушно зазначають з цього приводу автори одного із видань з історії України, послідовники К. Маркса спочатку були комуністами і вважали, що майбутнє людства пов'язане з ліквідацією в ході пролетарської революції класу підприємців і капіталістичного підприємництва взагалі.

Навіть найпростіша форма реалізації певного підприємницького хисту і здібностей людей, спрямована на забезпечення своїх природних потреб за допомогою базарної торгівлі, була заборонена [82]. Уряд молоді радянської держави (перш за все, під впливом РРФСР) намагався віднайти необхідні шляхи для забезпечення первинних матеріальних потреб людей та дедалі зростаючих потреб зруйнованої тривалою війною промисловості за допомогою примітивних методів та засобів, з правової точки зору, які підходили виключно для держави-комуни, що створювалося більшовиками: розподілу та обміну. Ленін писав постфактум з приводу досвіду воєнного комунізму таке: «...При всем нашем разорении, нищите, отсталости, голоде, начали двигаться вперед в области подготовительной к социализму экономики, тогда как рядом с нами, во всем мире, страны более передовые, в тысячу раз более богатые и военно могущественные, продолжают двигаться назад в области ихней, ими прославленной, им знаковой, сотни лет уже испытанной, капиталистической экономики» [181, с. 181]. При цьому до обраних методів та способів досягнення зазначених цілей на етапі воєнного комунізму слід віднести, аналізуючи роботу Леніна тих днів, такі [180, с. 181]:

«— организация строжайшего всенародного учета и контроля за производством и распределением продуктов [184, с. 217];

— продолжать дальше национализацию банков и идти неуклонно к превращению банков в узловые пункты общественного счетоводства

при социализме, надо прежде всего достигать реальных успехов в увеличении числа отделений Народного банка, в привлечении вкладов, в облегчении для публики операций внесения и выдачи денег [184, с. 223];

— укрепить и упорядочить те государственные монополии (на хлеб, на кожу и пр.), которые уже введены, и тем подготовить монополизацию внешней торговли государства [184, с. 223];

— введение трудовой повинности... первым шагом делая введение трудовой повинности для богатых [182, с. 224];

— введение рабочей и потребительско-бюджетной книжки для всякого буржуа, в том числе и деревенского [182, с. 224];

— социалистическое государство может возникнуть лишь как сеть производительно-потребительских коммун, добросовестно учитывающих свое производство и потребление, ... через продовольственные отделы Советов, через органы снабжения при Советах мы объединили бы население в единый, пролетарски руководимый, кооператив... взяв в руки надзор за потреблением богатых [182, с. 226—227];

— придание значения предприятию как первостепенному элементу производства материальных благ».

Система вищезазначених методів мала на меті досягнення кінцевого результату, який, на думку Леніна, полягав у тому, що «борьба за внедрение в массы идеи советского — государственного контроля и учета, за проведение этой идеи в жизнь, за разрыв с проклятым прошлым, причувшим смотреть на добычу хлеба и одежды как на «частное» дело, на куплю-продажу, как на сделку, которая «только меня касается», — эта борьба и есть величайшая, имеющая всемирно-историческое значение, борьба социалистической сознательности против буржуазно-анархической стихийности» [182, с. 225].

Результатом вдालого запровадження такої системи «всезагального кооперативу виробництва і розподілу» в межах цілої країни мало стати досягнення мети, яку плекали більшовики, не лише руйнуючи саме явище комерційної діяльності, а й вилучаючи приватноправові елементи в цілому із суспільного життя. Автори видання з економічної історії за редакцією В. М. Литвина зазначають, що після націоналізації промисловості, транспорту і банків утворився усупільнений сектор виробництва, функціонування якого мала забезпечувати держава — комуна, що створювалася більшовиками [100, с. 254]. Щодо мети такої повномасштабної кампанії більшовиків з нищення приватної власності, підприємців і підприємництва в цілому Ленін писав: «...Целью нашей является бесплатное выполнение государственных обязанностей каждым трудящимся, по отбыванию 8-ми часового «урока» производительной работы: (ибо) переход к этому особенно труден, но только в этом переходе залог окончательного упрочнения социализма» [185, с. 243].

Зрозуміло, що мета породжує засоби і методи, правові в тому числі, її досягнення. Тому нині немає сенсу критикувати правильність чи хиб-

ність обраного більшовиками шляху побудови «всезагального кооперативу» із викоріненням усього того, що могло навіть гіпотетично призвести до появи тих чи інших проявів індивідуальності у досягненні інших цілей. Ленін писав навіть про викорінення самої можливості появи певного класу капіталістів після досягнення успіхів соціалізмом. Так, він зазначав: «...на череді дня видвигается поэтому новая, высшая форма борьбы с буржуазией, переход от простейшей задачи дальнейшего экспроприирования капиталистов гораздо более сложной и трудной задачи создания таких условий, при которых бы не могла ни существовать, ни возникнуть вновь буржуазия» [184, с. 216]. Проте слід пам'ятати, заради чого це відбувалось, якими правовими засобами. Досягати це мало тотальною і абсолютною відмовою від індивідуального, приватноправового підходу в усьому, навіть у самому прагненні до досягнення певного індивідуального приватного блага. Підкріплювалося все це масовими репресіями.

Ленін, розвиваючи тезу про значення доктрини воєнного комунізму, розглядав цілу низку спеціальних заходів щодо прискореного переходу від буржуазного типу виробництва до соціалістичного. Принциповим у цьому є повсякчасне нівелювання значення індивідуального начала, із переносом акценту на певне ілюзорне, абстрактне утворення, що має на меті досягнення певних цілей та мети у кінцевому результаті саме в інтересах всього суспільства. Звідси і поява кооперативів, комун, підприємств, які в цілому мали нівелювати значення певної індивідуальності, зусиль певної конкретної особистості, її старань, талантів тощо.

Ця система зобов'язувала селян здавати державі за твердими цінами надлишки (понад встановлені норми на особисті і господарські потреби) хліба та інших продуктів. Здійснювалось це органами Наркомпроду, продзагонами за участі частин Червоної армії, спільно з комбідами і місцевими Радами. Більшовицька влада встановлювала завдання губерніям, яке потім розверстувалось за повітами, волостями, селами та селянськими дворами. Фактично продрозверстка була вираженням продовольчої диктатури більшовиків. 12 квітня 1919 р. Раднарком УСРР видав наказ «Про розверстку надлишків врожаю 1918 і попередніх років». Хлібна розверстка накладалася на селянські господарства площею землі понад 5 десятин, причому на господарства площею понад 10 десятин розверстка була за підвищеними нормами.

Ленін, творець більшовицької ідеології, писав стосовно політики воєнного комунізму: «Главной задачей является положительная или созидательная работа налажения чрезвычайно сложной и тонкой сети новых организационных отношений, охватывающих планомерное производство и распределение продуктов, необходимых для существования десятков миллионов людей» [180]. Відповідно, вже у самій тезі про «шляхи» вирішення поточних проблем Ленін робить акцент не на внутрішні

рушійні сили конкретного індивіда, його талантах та вміннях, на будь-чому, притаманному громадянському суспільству та учасникам ринкового середовища, а акцентує увагу на певних ілюзорних організаційних відносинах, які і нині мають вагоме значення у «теорії» господарського права. Увага, на думку Леніна, має бути прикута насамперед до організаційних моментів, посилення адміністративних важелів впливу. Однак основні труднощі, на його думку, лежать в економічній сфері: здійснити найсуворіший і повсюдний облік та контроль виробництва і розподілу продуктів, підвищити продуктивність праці, усунути виробництво насправді [183, с. 213].

Спочатку продрозверстка поширювалася на хліб і фуражне зерно. У заготівельну кампанію (1919—1920 рр.) вона охопила також картоплю, м'ясо, а до кінця 1920 р. — майже всі сільськогосподарські продукти. У 1918—1919 рр. насправді розверстувалися не лише хліб, м'ясо, картопля та інші продовольчі товари, а буквально всі види сировини тваринного і рослинного походження: пенька, щетина, кінське волосся, коров'яче волосся, копита, роги тощо.

Аналіз робіт та документів теоретиків більшовизму початку 20-х років минулого століття стосовно побудови системи економіки в СРСР свідчить про те, що ідея абсолютного виключення із суспільного життя приватних елементів була наріжною і домінуючою. На той час більшовики, очевидно, намагалися взагалі назавжди забути про будь-що приватне і приватноправове як в економічній, так і правовій сферах.

У Кронштадтському виступі проявилися виключно критичний стан речей у суспільному житті, економіці, повсякчасний голод у країні та недолугість планово-адміністративних методів та способів регулювання економічних процесів у цілому, що зумовили необхідність повернення до застосування приватноправових методів та способів регулювання економічного життя в СРСР у 1921 р.

Крім того, Ленін у жовтні 1921 р. писав: «...Предполагалось более или менее социалистически обменять в целом государственные продукты промышленности на продукты земледелия (здійснити продрозверстку. — В. М.) и этим товарообменом восстановить крупную промышленность, как единственную основу социалистической организации. Что же оказалось? Оказалось, — сейчас вы это все прекрасно знаете из практики, но это видно и из всей нашей прессы, — что товарообмен сорвался: сорвался в том смысле, что он вылился в куплю-продажу... С товарообменом ничего не вышло, частный рынок оказался сильнее нас, и вместо товарообмена получилась обыкновенная купля-продажа, торговля» [149, с. 72]. Підтримував Леніна щодо необхідності реформування політики, що проводилась, і його соратник Троцький, який писав у 1923 р. з приводу політики у народному господарстві останнього часу так: «Ошибочную сторону нашей хозяйственной политики последнего периода я видел в самодовлеющей постановке финансовых вопросов.

Скачущий рубль не может быть регулятором хозяйства и потому финансовая диктатура сплошь да рядом вырождается в азартную спекуляцию за счет государственного хозяйства. Временно такая политика может давать фиктивные успехи. Но она неизбежно подготавливает свое собственное поражение» [149, с. 12].

Ленін, говорячи про необхідність повернення до приватноправових засад, акцентував увагу на торгівлі, зокрема говорячи: «...мы видим, что стало на очереди регулирование торговли и денежного обращения; как ни кажется нам далекой от коммунизма область торговли, а именно в этой области перед нами стоит своеобразная задача. Только решив эту задачу, мы сможем подойти к решению экономических потребностей, абсолютно неотложных, и только так мы можем обеспечить возможность восстановления крупной промышленности путем более долгим, но более прочным, а теперь и единственно для нас возможным» [189, с. 77].

Досить чітко стало зрозумілим значення торгівлі для поживлення загальної економічної ситуації в країні, нездатність забезпечити та наситити внутрішній ринок певними продуктами народного споживання шляхом посилення адміністративно-планових заходів, визнання їх загалом незначного потенціалу у розвитку продуктивних сил, на відміну від природних людських факторів. Прагнення до вчинення спекуляції та отримання зиску змусило Леніна наприкінці 1921 р. радикально змінити свою точку зору на значення приватноправових засад у розвитку економічного життя країни і велику увагу приділити необхідності повернення ролі та значення торгівлі. У своїй відомій праці «О значении золота теперь и после полной победы социализма» він приділив торгівлі значну і визначальну увагу. Він писав: «Торговля — вот то «звено» в исторической цепи событий, в переходных формах нашего социалистического строительства 1921—1922 годов, «за которое надо всеми силами ухватиться» нам, пролетарской государственной партии. Если мы теперь за это звено достаточно крепко «ухватимся», мы всей цепью в ближайшем будущем овладеем наверняка. А иначе нам всей цепью не овладеть, фундамента социалистических общественно-экономических отношений не создать» [188, с. 89]. Говорячи про значення торгівлі як певного необхідного містка створення передумов до розбудови потужної індустрії, той самий Ленін вже через чотири роки після впровадження доктрини воєнного комунізму і цілковитої заборони торгівлі писав: «...Не дадим себя во власть «социализму чувств» или старорусскому, полубарскому, полумужицкому, патриархальному настроению, коим свойственно безотчетное пренебрежение к торговле» [188, с. 91]. Аргументував Ленін свою зміну поглядів на торгівлю саме тим, що вона — «единственная возможная экономическая связь между десятками миллионов мелких земледельцев и крупной промышленности.... если нет рядом с этими земледельцами великолепной крупной машинной промышленности с сетью электрических приводов, индустрии, способной и по своей техни-

ческой мощи, и по своим организационным «надстройкам» и сопутствующим явлениям снабдить мелких земледельцев лучшими продуктами в большем количестве, быстрее и дешевле, чем прежде» [188, с. 90].

Зазнавши на початку 1921 р. повного краху у будівництві так званого господарства в одній окремо взятій країні з цілковитою заборонаю приватноправових засад і підприємництва в цілому, Ленін був вимушений відверто повертатися до приватноправових за своєю природою засобів і методів регулювання економічного життя в країні. Зокрема 29 жовтня 1921 р. на VII Московській губпартконференції він уже зазначав так: «Мы не должны чуждаться коммерческого расчета, а должны понять, что только на этой почве можно создать сносные условия, удовлетворяющие рабочих и в смысле заработной платы, и в смысле количества работы и т.д. Только на этой почве коммерческого расчета можно строить хозяйство. Мешают этому предрассудки и вспоминая того, что было вчера. Если мы этого не учтем, то мы новую экономическую политику провести должным образом не сможем» [189, с. 82]. У цитованій тезі Леніна два ключових моменти: по-перше, він визнає, що адміністративно-планові методи управління економічними процесами зазнали краху, по-друге, намагається, попри все, прилаштувати приватноправові методи регулювання економічних процесів (включаючи і саме підприємство у формі торгівлі) до іншої системи економічних координат. А по суті, він, визнавши неспроможність політики воєнного комунізму (адміністративно-планових методів управління економічними процесами у країні), намагається притаманні їй засоби і методи прилаштувати під звичайну, проте спотворену систему ринкових відносин. Досить часто ми можемо спостерігати такі прагнення і в сучасній Україні: намагання поєднати ринкові механізми з елементами «ручного» управління.

Троцький також визнав поразку методів воєнного комунізму. При цьому велику роль він визнавав саме за фінансовими інструментами ринку: «Поскольку централизованный «план» эпохи военного коммунизма не справился с задачей распределения ресурсов в интересах непрерывной работы промышленности, так что мы для разрешения этой задачи оказались вынуждены прибегнуть к методам рынка, — постольку запрещение кредитоваться под основной капитал есть в сущности сведение на нет в этой важнейшей области методов новой экономической политики» [149, с. 16].

Які ж засоби і методи пропонувались для реалізації нової економічної політики? Аналіз робіт більшовицьких лідерів та юристів того часу надає можливість виділити такі, так звані нові способи досягнення позитивної динаміки у розбудові економічного життя молодій радянській державі:

«— переход от государственного капитализма к созданию государственного регулирования купли-продажи и денежного обращения [189, с. 72];

Розділ 1

— восстановление правильной системы экономических отношений, восстановление мелкого крестьянского хозяйства, восстановление и поднятие на своих плечах крупной промышленности [189, с. 73];

— чтобы государство стало оптовым торговцем или научиться вести оптовую торговлю, задача коммерческая, торговая, — это кажется необычайно странным, а некоторым образом и необычайно страшным [189, с. 73];

— нужно стать на почву наличных (денежных. — **В. М.**) капиталистических отношений [189, с. 74];

— что действительно важно, это — вопрос о стабилизации рубля. ...Удастся нам на продолжительный срок, а впоследствии навсегда стабилизировать рубль — значит мы выиграли [191, с. 385];

— социализированные государственные предприятия переводятся на так называемый хозяйственный расчет, то есть на коммерческие начала [186, с. 160];

— сосредоточения всех усилий на быстрейшем увеличении числа налогов и увеличении размера поступлений от них, а также на практических деловых поправках к общему бюджету;

— расширение концессии и аренды в народном хозяйстве [190, с. 171]».

Стосовно сутності НЕПу як повернення в економічній площині саме до приватноправових засад Троцький зазначав: «От методов военного коммунизма советское государство перешло к методам рынка. Оно заменило изъятие излишков натуральным налогом, предоставив крестьянству свободно продавать излишки на рынке; восстановило денежное обращение, приняв ряд мер, направленных к стабилизации валюты; перевело предприятия государственной промышленности на начала коммерческого расчета, восстановив зависимость заработной платы от квалификации и выработки; сдало ряд мелких и средних промышленных предприятий в аренду частным предпринимателям. В возрождении рынка, его методов и учреждений и состоит существо новой экономической политики» [315, с. 37].

Читача не має вводити в оману повсякчасне згадування про роль та значення відповідних інструментів у розвитку певних процесів народного господарства. Адже за умови відмови від ринку як системи вільних та рівноправних власників, які вступають у різноманітні відносини на підставі певних правових титулів з метою виникнення, зміни та припинення певних відносин у сфері права власності, доводиться говорити виключно про певне господарство. У цьому випадку варто згадати висловлення відомого цивіліста Г. К. Матвеева, який на зламі історичних правових епох писав з приводу господарства таке: «...Слова «господарство» та «господарські відносини» безпредметні. Ними частіше за все користуються економісти та звичайні громадяни у побуті» [204, с. 266].

Характерним є розуміння та співвідношення господарства і ринку, що наводилось Троцьким. Він 1923 року писав: «Имущественный

оборот в умовах багатоукладності по своїй структурі состояв із: державного планового оборота (де преобладали методи централізованого регулювання); державного товарного оборота (де взаимоотношення між державними підприємствами строились на договірній основі); частного товаропотребительського (мелкіе товаропроизводители і потребители); частного капиталистического оборота. С цим була зв'язана двойственность правового положення хозяйственных суб'єктів, подчиненных действию двух правовых режимов: автономного (частнопровового. — В. М.), поскольку предприятие участвует в товарном обороте и находится под воздействием товарно-хозяйственных регуляторов, и регулируемого (публично-правового. — В. М.), поскольку оно входит в систему планового хозяйства» [315, с. 37]. Поступове видалення приватноправових засад із такої ситуативної багатокладної економіки початку 20-х років призводило до функціонування виключно одного його елемента — господарства як системи безеквівалентного розподілу матеріальних благ з метою, перш за все, розвитку важкої індустрії, а вже в останню чергу — задоволення примітивних потреб громадян у матеріальних, таких же примітивних, благах.

Термін «господарство» не лише «не канув у Лету», а й набув нині нових рис порівняно з його вживанням за часів НЕПу. Це пов'язано із набуттям чинності Господарським кодексом України. У його преамбулі визначається, що Господарський кодекс України має на меті забезпечити зростання ділової активності суб'єктів господарювання, розвиток підприємництва і на цій основі підвищити ефективність суспільного виробництва, його соціальну спрямованість відповідно до вимог Конституції України, утвердити суспільний господарський порядок в економічній системі України, сприяти гармонізації її з іншими економічними системами.

Проте слід наголосити на тій історичній парадигмі, в якій вживалися терміни «господарство», «народне господарство», «господарський порядок» саме у юридичній, а не економічній, а тим більше політичній площині і наскільки вони є прийнятними для словосполучення із терміном «підприємницька діяльність» (комерція). Так, для Леніна у період воєнного комунізму господарство — це система розподілу і перерозподілу матеріальних (майнових) благ на користь найбідніших верств селянства та робітників, побудована на репресії та примусу, і, що найголовніше, вона *протиставляється* класичному ринку, як необхідному елементу капіталістичного способу виробництва. Зокрема у 1918 р. Ленін писав: «Основной организующей силой анархически построенного капиталистического общества является стихийно растущий шири и глубь рынок, национальный и интернациональный». Ринку Ленін якраз і протиставляв господарство як систему розподілу матеріальних благ, яка мала бути побудована як «сеть новых организационных отношений, охватывающих планомерное производство и распределение продук-

тов....» [183, с. 210]. Результатом побудови такого типу господарювання мала стати новостворена система *розподілу* матеріальних благ. Ленін зауважував: «Создав новый, советский тип государства, открывающий возможность для трудящихся и угнетенных масс принять деятельнейшее участие в самостоятельном строительстве нового общества, мы разрешили только небольшую часть трудной задачи. Главная трудность лежит в экономической области: осуществить строжайший и повсеместный учет и контроль производства, и распределения продуктов, повысить производительность труда, обобществить производство на деле».

Через чотири роки після виголошення такої позиції Ленін мусив переглянути своє бачення «господарства» і визнати його недієздатність та необхідність запозичення (включення) класичних інструментів ринкової економіки. Зокрема він писав: «...Попытка снабдить крестьянство продуктами перешедшей в руки государства крупной промышленности нам не удалась. Раз эта попытка не удалась, то не может быть другой экономической связи между крестьянством и рабочими, то есть земледелием и промышленностью, как обмен, как торговля» [187, с. 132]. Ленін розумів, що натуральний обмін та розподіл вже де-факто неможливі і абсолютно неефективні, оскільки, наприклад, на відміну від бартеру, був абсолютно позбавлений еквівалентності, а отже, економічної доцільності для виробників. Ленін був вимушений визнати і неефективність продрозверстки, що привело до переходу на звичайне оподаткування, яке в принципі також не могло мати місця у класичному розумінні «господарства» як сфери безеквівалентного обміну матеріальними благами з метою задоволення (первинних) життєвих потреб. Ленін на початку 20-х років писав: «Продналог в общем и целом дал крестьянам во всей массе, беря все крестьянство, облегчение. Это не требует доказательств. Дело не только в том, какое количество хлеба было взято с крестьянина, а в том, что крестьянин почувствовал себя обеспеченнее при продналоге, и у него появилась заинтересованность в хозяйстве» [187, с. 138]. Підтримував його і Троцький, зазначаючи: «Без свободного рынка крестьянин не находит своего места в хозяйстве, теряет стимул к улучшению и расширению производства. Только мощное развитие государственной промышленности, ее способность обеспечить крестьянина и его хозяйство всем необходимым, подготовит почву для включения крестьянина в общую систему социалистического хозяйства. Технически эта задача будет разрешена при помощи электрификации, которая нанесет смертельный удар сельскохозяйственной отсталости, варварской изолированности мужика и идиотизму деревенской жизни. Но путь к этому лежит через улучшение хозяйства нынешнего крестьянина-собственника. Этого рабочее государство может достигнуть только через рынок, пробуждающий личную заинтересованность мелкого хозяина. Первые результаты уже сейчас налицо. Деревня в этом году дает рабочему государству, в виде натурального налога, гораздо больше хлеба, чем государство полу-

чало во время военного коммунизма путем изъятия излишков. В то же время сельское хозяйство, несомненно, идет вверх» [315, с. 48]. У цьому разі, говорячи про «хазяйство», Ленін і Троцький якраз і вели мову про певне індивідуальне, особисте поняття організації економічного життя на селянському дворі та організацію і налагодження певних економічних зв'язків конкретного селянського двору з іншими суб'єктами більш широкого поняття — народного господарства. При цьому із поняття «господарство» принципово видаляються будь-які шонайменші згадки про елементи ринкових відносин: власність, право власності, титули права власності тощо. Поняття «господарство» вводиться в оборот саме на противагу, на заміну поняття із капіталістичного світу — ринку.

Дещо пізніше, у 1922 р., Троцький писав щодо военного комунізму, що це був вимушений крок, обумовлений воєнним часом. Він, зокрема, зазначав: «Распределение продовольственных и иных потребительских ресурсов приняло форму уравнительного государственного пайка, почти вне зависимости от квалификации и производительности труда. Этот «коммунизм» был справедливо назван военным не только потому, что заменил хозяйственные методы военными, но и потому, что служил в первую очередь военным целям. Дело шло не о том, чтобы обеспечить планомерное развитие хозяйства в создавшихся условиях, а о том, чтобы обеспечить продовольствием армии на фронтах и спасти рабочий класс от вымирания. Военный коммунизм — это режим осажденной крепости» [315, с. 27]. Отже, можна зробити висновок, що вже згодом цей етап спроби здійснення блискавичного переходу від капіталізму до комунізму, суцільного викорінення приватноправових засад у регулюванні економічного життя та його невдача були прикриті саме посиленнями на обстановку військового часу. Слід погодитись з авторами «Економічної історії України», які, посилаючись на американських істориків, погоджуються з тим, що: «Хоча вважається, що «воєнний комунізм» — це імпровізація, а НЕП — це спланований крок, у дійсності все було навпаки» [100, с. 159].

Вже звідси почали розроблятися інші правові категорії, які мали прийти на заміну класичним правовим поняттям, зокрема титулам права власності. Адже відмова від поняття «ринку» та права власності, права приватної власності мала породити інші категорії для «народного господарства», оскільки завдання щодо насичення, а, відповідно, вироблення, поставки, продажу та купівлі об'єктів матеріального світу (звичайних речей, товарів) не скасовувалось. Відповідно, перед теорією як цивільного, а, перш за все, саме господарського права в подальшому постали питання щодо розроблення та впровадження в теорію понять, які б, на відміну від класичних понять, зокрема, щодо інституту права власності, могли б використовуватись у системі координат під назвою «народне господарство». Так було породжено цілу низку до того часу невідомих правових категорій, які мали прийти на заміну класичному

праву власності, а саме — право державної власності, колективна власність, право господарського відання, право оперативного управління, право оперативного використання майна тощо.

Відповідно, можна зробити висновок, що за часів НЕПу в СРСР повернення до приватноправових способів та елементів регулювання економічних відносин, поновлення торгівлі та приватного промислу було вимушеним кроком у розумінні відходу від суцільного адміністративно-планового регулювання. Нині ж ми бачимо зворотний, навіть дещо протилежний за змістом, процес: у ринковому середовищі за панування приватної власності робляться спроби не встановлення чітких правил гри і наведення контролю та порядку у здійсненні підприємницької діяльності, а робиться спроба повернення та посилення саме публічно-правових засад у економічній сфері. Причому найбільше зусиль до того прикладають юристи-науковці, які не мають ані досвіду підприємницької діяльності, ані достатнього рівня теоретичної підготовки у сфері економічних наук, та чиновники, які так само не розуміють повною мірою глибинних економічних процесів або ж діють у власних інтересах.

Реалізація свого часу НЕПу (1921—1928 рр.) і його напрацювання у регулюванні підприємницьких відносин (на той час — комерції) в Україні і на сьогодні може дати неабиякий фактичний матеріал для прогнозування подальшого розвитку підприємницьких відносин в Україні та їх приватноправового регулювання. Адже багато ідей, які реалізуються нині, зокрема і Законом України «Про державно-приватне партнерство», багато в чому повторюють ідеї, які реалізовувались на початку 20-х років в СРСР, в контексті економічної політики — Нової економічної політики. Актуальність такого порівняльного аналізу підсилюється і тим, що наразі саме теза про «багатоукладність» сучасної економіки стає тим підґрунтям, на підставі якого намагаються посилити вплив саме державного регулювання підприємницьких відносин [94, с. 166]. Зокрема професор І. В. Дойніков пише: «Общественные отношения, складывающиеся в сфере хозяйствования, весьма многоплановы и разнообразны, адекватно тому, как сложна и многогранна сама категория хозяйственной жизни нашего общества» [94, с. 169]. По суті, йдеться про необхідність застосування так званого дуалістичного підходу до регулювання підприємницьких відносин (в оригіналі автора це звучить як господарських відносин), тобто знову ж пропонується поєднання приватноправових засад з елементами публічно-правового регулювання, в їх комбінації, симбіозі саме для регулювання підприємницьких відносин у ринковому середовищі. Все це пропонується зробити для створення «нового господарського механізму» регулювання підприємницьких відносин на основі дуалістичного підходу, представниками якого є, зокрема, В. В. Лаптев, В. К. Мамутов, А. Г. Биков та І. В. Дойніков [94, с. 181]. Схожу ситуацію, проте кардинально протилежну за змістом, ми можемо простежити за часів НЕПу.

Радянська Росія та її сателіти, включаючи й Україну (УСРР), за 3 роки влади більшовиків були повністю позбавлені приватноправових засад у суспільному житті. Підприємництво (комерція) було заборонено як таке. У країні з 1918 р. включно по весну 1921 р. панувала продрозверстка, іншими словами — планова модель соціалістичного господарювання з намаганням уникнути застосування відповідного грошового еквівалента при обміні. За ідеєю Леніна, достатнім та адекватним способом, що мав замінити грошовий еквівалент та розрахунок за спожиті речі у цивільному обороті (який, попри все, існував у повсякденному житті), мав стати обмін як елемент реалізації продрозверстки та реалізації «надлишку» певного продукту, виробленого у сільському господарстві, в обмін на певні промислові товари, вироблені на промислових підприємствах. Як результат проведення політики військового комунізму протягом трьох років, у країні настала руїна, що супроводжувалась постійними повстаннями та заколотами.

Радянською владою у 1921 р. у подальшій розбудові економіки було зроблено ставку на важку промисловість. Проте для відновлення важкої промисловості як запоруки побудови соціалістичного суспільства, розваленої після тривалих Першої світової та Громадянської воєн, необхідні були звичайні інструменти звичайної капіталістичної (ринкової) економіки: вільні оборотні кошти, впровадження новітніх технологій, залучення інвестицій тощо.

Навесні 1921 р. після хвилі повстань стало зрозуміло, що система «господарювання», яка прийшла на заміну «торговому обороту (обороту)», не справляється з завданням розбудови економіки, оскільки регулювання економічного життя країни здійснювалось в основному за рахунок адміністративних засад. Влада більшовиків була вимушена допустити знову в економічне життя країни приватноправові елементи із відповідним, бодай усіченим, але приватноправовим регулюванням.

Слід зазначити, що відповідні позитивні зрушення в економічному житті СРСР стали очевидними вже за рік після скасування продрозверстки і впровадження НЕПу, а фактично повернення до звичайних, притаманних ринковому середовищу засобів ведення справи (господарювання, за висловом того часу): впровадження концесій із залученням іноземних підприємців, оренди виробничих комплексів та розширення сфери купівлі-продажу.

Проте слід наголосити на тому, що відповідні «новації» для 1921 р. проголошувались за умови відсутності приватної власності на землю і засоби виробництва, суцільного одержавлення і відсутності можливості вільної конкуренції у підприємницькій сфері, якої не було як такої.

Нині ж заклики до посилення державного регулювання підприємницьких відносин лунають у ситуації, коли проголошено курс на побудову саме ринкової економіки і впровадження ринкових інструментів впорядкування економічних відносин [199, с. 75].

Чи не свідчить це про певний анахронізм серед пропонованих заходів, адже, не заперечуючи важливості елементів державного регулювання ринкової економіки, слід визнати, що воно має все ж сприйматися як виняток із загальних правил.

Не варто і не можна плутати певні прорахунки у реалізації, зокрема, програми приватизації в Україні, керування певними стратегічними галузями економіки із суцільним запереченням ефективності ринкового середовища та ефективності вільної підприємницької діяльності. Справді, існують випадки, коли ринкові механізми не діють та/або є неефективними, проте це абсолютно не означає суцільної неефективності ринкового середовища і відповідного приватноправового механізму регулювання економічних відносин. Вихідною точкою такого механізму є і має бути рівність держави як суб'єкта підприємницьких відносин і будь-якого іншого контрагента у підприємницьких відносинах, з одного боку, та поступове зменшення участі держави загалом у підприємницьких відносинах, що безпосередньо пов'язане з необхідністю зменшення частки державної власності у структурі власності країни в цілому [104].

Прорахунки у реалізації економічної політики та історично об'єктивні передумови вимагали проведення відповідних змін у правовому регулюванні підприємницької діяльності в Україні. Слід припустити, що й історичні уроки правового регулювання суспільних відносин за часів воєнного комунізму та НЕПу також були враховані і взяті до уваги при розробці концепції реформування законодавства на початку 90-х років ХХ ст.

Розділ 2

СУТНІСТЬ ПІДПРИЄМНИЦТВА ЯК ОБ'ЄКТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

2.1. Правова природа та співвідношення понять господарювання, підприємництва і комерції

Основним елементом дискусії стосовно шляхів формування законодавства, призначеного для регулювання економічних відносин в Україні, у 90-х роках минулого століття було визначення предмета регулювання відповідного кодексу, який планувалось розробити та прийняти. Адже здійснювалась кардинальна зміна економічного устрою, що вимагало від правової доктрини формування нових підходів до правового регулювання економічної діяльності, а від законодавця — впровадження відповідних науково обґрунтованих пропозицій до чинного законодавства. Так, робилися спроби з підготовки проектів підприємницького, комерційного, торгового кодексів. При цьому дискусійними були і відповідні поняття, їх визначення, змістовний обсяг та співвідношення. Важливість правильного обрання предмета правового регулювання зумовлювалась тим, що лише правильно визначившись із предметом, можна правильно обрати метод правового регулювання та межі втручання держави у ті чи інші правовідносини з імперативними приписами.

Під час розробки нового законодавства та правової доктрини регулювання економічних відносин перевагу було віддано такому предмету правового регулювання, як господарські відносини, та, врешті-решт, 16 січня 2003 р. було прийнято Господарський кодекс України (далі — ГК України), який і понині викликає багато дискусій. Зокрема його поняття господарювання і господарської діяльності, підприємництва і підприємницької діяльності, комерції та комерційної діяльності.

До цього часу залишаються суперечливими питання доцільності існування Господарського кодексу України у його чинній редакції, предмета його правового регулювання, співвідношення понять «господарська діяльність», «підприємницька діяльність», «комерційна діяльність». Саме з'ясування співвідношення вказаних понять за законодавством України є однією з найнагальніших теоретичних проблем, адже ці поняття є тісно пов'язаними і нерідко вживаються поруч або як подібні за

змістом, або ж як такі, що є складовими одне одного, чи такі, що частково перетинаються за змістом. Наприклад, у навчальному виданні «Господарське право: курс лекцій» [232] перший розділ має назву «Поняття і принципи підприємницької діяльності», а у розділі другому йдеться про господарські правовідносини та господарське право. На нашу думку, належне з'ясування автентичного змісту та розмежування понять «господарська діяльність» та «підприємництво» надасть можливість правильного розуміння предмета правового регулювання відповідних правових інститутів та вибору методів правового регулювання відповідних правовідносин. Крім того, необхідно зазначити, що у правовій доктрині поняття «підприємництво» та «комерція» так само часто використовуються поруч як тотожні один одному. Так, у 1997 р. було видано підручник з навчального курсу «Комерційне право», який мав назву «Правові основи підприємницької діяльності» [259].

Розглядаючи зміст поняття «господарська діяльність», перш за все слід звернутись до його легального визначення, закріпленого у ч. 1 ст. 3 ГК України. Тут визначено, що під господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Статтею 55 ГК України передбачено, що суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. До таких суб'єктів віднесено:

1) господарські організації — юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього (Господарського. — **В. М.**) Кодексу, а також юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку;

2) громадяни України, іноземці, особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці. Тобто господарська діяльність визначається через суб'єктів господарської діяльності, а суб'єкти господарської діяльності — через господарську діяльність. Очевидно, що такий підхід до формування термінологічного апарату важко визнати задовільним.

А. Г. Чепурний вказує, що урегульовані нормами господарського права відносини, які виникають у процесі здійснення підприємницької діяльності, а також унаслідок державного впливу на учасників ринку, які пов'язані взаємними правами та обов'язками, є господарськими правовідносинами. Оскільки всі господарські правовідносини складаються на стадіях процесів відтворення або при впливі на них держави, їхня

економічна сутність може розумітись та оцінюватись за місцем у відтворенні (виробництво, обмін, розподіл, споживання). Наприклад, зобов'язальне правовідношення пов'язане зі стадією обміну, правовий режим майна більшою мірою належить до стадії виробництва, фінансові відносини ланок народного господарства багато в чому виражають відносини розподілу і тощо [335, с. 16—18]. Така позиція російського автора ґрунтується, перш за все, на втіленій у законодавство Російської Федерації концепції монізму приватного права — у російському законодавстві немає спеціального кодексу, який би регулював господарські відносини. При цьому регулювання приватноправових економічних відносин покладено на Цивільний кодекс Російської Федерації, який і містить визначення підприємницької діяльності.

Натомість ГК України господарську діяльність визначає як діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. А якщо така діяльність здійснюється з метою одержання прибутку, то вона називається підприємництвом.

Підприємництво як вид господарської діяльності визначається ст. 42 ГК України, в якій зазначено, що це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Виходячи з назви глави 4, в якій і міститься ст. 42 ГК України — «Господарська комерційна діяльність (підприємництво)», підприємництво називається господарською комерційною діяльністю, тобто одним із видів господарської діяльності. З цього виникає потреба у виокремленні серед широкого предмета регулювання ГК України саме підприємницьких відносин.

Отже, легальне визначення господарської діяльності, закріплене у ГК України, не дає нам повного належного розуміння обсягу цього поняття. Тому слід звернутись до його доктринального тлумачення. Так, В. С. Щербина та А. Я. Пилипенко в часи розробки концепції правового регулювання економічних відносин в незалежній Україні вказували, що зміст предмета господарського права визначається двома основними поняттями: народне господарство та господарська діяльність. При цьому вони формулювали визначення поняття господарської діяльності, виходячи з положень чинних на той час законів України «Про підприємства в Україні» [121] та «Про підприємництво» [120]. Господарська діяльність, на думку вищезазначених авторів, як предмет господарського права — це виготовлення та реалізація продукції, виконання робіт, надання послуг з метою одержання прибутку. Також ці автори вказували, що у країнах ринкової економіки правові системи традиційно включають комерційне (не господарське, як у нас) право — систему норм права, що

регулюють комерційну діяльність у широкому розумінні, тобто виробництво і купівлю-продаж товарів, робіт, послуг (а не в розумінні «правил торгівлі») [232, с. 14—15]. Зрозуміло, що така позиція була висловлена науковцями на початкових етапах розвитку дискусії стосовно місця норм, покликаних регулювати економічну діяльність, у системі права України та шляхів їх систематизації. Однак слід зазначити, що хоча з того часу значно скоротився державний сектор, а національна економіка набрала значно більше ознак ринкової, у 2003 р. було прийнято саме Господарський, а не Комерційний кодекс.

О. М. Вінник зазначає, що поняття господарської діяльності є ключовим поняттям господарського права. Вона вказує, що у ст. 3 ГК України закріплюється уніфіковане поняття господарської діяльності. У цьому понятті вона виділяє кілька ознак господарської діяльності:

- сфера здійснення — суспільне виробництво (господарська сфера);
- зміст — виробництво та реалізація продукції, виконання робіт, надання послуг відбувається не лише для власних потреб виробника, а й для задоволення потреб інших осіб — споживачів у широкому розумінні (громадян як кінцевих споживачів, суб'єктів господарювання та різноманітних організацій, що використовують зазначені блага для задоволення своїх господарських чи інших потреб);

- передача зазначених благ іншим особам на платній основі, тобто їх функціонування у формі товару;

- професійні засади господарської діяльності;

- спеціальний суб'єкт, який повинен, зазвичай, мати статус суб'єкта господарювання;

- поєднання приватних інтересів виробника (в одержанні прибутку чи інших вигод/переваг від господарської діяльності) та публічних інтересів (суспільства в особі широкого кола споживачів — в отриманні певних благ; держави — в отриманні податків та інших обов'язкових платежів від суб'єктів господарювання; територіальної громади — (1) в забезпеченні зайнятості членів громади шляхом їх залучення на засадах індивідуального підприємництва чи трудового найму суб'єктами господарювання до господарської діяльності, (2) у задоволенні потреб громади в продукції, роботах, послугах, (3) в участі суб'єктів господарювання у вирішенні завдань територіальної громади в благоустрої, (4) у сплаті місцевих податків та зборів тощо).

З урахуванням вказаних ознак О. М. Вінник дає таке доктринальне визначення господарської діяльності: господарська діяльність — це така суспільно корисна діяльність суб'єктів господарювання щодо виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг з метою їх реалізації за плату (як товару), що ґрунтується на поєднанні приватних і публічних інтересів і здійснюється професійно [67, с. 9—10].

Г. В. Смолин зазначає, що поняття господарської діяльності є визначальним для розуміння і засвоєння форм та методів державного регу-

лювання виробництва суспільно необхідних матеріальних благ, які є водночас результатом діяльності людини, засобом забезпечення її життєдіяльності та суспільних потреб. Узагальнюючим показником виробництва і реалізації, які виражаються через господарську діяльність, додає він, є прибуток. Тобто результат відносин, які обумовлюють оплатний перехід матеріальних благ від виробників до споживачів шляхом відчуження і набуття прав на продукцію (товари) в процесі товарообороту [297, с. 9—10].

При цьому Г. В. Смолин з доктринального визначення господарської діяльності формулює такі її ознаки:

- її здійснюють суб'єкти господарювання, зареєстровані в установленому порядку;
- виробництво продукції, виконання робіт, надання послуг відбувається не тільки для власних, а й для задоволення суспільних потреб;
- господарська діяльність виконується на професійних засадах;
- результати господарської діяльності набувають форми товарів, мають цінову визначеність і реалізуються за плату, тобто функціонують товарно-грошові відносини;
- поєднання в ній приватних інтересів виробника та публічних інтересів держави, суспільства, значних прошарків населення [297, с. 13—14].

Видається дещо сумнівною доцільність виокремлення серед юридичних ознак господарської діяльності такої як спрямованість на задоволення суспільних потреб. Адже суспільні потреби — це фактор скоріше економічний, який і породжує до життя виробництво певної продукції, виконання певних робіт, надання певних послуг. Якби господарська діяльність не задовольняла певні суспільні інтереси, то й потреби в ній не було б жодної.

Г. М. Брусильцева до ознак господарської діяльності відносить такі:

- особливий суб'єктний склад (господарську діяльність здійснюють суб'єкти господарювання);
- особлива сфера здійснення — сфера суспільного виробництва;
- вартісний характер результатів господарської діяльності, що мають цінову визначеність [75, с. 6].

Господарські відносини у ст. 3 ГК України поділяються на господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські. Господарсько-виробничими є майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності. Під організаційно-господарськими відносинами у цьому Кодексі розуміють відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю. Внутрішньогосподарськими є відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його

структурними підрозділами. Таким чином, законодавець до господарських відносин включає не лише відносини, які виникають між суб'єктами господарювання безпосередньо при здійсненні ними господарської діяльності, а й деякі інші відносини. Отже, відносини в процесі здійснення господарської діяльності є лише частиною господарських відносин. Законодавець же до господарських відносин включає відносини, що виникають при здійсненні управління господарською діяльністю та при організації господарської діяльності. Всі ці відносини становлять предмет регулювання ГК України і формують собою сферу господарських відносин. Учасниками таких відносин, якщо припустити тотожність понять «господарські відносини» та «відносини у сфері господарювання», відповідно до ст. 2 ГК України є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності. Як бачимо, не всі з перелічених осіб здійснюють господарську діяльність — діяльність, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Адже, наприклад, споживачі такої діяльності не здійснюють. З цього можна зробити висновок, що поняття «суб'єкт господарських відносин» та «суб'єкт господарювання» також відмінні за змістом. Суб'єктами господарювання, виходячи з положень розділу II «Суб'єкти господарювання» ГК України, є лише суб'єкти, які безпосередньо здійснюють господарську діяльність. Загалом такий підхід до термінології може спричинити змішування понять, що може негативно вплинути як на теорію, так і на практику господарських, у тому числі і підприємницьких, відносин.

Видається за доцільне застосовувати термін «господарські відносини» виключно до відносин, які складаються між суб'єктами господарських відносин із приводу саме здійснення господарської діяльності. Всі інші відносини слід називати відносинами у сфері господарювання, до яких разом з господарськими відносинами відносити організаційні та внутрішньогосподарські відносини, відносини зі споживачами тощо.

Для розуміння співвідношення понять «господарська діяльність» та «підприємництво» визначальне значення має ч. 2 ст. 3 ГК України, згідно з якою господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва — підприємцями. Крім того, як визначено в цій частині, господарська діяльність може здійснюватись і без мети одержання прибутку (некомерційна господарська діяльність). Не зрозуміло, чому законодавець у даному разі поділяє господарську діяльність на підприємницьку та некомерційну, якщо логічніше було б поділяти її на підприємницьку та непідприємницьку, як це зроб-

лено у ч. 2 ст. 83 ЦК України, де передбачено поділ товариств на підприємницькі і непідприємницькі. Можливий також поділ видів господарської діяльності на комерційну та некомерційну. Адже в назві глави 4 ГК України йдеться саме про господарську комерційну діяльність, яка, очевидно, ототожнюється з підприємництвом. Тому, на нашу думку, слід упорядкувати термінологічний апарат ГК України і чітко визначитись, чи йдеться про поділ господарської діяльності на підприємницьку та непідприємницьку, чи на комерційну та некомерційну.

Г. М. Брусильцева вказує, що господарська діяльність за ознакою одержання прибутку як її мети поділяється на комерційну та некомерційну [75, с. 7]. Отже, перед нами постає також питання розуміння понять «комерція», «комерційна діяльність», «комерційний» та їх співвідношення з поняттями «підприємництво», «підприємницька діяльність», «підприємницький».

Ще задовго до прийняття ГК України, коли точилась дискусія щодо назви відповідного кодифікованого акта у сфері господарювання (підприємництва), предмета його регулювання, структури тощо, В. М. Селіванов наголошував, що треба розкрити поняття підприємницької діяльності й вказати, які ознаки майнових відносин, які підпадають під дію норм цього (підприємницького. — В. М.) кодексу, що дозволить насамперед визначити, яка діяльність є підприємницькою і яка, хоча й близька до неї, не є такою. Сам же він вважав, що сутність підприємницької діяльності впливає з таких її ознак: економічна самостійність та автономність волі її суб'єктів; ініціативність; творчий новаторський характер; систематичність; здійснення її на свій ризик і під цілковиту майнову відповідальність; здійснення її з метою одержання прибутку; правомірність [291, с. 7—8]. І хоча, врешті-решт, було прийнято Господарський, а не Підприємницький, кодекс, у ньому майже повністю відображено ту суть підприємницької діяльності, про яку писав В. М. Селіванов.

Дещо пізніше Р. І. Кузьмін та Р. Р. Кузьмін писали, що досвід застосування законодавства в галузі економічних відносин надає можливість дійти висновку про «невдалі» закріплення базових понять господарського, фінансового, адміністративного та кримінального законодавства, спрямованих на забезпечення громадського господарського порядку, якими, зокрема, є поняття «підприємництво» та «господарська діяльність». На погляд авторів, для ототожнення понять «підприємництва» та «господарської діяльності» немає підстав. Поняття «господарська діяльність» ширше за поняття «підприємництво». Також, на їх думку, підприємництво як одна з форм господарської діяльності є специфічною організацією управління майном або справою (внутрішня природа) та спрямування на здобуття господарської вигоди (зовнішня природа). Саме мета — отримання господарської вигоди (нехай і неприбуткової або навіть надання її для інших суб'єктів господарювання чи споживачів тощо) обумовлює необхідність участі в господарському обороті, здійсню-

вати операції від власного імені, мати організаційно-правову форму діяльності тощо. При цьому очевидно, що кожен підприємець є господарюючим суб'єктом, але не кожен господарюючий суб'єкт є підприємцем [176, с. 88, 90].

Загалом погоджуючись із висловленою Р. І. Кузьмінім та Р. Р. Кузьмінім точкою зору щодо співвідношення понять «підприємництво» та «господарська діяльність», зазначимо, що таке співвідношення є законодавчо передбаченим. Однак викликає запитання визначення як основної диференціюючої ознаки підприємництва мети — одержання господарської вигоди. Не зовсім зрозумілим тут є як саме по собі поняття «господарська вигода», так і те, що автори припускають: така вигода може бути і неприбутковою, а її набувачем можуть бути інші суб'єкти господарювання та споживачі. Така мета підприємництва видається дещо викривленою.

У ст. 42 ГК України підприємництво визначається як самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Обговорюючи перспективи правового регулювання економічних відносин, А. М. Лукашенко вказував, що в колах як економістів, так і юристів спостерігається надто спрощене розуміння економічної суті підприємництва, яке ототожнює підприємництво практично з будь-якими формами господарської діяльності і бізнесу, тобто в теорії і на практиці має місце підміна і змішування понять «підприємницька діяльність» і «господарська діяльність». В деяких публікаціях щодо правового регулювання господарських і підприємницьких відносин навіть стверджується, що при переході до ринкової економіки значно підвищується роль господарського права, яке стає підприємницьким правом. Господарська діяльність і підприємницька діяльність схожі за схемою їх здійснення, але якщо звернутися до економічної природи цих понять, то вони не є синонімами (при цьому слід зауважити, що господарські і підприємницькі відносини охоплюються більш широким поняттям економічних відносин). Коли звернутися до визначення підприємницької діяльності як діяльності на власний ризик з непередбачуваними результатами, то господарська діяльність у більшості своїх форм такою не є (хоча б тому, що вона здійснюється підприємствами все ще значного за обсягом виробництва державного сектора економіки). Але підприємництво — це особливий вид діяльності. Його основною метою є не одержання прибутку взагалі, а саме підприємницького прибутку, який досягається в результаті діяльності підприємницьких структур, що має базуватися на особливо ризикованій інноваційній основі, на повній економічній відповідальності і персоналізованому гнучкому управлінні та організації процесу відтворення [76, с. 38]. Очевидно, такий підхід до розмежування понять

підприємницької та господарської діяльності базується на методології економічної науки. Однак виходячи як з положень юридичної доктрини, так і з норм чинного законодавства, ми не можемо абсолютно розмежовувати відносини підприємницькі та господарські. Адже підприємництво, як ми з'ясували вище, — це приватноправова складова господарювання.

Г. В. Смолин зазначає, що підприємництво здійснюється у формі господарської діяльності та є її різновидом. Відповідно, ці поняття за змістом співвідносяться як часткове з цілим і є нерівнозначними. Тому підприємництво слід розглядати як підгалузь господарської діяльності, на яку поширюються загальні вимоги щодо регулювання, але з урахуванням її комерційного характеру [297, с. 19].

Власне визначення підприємництва як самостійної, ініціативної, систематичної, на власний ризик господарської діяльності, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку, дає Л. В. Ніколаєва [221, с. 9]. Таке визначення, хоч воно і ґрунтується на нормі закону, викликає певні зауваження. По-перше, очевидним, з точки зору формальної логіки та чинного законодавства, є те, що господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання. Тому вказівка на це у наведеному визначенні не вносить у нього жодної визначеності. По-друге, так само очевидним видається і те, що підприємницька діяльність здійснюється підприємцем. Тому видається за доцільне вилучити із визначення підприємництва вказівку на те, що воно здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями). Крім того, незрозуміло, що саме мається на увазі під економічним результатом? Якщо говорити про економічний результат як розвиток економіки у цілому, то це, як і соціальний результат, навряд чи буде первинною метою підприємця, принаймні у переважній більшості випадків. Хоча, звичайно, успішність підприємницької діяльності залежить від того, чи може вона задовольнити суспільні інтереси, тобто від попиту на її продукт, а точніше, від різниці між попитом та пропозицією. А вже успішна підприємницька діяльність впливає на розвиток економіки та забезпечення соціального результату. Коли б первинною метою підприємницької діяльності насправді було досягнення соціального результату, тоді не було б потреби у впровадженні податків з підприємців. Таким чином, підприємництво доцільно визначати як самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність, що здійснюється з метою одержання прибутку.

Отже, на підставі проведеного дослідження можна зробити висновок, що підприємницька діяльність (підприємництво) в легальному значенні цього терміна є одним із видів господарської діяльності, який характеризується такою ознакою, як наявність специфічної мети — одержання прибутку. Іншу частину обсягу поняття «господарська діяльність»

відповідно до чинного господарського законодавства становить некомерційна господарська діяльність, яка не має на меті одержання прибутку. Таким чином, існує потреба в узгодженні понятійного апарату ГК України та внесенні одноманітності у позначення двох основних видів господарської діяльності шляхом використання термінів «підприємницький» та «непідприємницький» або ж «комерційний» та «некомерційний». Для цього також необхідно у подальшому з'ясувати співвідношення термінів «підприємницька діяльність» та «комерційна діяльність».

Сучасна правова доктрина в Україні не містить єдиного визначення комерційної діяльності, і щодо змісту і співвідношення цих понять триває наукова дискусія.

Легальне визначення комерційної діяльності закріплено у постанові Національного банку України від 06.07.2007 р. № 324 «Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації процесу формування управлінської звітності в банках України». Через обмежений предмет регулювання цього нормативного акта зміст закріпленого у ньому поняття комерційної діяльності є дуже вузьким і стосується лише комерційної діяльності банків.

Як вже зазначалось вище, з назви глави 4 «Господарська комерційна діяльність (підприємництво)» ГК України можна зробити висновок, що законодавець називає господарську комерційну діяльність підприємництвом. Крім того, у ст. 44 «Принципи підприємницької діяльності», яка міститься у главі 4 ГК України, вказано, що підприємництво здійснюється на основі комерційного розрахунку та власного комерційного ризику, а у ст. 40 — що підприємства мають право на добровільних засадах об'єднувати свою господарську діяльність (виробничу, комерційну та інші види діяльності). Як бачимо, тут термін «комерційна діяльність» використовується законодавцем вже самостійно, замінюючи, очевидно, термін «підприємницька діяльність» чи «підприємництво».

Деякі російські вчені визначають підприємницькі (комерційні) відносини як відносини, що виникають між підприємцями або за їх участі у зв'язку зі здійсненням підприємницької діяльності і є складовою частиною економічних (товарно-грошових) відносин у цілому, які регулюються цивільним правом. Однак і в російській юридичній науці є прихильники господарсько-правової концепції, на думку яких, зазначає В. Ф. Попондопуло, поняття господарської діяльності нерозривно пов'язане з «господарським керівництвом». Інакше кажучи, прихильники «господарсько-правової концепції» виходять з публічно-правової природи господарського права. Однак сам російський науковець стверджує, що господарська діяльність як вільна діяльність і господарські відносини як її соціальна форма, — це економічні, базисні поняття. Управлінська ж діяльність, на його думку, не є економічною, не «занурюється» в економічний базис, не являє собою необхідного елемента власне виробництва. Вона є функцією політичної влади в економічній сфері су-

спільства і належить до сфери надбудови. У цьому сенсі правильно говорити не про господарське управління, а про державне управління (регулювання) господарством (економікою) як специфічну частину єдиного управління [148, с. 8—9]. Цілком погоджуючись з таким підходом до розуміння суті відносин щодо виробництва та/або продажу товарів, виконання робіт, надання послуг, зазначимо, що він відповідає приватноправовій суті відносин між підприємцями, які побудовані на свободі волі та рівності їх суб'єктів, тобто на принципах координації.

Як вказує М. П. Курило, підприємницька діяльність може означати організацію діяльності промислового підприємства, фермерського господарства, торгового господарства, підприємства обслуговування, банку, адвокатської контори, видавництва, кооперативу тощо, тобто (відповідно до ст. 3 ГК України) діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Комерційна ж діяльність підприємства, на його думку, спрямована на реалізацію продукції виробничо-технічного призначення і виробів народного споживання. Таким чином, продовжує автор, ГК України розглядає реалізацію продукції або комерційну діяльність як одну із форм (видів) господарської діяльності. В той же час у інших видах господарської діяльності можуть здійснюватись операції з купівлі-продажу товарів, сировини, заготівельної продукції, напівфабрикатів і т. п., тобто елементи комерційної діяльності можуть мати місце у всіх видах підприємництва, але ця діяльність не є для них визначальною, основною [178, с. 8]. Відзначаючи спробу М. П. Курила диференціювати поняття «комерція» та «підприємництво», вкажемо на деякі її недоліки. Так, у розумінні комерції автор відштовхується від визначення, наданого у тлумачному словнику В. І. Даля, яке з об'єктивних причин не враховує реалій сучасного правового регулювання економічної діяльності в Україні. І якби автор не вказував, що саме ГК України розглядає комерцію лише як реалізацію продукції, з ним можна було б певною мірою погодитись. Але як сама назва глави 4 ГК України, так і її зміст свідчать про інше. І з огляду на структуру цього Кодексу, нормами вказаної глави регулюється господарська комерційна діяльність — підприємництво. Адже в статтях, які складають зміст цієї глави, йдеться саме про підприємницьку діяльність.

Автори Науково-практичного коментаря Господарського кодексу України за загальною редакцією Г. Л. Знаменського та В. С. Щербини стосовно поділу господарської діяльності на комерційну і некомерційну вказують, що тут не слід вважати за основний і абсолютний критерій поділу наявність або відсутність мети одержання прибутку. Якщо така мета є, зазначають вони, то є й конкретний результат її досягнення, але він може бути повним, частковим або зовсім відсутнім. Тому авторами пропонується наблизити цей критерій до реального життя та як приклад

наводять положення Системи національних рахунків (СНР), прийнятої у 1993 р. цілою групою міжнародних організацій, включно з ООН. Відповідно до СНР комерційні та некомерційні види діяльності розмежовуються за таким критерієм: комерційна діяльність включає виробництво продукції або надання послуг за ринковою ціною, яка покриває більше половини витрат виробництва; некомерційна діяльність охоплює виробництво продукції або надання послуг, безкоштовних або за цінами, що покривають половину чи менше половини витрат виробництва [215, с. 11]. Однак, на нашу думку, такий критерій має ознаки не мети діяльності, а її наслідків, тому може бути придатним лише для потреб бухгалтерського обліку. Адже однією з ознак підприємницької діяльності є її ризиковий характер, що передбачає випадки, коли підприємець, маючи на меті одержання прибутку, але невірною оцінивши ризики, або продає продукцію дешевше собівартості, або ж взагалі не може її реалізувати. Отже, для розмежування діяльності на комерційну і некомерційну з метою її правового регулювання більш придатним видається все-таки критерій її мети.

Якщо ж не брати до уваги норми ГК України, то можна певною мірою погодитись із точкою зору М. П. Курила стосовно того, що комерція здійснюється через договори купівлі-продажу з наміром купити дешевше, а продати дорожче, а зміст комерційної діяльності підприємства є вузьким, ніж зміст поняття «підприємство». При цьому науковець формулює визначення комерційної діяльності підприємства — це велика за обсягом сфера оперативної-організаційної діяльності торгових організацій і підприємств, спрямована на здійснення процесів договорів купівлі-продажу товарів для задоволення попиту населення та одержання прибутку. Визначення це видається дещо невдалим. Адже навряд чи методологічно вірним є твердження, що діяльність — це сфера діяльності. Однак саме така логічна конструкція міститься у наведеному визначенні. Крім того, М. П. Курило ототожнює поняття «комерція» з поняттям «торгівля», а комерційне право з правом торговим. При цьому торгівлю він визначає як будь-які операції, що здійснюються за договором купівлі-продажу, міни, поставки та іншими цивільно-правовими договорами, які передбачають передачу права власності на товари [178, с. 10, 21].

Певною мірою прирівнюючи одне до одного поняття «комерція» та «торгівля», О. А. Бурбело вказує, що комерційним правом регламентується передусім право на укладення торгової угоди, здійснюваної комерсантом. Однак визначення поняття комерційної діяльності автор не дає [61, с. 4].

В. М. Петров зазначає, що комерційна діяльність є складовою частиною підприємництва (за кордоном аналогом підприємництва є термін «бізнес»). При цьому він визначає підприємництво як діяльність, спрямовану на одержання доходів, прибутку. Комерція ж, на його дум-

ку, — це сукупність процесів і операцій, спрямованих на здійснення купівлі-продажу товарів для задоволення споживчого попиту й одержання прибутку [231, с. 6].

На думку Н. О. Саніахметової, переважно підприємницькою діяльністю займаються комерційні юридичні особи, основною метою яких є одержання прибутку. Отже, будь-яка комерційна організація є суб'єктом вказаної діяльності, у той час як не всякий суб'єкт підприємництва є комерційною організацією. Звичайно, підприємницьку діяльність можуть здійснювати не лише організації, а й фізичні особи—підприємці. Однак з наведеного не зрозуміло, чи некомерційні організації можуть здійснювати підприємницьку діяльність. З чого випливає питання, як авторка розуміє співвідношення між підприємництвом та комерцією і чому діяльність поділяється на підприємницьку і непідприємницьку, а організації — на комерційні і некомерційні. Далі Н. О. Саніахметова уточнює, що здійснення підприємницької діяльності некомерційними організаціями (споживчими кооперативами, громадськими або релігійними організаціями, установами, добродійними та іншими фондами) взагалі не відповідає цілям їх діяльності, оскільки основною метою останніх не є одержання прибутку [287, с. 31]. Отже, коли брати за критерій розмежування мету одержання прибутку, доцільно уніфікувати термінологію та поділяти діяльність на підприємницьку і непідприємницьку, а організації так само — на підприємницькі і непідприємницькі.

Автори підручника «Комерційна діяльність» за ред. В. В. Апопія під комерційною діяльністю розуміють організацію і управління комерційними процесами та операціями, пов'язаними з товарно-грошовим обміном, кінцевою метою якої є здійснення купівлі-продажу товарів, послуг і отримання прибутку. Під підприємництвом тут розуміється самостійна, ініціативна системна діяльність для отримання прибутку. Однак підприємництво, уточнюють автори, — це не тільки діяльність, а й спосіб господарювання, умови ринку, тому воно набагато ширше за змістом, ніж комерційна діяльність, яку можна вважати окремим видом підприємництва [144, с. 11—12]. Таке розуміння відповідає більше підходам економічної, аніж юридичної, науки. Однак всі основні ознаки комерційної діяльності та підприємництва, які впливають із чинного законодавства, у наведених визначеннях відображено.

Отже, відповідно до чинного законодавства України зміст понять «підприємницька діяльність» та «комерційна діяльність» є тотожним. Проте доктринально, як в економічній науці, так і в юридичній науці, існують різні точки зору на співвідношення цих понять. На нашу думку, доцільно розмежовувати підприємництво та комерцію і критерієм розмежування тут може слугувати суб'єктний склад відповідних відносин. Якщо розглядати комерційну діяльність як взаємодію (відносини) рівних, незалежних суб'єктів, у такому разі під комерційними відносинами слід розуміти виключно відносини між суб'єктами комерційної діяль-

ності, які в дані відносини вступають саме з метою одержання прибутку. Тобто з кола даних відносин слід виключати купівлю-продаж, якщо одним із її учасників є споживач. Адже такому суб'єкту законодавство надає певні гарантії, які свідчать про нерівність сторін відповідного договору та посилення імперативного методу правового регулювання відповідних правовідносин.

Проти визнання підприємницькими відносин із споживачами виступає і Н. О. Саніахметова, яка зауважує, що іноді трапляється і ширше розуміння суб'єкта підприємницької діяльності. Вважається, що поряд з основним суб'єктом (підприємцем) іншими є — споживач, держава, найманий працівник, партнери по бізнесу, кожен з яких виконує свої функціональні обов'язки в загальному підприємницькому процесі. Така думка, зокрема, ґрунтується на тому, що підприємець змушений взаємодіяти із споживачем як основним його контрагентом, а також з державою. Однак, як правильно зазначає Н. О. Саніахметова, таку позицію, як і її аргументацію, не можна визнати правильною і достатньою. Те, що підприємець взаємодіє зі споживачами і державою, а також найманими працівниками, не призводить до визнання їх суб'єктами підприємницької діяльності, якщо вони останню безпосередньо не здійснюють. Вплив запитів та інтересів споживачів, підтримка або протидія держави, регулювання нею підприємництва, значна роль найманих працівників у досягненні успіхів або, навпаки, у невдачах підприємців не означає набуття споживачами, державою або найманими працівниками статусу підприємців [287, с. 30]. Отже, існує потреба у диференціації відносин між суб'єктами підприємницької діяльності, з одного боку, і споживачами — з іншого.

Виходячи з цього пропонується підприємницькі відносини розглядати як один із видів підприємницької діяльності, зміст якого полягає у вчиненні правочинів, спрямованих на перехід права власності на товари, з метою одержання прибутку шляхом подальшого продажу з переробкою чи без неї об'єкта правочину.

Значимо, що гл. 3 ГК України визначаються особливості правового регулювання господарсько-торговельної діяльності, а ст. 263 ГК України господарсько-торговельна діяльність визначається як діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання у сфері товарного обороту, спрямована на реалізацію продукції виробничо-технічного призначення і виробів народного споживання, а також допоміжна діяльність, яка забезпечує їх реалізацію шляхом надання відповідних послуг. Господарсько-торговельна діяльність може здійснюватися суб'єктами господарювання в таких формах: матеріально-технічне постачання і збут; енергопостачання; заготівля; оптова торгівля; роздрібна торгівля і громадське харчування; продаж і передача в оренду засобів виробництва; комерційне посередництво у здійсненні торговельної діяльності та інша допоміжна діяльність по забезпеченню реалізації товарів (послуг) у сфері обороту.

Отже, і господарсько-торговельна діяльність може здійснюватись як між підприємцями, так і між підприємцями та споживачами, що, виходячи з висловленої вище пропозиції стосовно розуміння змісту комерційної діяльності, дає підстави для розмежування комерційної торговельної діяльності та некомерційної. Однак такий підхід буде слухним лише за умови поділу господарської діяльності саме на підприємницьку та непідприємницьку, тобто коли в термінології такого поділу не буде застосовуватись термін «комерційний» та його похідні.

2.2. Приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин

Підприємництво, засноване на принципі свободи, вводиться законодавцем у рамки закону, які гарантують права та свободи інших осіб: суспільства у цілому, його членів (підприємців-конкурентів, споживачів, працівників тощо). Механізм забезпечення прав та інтересів суспільства, виражений у нормативних приписах, обмеженнях і заборонах, а також процедурах їх здійснення, є ніщо інше, як компетенція влади [242, с. 24].

Питання співвідношення приватноправових та публічно-правових засад у регулюванні підприємницької діяльності не є унікальним. Воно стосується правового регулювання усіх без винятку сфер суспільного життя та було актуальним на всіх етапах розвитку правової науки. Так, В. М. Селіванов зазначав, що історичний досвід суспільного та державного будівництва свідчить, що формування гуманного, демократичного суспільства можливе тільки на підставі поєднання, взаємодії приватно-правових і публічно-правових засад. При цьому спосіб та міра такої взаємодії стають визначальним моментом її результату. Стосовно цивільних відносин він притримувався думки, що все цивільне законодавство в принципі сьогодні не може бути втиснутим до Цивільного кодексу. Тому ефективність функціонування законодавства неабиякою мірою залежить від науково обґрунтованого розподілу нормативного матеріалу між ЦК України та іншими нормативним актами, в тому числі й Кодексом про підприємництво як кодексом приватного права, розроблення якого доцільно здійснювати паралельно з роботою над проектом нового Цивільного кодексу України. Кодекс про підприємництво, як і новий Цивільний кодекс, за своєю сутністю має бути кодексом приватного права. Однак це не виключає наявності в ньому публічно-правових норм, оскільки кодекс з суто цивільно-правовим змістом не може охопити всієї сфери відносин, пов'язаних з підприємництвом. При цьому, говорячи про небезпечність перетворення створеного кодексу на кодекс господарський (адміністративно-правовий), можна стверджувати, що, хоча така небезпечність і застерігається в літературі, для цього немає будь-

яких серйозних підстав. Більше того, становлення в країні ринкових відносин призвело традиційну концепцію радянського господарського права як галузі права до певної неспроможності [291, с. 4, 6].

Та, як показав час, В. М. Селіванов помилявся. Нині в Україні діє саме Господарський кодекс, який значною мірою регулює економічні відносини імперативним, тобто публічно-правовим, методом.

Для правильного вибору методу правового регулювання тих чи інших правовідносин, що виникають у процесі здійснення підприємницької діяльності, слід коротко викласти особливості приватноправового та публічно-правового регулювання суспільних відносин.

Приватне право, зауважує Я. М. Шевченко, має на увазі захист інтересів приватної особи, правове регулювання, засноване на принципах координації суб'єктів, абсолютну перевагу диспозитивних норм, максимальне використання при правовому регулюванні принципу вирішення питань відповідно до власного розсуду [346, с. 20].

Досить широко розглядав правове регулювання економічних відносин О. А. Пушкін. По-перше, зауважував він, слід подолати уявлення про чинне право в галузі економіки як лише про сукупність норм, що містяться у відповідних актах законодавства. Закон є тільки суб'єктивною формою вираження соціальних інтересів або об'єктивної права, яке за своїм сутнісним значенням криється в реально існуючих або реально усталених об'єктивних відносинах і формується під впливом об'єктивних економічних закономірностей. Тому, на превеликий жаль, далеко не всі наші закони є правовими. Процес удосконалення юридичних конструкцій, закріплених у законі, що регулює сучасні економічні відносини, має, по-перше, спиратися на практику, на знання закономірностей функціонування економіки. По-друге, треба чітко розуміти, що ринкова економіка, яка становить базис нової України як правової держави, — це економіка, де головними фігурами є фізичні особи і створювані ними юридичні особи, а також об'єднання цих юридичних і фізичних осіб, діяльність котрих базується на засадах свободи особи, свободи совісті, свободи договору і підприємництва. Право, що регулює діяльність цих осіб на зазначених принципах, і є суто цивільним правом як правом приватним. По-третє, не менш важливо усвідомити, що нормальне функціонування ринкової економіки на зазначених вище принципах передбачає необхідність жорсткого державного контролю за діяльністю всіх суб'єктів цивільного права, застосування разом з приватноправовим порядком регулювання публічно-правового роду. Проте слід зауважити, що публічно-правове регулювання економічних відносин за умов дії ринкових механізмів (на відміну від адміністративно-командної економіки) має бути принципово іншим. З одного боку, публічно-правове забезпечення має бути спрямованим на створення необхідних умов для економічно ефективного і соціально спрямованого функціонування підприємницьких структур, а з іншого — на при-

пинення можливих з боку останніх правопорушень і злочинів [270, с. 22—23].

Попри переважаючі в юридичній науці погляди на приватноправову природу підприємницьких відносин, І. В. Спасибо-Фатеева вказує на неможливість повного відсторонення держави від регулювання правовідносин, що виникають між суб'єктами підприємницької діяльності. Так, пише вона, неможливо говорити про відпадання державної функції регулювання економічних відносин різними важелями з перетворення економіки України на ринкову. Справа в іншому — спрямувати це державне регулювання в правове русло, що покликане зробити добротний закон з виваженими принципами, методами, функціями та механізмами [300, с. 28].

Підбиваючи підсумки доробкам вітчизняних та закордонних вчених у галузі визначення критеріїв приватного та публічного права, як критерії О. Д. Крупчан виокремлює такі.

1. Якщо для приватного права характерні відносини на основі координації, тобто юридичної рівності сторін, то для публічного права традиційними є субординаційні відносини на основі принципу «влада—підпорядкування».

2. Як наступний критерій виділяють мету правового регулювання суспільних відносин, тобто для приватного права — це людина, громадяни, для публічного — суспільство, держава.

3. Предмет правового регулювання є одним з найпоширеніших критеріїв розмежування цих двох сфер. Однак через комплексний та неоднорідний характер як приватного, так і публічного права визначення предмета правового регулювання викликає на сучасному етапі розробки цієї проблеми серйозні труднощі.

4. Інтерес. У цьому випадку поділ сфер права здійснюється на підставі того, чий саме інтереси захищаються — держави чи громадянина. Зміст цього критерію полягає у дихотомії: суспільні (державні) інтереси — приватні інтереси (людини, громадян, групи осіб тощо).

5. Зміст суспільних відносин, які регулюються сферою права.

6. За способами публічного захисту: публічне — за ініціативою влади (у порядку кримінального чи адміністративного судочинства); приватне — за ініціативою приватної особи (у порядку цивільного чи конституційного судочинства).

7. Підпорядкованість чи непідпорядкованість єдиному центру управління. Так, централізація є характерною рисою всіх традиційних сфер публічного права — державного, кримінального, фінансового, проте децентралізація притаманна цивільному та сімейному праву.

8. Метод регулювання. Приватноправовий метод передбачає юридичну рівність суб'єктів права, диспозитивність, їх ініціативність під час формування та реалізації цивільних правовідносин; вжиття заходів майнової відповідальності у разі порушення цивільних прав, позовний порядок захисту. Для імперативного методу, навпаки, характерним є таке:

суб'єкти, один з яких — держава, мають завжди пріоритетне становище; відносини, які будуються на підставі підпорядкованості; судовий порядок захисту, де ініціатором процесу є держава [168, с. 12—14].

Як бачимо, багато з вказаних критеріїв у тих чи інших елементах повторюються. Так, про підпорядкованість одного із суб'єктів при характеристиці публічного права йдеться також в описанні метода правового регулювання. Підпорядкованістю є також субординація. Деякі з вказаних у переліку критеріїв поділу права на публічне та приватне є недостатньо чіткими. Тому при розробці підходів до забезпечення належного правового регулювання підприємницьких відносин слід конкретно визначитись, який же критерій брати за основу. І тут ми можемо погодитися з Р. Б. Сивим, який обстоює думку, згідно з якою не предмет правового регулювання, а саме метод має бути тим критерієм, на основі якого повинен здійснюватись поділ системи права. Оскільки основних методів правового регулювання є два (диспозитивний та імперативний), то й основних галузей, на які можна поділити систему права, можна виокремити лише дві: приватне і публічне. З цього Р. Б. Сивий робить висновок про дуалізм системи права, а не про її полігалузовість. Із-поміж різних підгалузей права так званими чистими він називає цивільне право (оскільки воно є повністю приватним) та адміністративне, кримінальне і процесуальне право (які за свою природою є публічними). Такий підхід не викликає у нас заперечень з огляду на те, що дослідник чітко тут розмежовує галузь права та галузь законодавства. Щодо цього він вказує, що коли йдеться про систему законодавства, то кожна галузь законодавства є комплексною, оскільки складається переважно з нормативно-правових актів, які містять норми різних галузей права. Тут під галузями права Р. Б. Сивий, очевидно, має на увазі приватне та публічне право [294, с. 106—108].

Стосовно особливостей приватного та публічного права В. В. Мадісон зазначає, що в деяких галузях відносини регулюються виключно веліннями, що знаходять від єдиного центру, яким є державна влада. Вона своїми нормами вказує кожній окремій особі її юридичне місце, права й обов'язки стосовно цілого державного організму і щодо інших окремих осіб. Тільки від державної влади можуть виходити розпорядження, що визначають становище окремої людини в даній сфері відносин, і це становище не може бути зміненим жодною приватною волею, жодними приватними угодами. Тому норми державної влади мають безумовний, примусовий характер, тут все підкорене керуючій волі держави. До зовсім іншого прийому вдається право в тих галузях, які зараховуються до сфери права приватного або громадянського. Тут державна влада принципово утримується від безпосереднього і владного регулювання відносин з одного центру, а більше того — надає таке регулювання безлічі інших маленьких центрів, що вважаються як певні самостійні соціальні одиниці, як суб'єкти права [194, с. 58—59].

Досить часта критика, що лунає у науковій літературі, та кивання на негаразди і прорахунки в економічній політиці держави (України, Росії) намагаються списати все на приватноправові засади у регулюванні господарських (підприємницьких) відносин, не аналізуючи, які ж насправді чинники стали перепорою або каталізатором тих чи інших явищ.

Зокрема В. П. Марущак пише з цього приводу таке: «Світова економічна криза 2008 року і втрата ілюзій відносно приватної власності за роки незалежності безперечно свідчить про необхідність державного регулювання економіки. Одним із їхніх таких регуляторів є державна власність. Негативне відношення до неї і триваюча її приватизація за підсумками останньої, не свідчить про те, що вдалося добитися ефективного вкладення державної власності в розвиток економіки. Скоріше навпаки. Приватна власність не заповнила економічні втрати, які понесла країна з 1990 року» [203, с. 65].

Вочевидь, намагаючись списати негаразди саме на приватноправові аспекти регулювання економіки, зокрема і підприємницьких відносин, автори нівелюють значення інших факторів перехідного періоду 90-х років, відвертого зловживання певними правами, інколи і злочинні дії тих чи інших осіб. Нівелюються і загальноекономічні закони і теорії, зокрема теорія циклів Кондратьєва. Він же обґрунтував появу кризових явищ в економіці як закономірний наслідок завершення певного економічного кола (циклу), задля переходу на інший, якісно новий рівень.

Говорячи про необхідність посилення публічно-правових засад у регулюванні як підприємницьких відносин зокрема, так і економічного життя в цілому, слід виходити з того, що вони є вимушеним кроком, який є закономірним наслідком багатоманітного ускладнення самих суспільних відносин. І першою ж метою запровадження тих чи інших адміністративних процедур має бути усвідомлення мети, задля якої останнє вчиняється: а саме, задля захисту слабкої сторони у тих чи інших зобов'язаннях, охорони та захисту законних прав та інтересів учасників цивільного (торгового) обігу, обмеження «всеосяжного» прагнення до наживи підприємцями та досягнення у кінцевому результаті того блага, яке прийнято називати «суспільним благом».

Проте, виходячи із певної необхідності запровадження адміністративно-правових процедур та обмежень у регулюванні підприємницьких відносин, слід пам'ятати, що в їх основі лежить приватноправовий «геном», який обумовлюється характером самої підприємницької діяльності, а отже, потребує і відповідного регулювання.

Не заперечуючи важливості публічно-правових засад у регулюванні підприємницьких відносин, слід виходити не з їх всезагальної «застосовності», а скоріше за все, із застосування за субсидіарним принципом.

Необхідність публічно-правових засад, за певних умов, підтверджує і розвиток вітчизняного цивільного законодавства, зокрема внесення від-

повідних змін щодо можливості визнання правочину недійсним. Українські цивілісти розцінювали це як позитивну новелу [87; 161]. Постають питання, чи дійсно все так очевидно чи насправді повернення до таких «різких» публічно-правових механізмів як конфіскація відповідає загальному духу приватноправового нормативного акта, яким є ЦК України. Зазначена позиція подекуди підтримується і судами України. Зокрема Вищий адміністративний суд України в одній із справ постановив ухвалу, в якій зазначив, що, «оскільки зазначені санкції є конфіскаційними, стягуються за рішенням суду в дохід держави за порушення правил здійснення господарської діяльності, то вони належать не до цивільно-правових, а до адміністративно-господарських санкцій як такі, що відповідають визначенню, наведеному у ч. 1 ст. 238 ГК України» [325].

Так, редакція ст. 228 «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства» ЦК України до 02.12.2010 р. не містила відповідної санкції, а обмежувалась виключно положенням щодо визнання такого правочину нікчемним (ч. 2 ст. 228 ЦК України). Відповідно, у разі визнання певного правочину нікчемним, на підставі цієї норми, необхідно було застосовувати загальні положення про визнання договорів нікчемними, тобто застосовувати відповідні правові наслідки, передбачені ст. 216 ЦК України «Правові наслідки, недійсності правочину», — реституцію чи ввідикацію.

На практиці (до внесення вищезазначених змін до ст. 228 ЦК України), суди виходили з того, що за необхідності можна було визнавати (за наявності відповідних підстав) відповідний правочин нікчемним на підставі ст. 207 (або ст. 228 ЦК України) та застосовувати до них санкцію ст. 208 ГК України у вигляді конфіскації. Так, ч. 1 ст. 208 передбачає, що якщо господарське зобов'язання визнано недійсним як таке, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то за наявності наміру в обох сторін — у разі виконання зобов'язання обома сторонами — в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов'язанням, а у разі виконання зобов'язання однією стороною з іншої сторони стягується в дохід держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише у однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернено другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в дохід держави.

У науковій літературі можна було віднайти тезу стосовно того, що зазначена ситуація з правозастосуванням ст. 228 ЦК України та статтями 207, 208 ГК України обумовлена тим, що при розробці ЦК України 2003 р. відповідні положення щодо конфіскації «загубились» під час його обговорення. Висловимо думку щодо некоректності зазначеного підходу, адже саме виключення цього положення із ЦК України 2003 р. роз-

глядалось як прогресивний крок, спрямований на «очищення» приватно-правового документа від конфіскаційних норм. Адже якщо згадаємо ст. 49 «Недійсність угоди, укладеної з метою, суперечною інтересам держави і суспільства» ЦК УРСР, то знайдемо там майже відтворений текст сучасної ч. 1 ст. 208 ГК України. У ній йшлося про те, що коли угода укладена з метою, завідомо суперечною інтересам соціалістичної держави і суспільства, то за наявності умислу у обох сторін — у разі виконання угоди обома сторонами — в дохід держави стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання угоди однією стороною з іншої сторони стягується в дохід держави все одержане нею і все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. за наявності ж умислу лише у однієї зі сторін все одержане нею за угодою має бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується в дохід держави.

Вважаємо, що доцільно було б «боротися» з такими угодами виключно в межах публічно-правових засад, адже свого часу новелу щодо виключення саме конфіскаційних норм із приватноправової матерії розглядали як позитивний прогресивний крок ЦК України 2003 р. порівняно із ЦК УРСР 1960 р. Більше того, навіть наявність аналогічних за своїм змістом норм у ГК України досить активно критикувалась, обґрунтована «втручанням» саме у приватноправову площину, яка за своїм «духом» не має містити конфіскаційних норм (інструментів). Адже чинний ЦК містить достатню кількість підстав, до визнання тих чи інших угод (правочинів) недійсними чи нікчемними.

У тому ж випадку, коли обставини справи вказують на наявність у діях учасників цивільних відносин дій (діянь), що мають злочинний характер, такі справи повинні розглядатися в порядку адміністративного та/чи кримінального судочинства.

Саме по собі привнесення до приватноправового масиву ЦК України норм, що мають яскраво виражений публічно-правовий і навіть каральний характер, не відповідає змісту п. 2 ст. 4 ЦК України, згідно з яким Цивільний кодекс України є основним актом саме цивільного законодавства України.

Відповідно, слід зробити висновок, що внесення відповідних змін (доповнень) до ч. 3 ст. 228 ЦК України слід розглядати як негативні тенденції до насичення Кодексу нормами, що за своїм характером є приватноправовими, які носять каральний (конфіскаційний) публічно-правовий характер. Адже саме первинне визначення «конфіскації» міститься у Кримінальному кодексі України, який (ч. 1 ст. 59 «Конфіскація майна») визначає, що покарання у вигляді конфіскації майна полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого. Стаття 354 «Конфіскація» ЦК України визначає, що до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення пра-

вопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. З цього приводу слід зазначити, що: «Конфіскація — это мера публично-правовой ответственности. По своей природе и преследуемым целям она не является единой и всегда зависит от характера того притязания, которого лицо лишается впоследствии недопущения реституции. В современных условиях конфискация не соответствует основным началам и целям гражданско-правового регулирования» [319, с. 16].

З огляду на це слід згадати, що: «Следует согласиться, что в обществе необходимо формировать такое отношение к праву, которое повышало бы к нему доверие граждан (особенно в условиях очевидной публично-правовой политики и незаметной для большинства неспециалистов политики частноправовой), чтобы они видели в нем не только карательный, репрессивный инструмент государства, но и систему средств защиты собственных интересов, в том числе и от произвола публичных организаций и должностных лиц, равно как и от субъектов, экономически и социально более могущественных» [74, с. 28].

Лише повернувши приватному (цивільному) праву роль та значення того, про що С. С. Алексєєв писав, що це є найвище, що є в Господа на Землі [32, с. 68], ми зможемо створити належні приватноправові умови для регулювання підприємницьких відносин.

Отже, необхідно визначити межі втручання держави у суспільне та приватне життя, а також мету такого втручання, яка має відповідати функціям держави на конкретному історичному етапі. Так, Н. Р. Нижник зауважує, що становлення Української держави потребує визначення меж держави в життєдіяльності людей. Держава має знати своє місце, чітко потрібно розуміти, в чому воно полягає і як його визначити [220, с. 69].

Методологія приватного права, пише О. Д. Крупчан, повинна давати відповідь, яким чином публічна влада має враховувати, «усереднити» окремі приватні права й інтереси юридично рівних осіб, які існують не тільки в єдності, а й суперечності, та вивести загальний публічний інтерес як опосередковано «усереднений» приватний інтерес, щоб забезпечити дієве правове регулювання й функціонування всіх приватних елементів соціальної системи суспільства [168, с. 15].

Однак час показав, що кодексом, який було прийнято разом із ЦК України і на який покладалось регулювання діяльності у сфері суспільного виробництва, став Господарський кодекс України, який значною мірою є кодексом публічно-правовим або ж його норми дублюють за змістом норми ЦК України. Практика застосування ГК України поставила перед юридичною наукою питання визначення меж нормативно-правового втручання держави у суспільно-виробничу діяльність суб'єктів підприємництва. Адже важливу частину предмета регулювання Господарського кодексу становлять саме підприємницькі відносини.

З приводу недоліків поєднання у ГК України публічно-правових та приватноправових засад регулювання підприємницьких відносин І. В. Спасибо-Фатеева зазначає, що дволичність ГК, який вмістив у собі приватні та публічні засади, призводить до того, що ним як «спеціальним законом» так коригуються інститути і принципи ЦК, що зводяться нанівещь всі прогресивні напрацювання розробників ЦК у сфері приватних підприємницьких відносин. Це стало можливим через «підправлення» приватних засад публічними як наслідок дії основної концепції ГК. Таким чином, методологічно неправильний підхід поєднання в одному законі приватних і публічних засад з різними методами, функціями та іншими атрибутами призвів до створення такого суперечливого та недосконалого закону як ГК України. Вирішення цієї проблеми вчена вбачає у перетворенні ГК України на кодекс публічного підприємницького права або на комерційний кодекс з одночасною розробкою публічного закону [300, с. 32].

Отже, як бачимо, І. В. Спасибо-Фатеева обстоює необхідність відокремлення публічно-правових норм, які регулюють економічну діяльність, від приватноправових, що свідчить про визнання нею певної потреби у публічно-правовому регулюванні економічних відносин у нашій країні. І це зрозуміло, адже така потреба впливає із суспільного значення таких відносин. Загалом усі суспільні відносини тією чи іншою мірою потребують правового регулювання публічно-правовими методами. Навіть там, де йдеться про особисті немайнові права, існують імперативні приписи. Тому і постає питання співвідношення публічно-правового та приватноправового регулювання підприємницької діяльності.

Стосовно потреби у гармонійному використанні обох фундаментальних методів правового регулювання суспільних відносин В. В. Мадісон зазначає, якщо взяти приватноправовий устрій без елементів публічного права, то ми вийдемо на юридичну конструкцію феодалізму, коли не тільки правовідносини, завданням яких було розподіляти блага, а й правовідносини організаційного характеру були позбавлені елемента соціального служіння і мали особливо вільний характер. Можна стверджувати, пише В. В. Мадісон, що чим більше правовідносини, які виконують організаційну роль, побудовані за приватноправовим типом, тим менше свободи в даному суспільстві. З іншого боку, продовжує він, чисто публічно-правовий устрій відкидає правомочності, здійснення яких не пов'язане з уявленням про суспільне благо. За такої організації суспільних відносин у індивіда взагалі зникають будь-які права, якими він міг користуватися на власний розсуд. Особа не є тут суб'єктом цілепокладання — всі цілі дані заздалегідь, прописані їй суспільством [194, с. 61].

Таким чином, для підприємницької діяльності як самостійної, на власний ризик діяльності, ближчим є приватне право. Саме воно дає змогу особі вільно обрати вид економічної діяльності, керуючись не влад-

ними приписами, а відомою йому інформацією про обставини конкретного місця в даний час, тобто про попит на товари і послуги. Примітно, що, порівнюючи ринкову та планову економіку, А.-Ф. фон Хайек зазначає, що для забезпечення належного обсягу виробництва товарів і послуг та перерозподілу їх між територіями планова економіка не має достатньої кількості знань про умови часу та місця. Тому єдиний центр не може, по-перше, прорахувати дійсну потребу у тих чи інших товарах та послугах. По-друге, такий єдиний центр планування не може оперативно враховувати зміни у потребах та можливостях ринку загалом або ж у тому чи іншому місці. Натомість у ринковій економіці враховувати вимоги і можливості споживачів та оперативно на них реагувати мають можливість саме децентралізовані підприємці [332, с. 7].

Для сучасної України це питання видається ще актуальнішим та навіть болючим з огляду на те, що зі спливом більш як 20 років незалежності саме питання щодо регулювання підприємницьких відносин у цілому та значення приватноправових засад у ньому (а точніше сказати, навпаки: про приватноправове регулювання підприємницьких відносин та роль і значення публічно-правових застережень та обмежень у ньому) залишається одним із найактуальніших.

Яскравим прикладом останнього є виключення, під час обговорення в Верховній Раді України проекту ЦК України 2003 р., із предмета його регулювання підприємницьких відносин та включення їх до предмета регулювання ГК.

Однак абсолютно вільна підприємницька діяльність може поставити одних суб'єктів економічних відносин у де-факто превалююче становище на ринку, що надаватиме цим суб'єктами можливості обмеження вільної підприємницької діяльності інших підприємців. Навіть більше — отримання такого монопольного становища часто є тактичною метою підприємців, адже саме монопольне становище може стати інструментом досягнення стратегічної мети — одержання надприбутків.

Стосовно небезпек монополізації ринків О. В. Безух зауважує, що поведінка суб'єктів господарювання в конкуренції визначається їх бажанням отримати перевагу, додатковий прибуток, посісти пануюче становище на ринку, використовуючи всі можливі економічні й правові засоби. Для досягнення цієї мети і реалізації приватного інтересу за допомогою приватного права конкурентна боротьба може спонукати суб'єктів господарювання до застосування таких методів і прийомів суперництва, які не тільки не сприяють розвитку виробництва та задоволенню потреб суспільства, а й призводять до деградації економіки. Виходячи з цього, О. В. Безух резюмує, що не може бути схвалено для регулювання конкурентних відносин використання тільки норм приватного права, а правозастосування конкурентного законодавства має забезпечувати: а) збереження можливості фірм і окремих особистостей конкурувати один з одним; б) запобігання несправедливому перерозподілу благ від

споживача до виробника; в) забезпечення життєздатності демократичних інститутів суспільства [44, с. 172, 175].

Отже, одним із завдань публічно-правового регулювання економіки є забезпечення конкуренції між учасниками ринку.

При виборі методів правового регулювання тих чи інших відносин особливості предмета правового регулювання слід співвідносити з особливостями методу та принципами того чи іншого права. Стосовно цього В. В. Мадісон зазначає, що принцип публічного права має перевагу в тому, що згуртовує суспільство, вносить визначеність і планомірність у ту сферу життя, до якої він застосовується. З іншого боку, у нього є тіньова сторона: він може знижувати приватну заінтересованість та ініціативу, здатний довести особу до повного пригнічення. Приватний же принцип, вносячи у сферу суспільного буття відомий елемент випадковості і невизначеності, викликає водночас приплив приватної заповзятливості й енергії, що стимулюються свободою і особистим інтересом [194, с. 60].

Тому важливо при розробці нормативно-правових актів у сфері підприємницької діяльності враховувати мету державного втручання в економіку, в тому числі і у формі закріплення відповідних імперативних норм. Адже підприємництво як правова категорія характеризується своїм юридичним закріпленням — формалізацією, ознаками, колом суб'єктів, специфічними способами здійснення права на зайняття таким видом діяльності, особливими приватними та публічними обов'язками суб'єктів. Підприємництву притаманний свій особливий правовий механізм — система правових норм [234, с. 9].

На думку Р. Б. Шишки, підприємницьке право має подвійну юридичну природу, бо відносини, що ним регулюються, ґрунтуються на цивільному праві, що є основою приватного права, та адміністративному праві, що регулює відносини влади та підпорядкування. Тому підприємницьке право за своєю природою є комплексним і включає в себе цивільно-правові відносини (майнові, особисті немайнові, організаційні та права виключні) та адміністративно-правові (відносини, які складаються із здійснення народовладдя, діяльності рад народних депутатів, проведення виборів до представницьких органів державної влади, реалізації конституційного статусу громадян України тощо). Підприємницьке право ґрунтується на майнових відносинах. Таким чином, предмет правового регулювання підприємницького права є двояким за своєю природою, але він, ґрунтуючись на цивільно-правових або адміністративно-правових засадах, включає в себе не всі, а лише їх частину, що обумовлено цілями, підставами та принципами підприємницької діяльності [234, с. 40, 41]. Очевидно, саме з таких засад подвійної правової природи суспільно-виробничих, у тому числі і підприємницьких, відносин виходили розробники ГК України. Тому нині підприємницькі відносини отримали надмірне правове регулювання публічно-правовими мето-

дами, причому навіть там, де йдеться про правову рівність сторін і у відносинах, які могли б регулюватися ЦК України.

На відміну від України, в Російській Федерації не було прийнято спеціального кодексу для регулювання підприємницької (комерційної, торговельної) діяльності. Питання дуалізму приватного права там вирішено таким чином, що підприємницька діяльність регулюється Цивільним кодексом, на його принципах, його інститутами. Так само і особливості регулювання приватноправових аспектів підприємницької діяльності встановлюються в нормах ЦК РФ. Т. О. Батрова пояснює це тим, що диспозитивний метод регулювання є характерним для відносин підприємців між собою, які будуються на основі принципів свободи підприємництва і рівності його учасників, що передбачає свободу вибору учасниками підприємницької діяльності напрямів діяльності, кола контрагентів, виду договорів, які укладаються, тощо. Саме на цьому методі ґрунтується участь у конкурсах, аукціонах, звернення до податкових органів з проханням про надання відстрочки (розстрочки) по сплаті податків тощо. В цьому сенсі він перегукується з методом дозволу, який виділяється на основі аналізу змісту диспозиції правових норм. Однак, уточнює Т. О. Батрова, з огляду на втручання в економіку, що зростає, значного поширення набув метод владних розпоряджень (імперативний метод регулювання), який поєднує в собі норми-заборони та зобов'язуючі норми, реалізація яких забезпечується силою державного примусу. Він чітко проявляється у вимогах державної реєстрації суб'єктів підприємництва, постановки їх на податковий облік, ліцензування окремих видів діяльності, дотримання норм протипожежної безпеки, санітарно-епідеміологічних та природоохоронних вимог тощо. Доволі часто на практиці застосовується метод узгодження, котрий може торкатись взаємовідносин органів державної влади різних рівнів або різної галузевої належності, а також органів державної влади та місцевого самоврядування [41, с. 6].

Класик російської цивілістики І. О. Покровський наголошував, що межа між публічним і приватним правом протягом історії далеко не завжди проходила в одному і тому самому місці, межі одного та іншого багаторазово змінювались. Те, що в одну епоху регулювалось за початками юридичної децентралізації і, відповідно, відносилось до галузі приватного права, в іншу епоху — перелагоджувалось за типом юридичної централізації і таким чином переходило в галузь публічного права, і навпаки [237, с. 6].

Так само О. Д. Крупчан зазначає, що аналіз досліджень методологічних підходів щодо взаємозв'язку приватного та публічного права в часи становлення сталої законодавчої системи набуває неабиякого значення. Обґрунтовується це тим, що із сфери вузькотеоретичної ці питання мають вихід у галузь суто практичну шляхом закріплення у чинному законодавстві та подальшої реалізації відповідних ідей і принципів приват-

ного та публічного права. Так, проведення «демаркаційної лінії» між цими двома галузями права сприятиме виробленню тих пріоритетів, які мають бути керівними у практиці правореалізації. При цьому О. Д. Крупчан зауважує, що поділ між приватним та публічним правом є гнучким та історично обумовленим. Він залежить і від характеру пануючих у державі суспільних відносин, і від міри усвідомлення самоцінності окремої людини [168, с. 10, 12].

Подібну точку зору висловлює Я. М. Шевченко, зауважуючи, що методологія визначення поділу між приватним і публічним правом має виходити зі стану економіки і того, яке між ними фактичне співвідношення. Залежно від цього мають визначатися суб'єкти цивільного права, їхнє функціонування, має, власне, визначатися і роль цивільного права як приватного [270, с. 25].

В. М. Селіванов вказував, що ринок — це, насамперед, економічна свобода, свобода волі економічно самостійних суб'єктів; це творча ініціатива особи; це свобода угоди. Але ринок — це ще й зіткнення різних приватних волевиявлень, інтересів та потреб, що становлять суть конкуренції. І одне з основних завдань права, на його думку, — підтримувати баланс суперечливих інтересів, не даючи їм можливості зруйнувати один одного. Необхідно знайти міру оптимального розмежування і водночас взаємодії публічно-правових і приватноправових засад у сфері регулювання підприємництва в Україні, діяльності, яка, найімовірніше, дістане своє правове закріплення в новій Конституції України та новому Цивільному кодексі України. Саме тому дане питання потребує свого вивчення, обговорення, щоб вийти на наукові рекомендації для практики законотворчості в Україні [270, с. 22].

Як зазначає О. Д. Крупчан, юридична децентралізація надає вихід приватній ініціативі та енергії, стимулює свободу і особистий інтерес, але вносить у суспільне життя елемент невизначеності, спонтанності, юридичного егоїзму. Реальний же стан суспільства, продовжує він, змушує державну владу активно втручатися в економічне життя та регулювання економіки з метою забезпечення стабільного соціального стану суспільства, підтримання балансу приватних інтересів. Відсутність правових меж втручання держави в економічне життя приватних осіб, громадянського суспільства, які суспільство через своїх представників у парламенті встановлює в законі, неминуче компенсується бюрократичною нормотворчістю у вигляді непрацюючих законів і численних підзаконних актів, які вступають у колізію між собою, не враховують диференціацію суспільних відносин [168, с. 15, 18].

Загалом погоджуючись з точкою зору О. Д. Крупчана, зауважимо, що саме елемент невизначеності, спонтанності та юридичний егоїзм лежать в основі підприємницької ініціативи. Адже за цілковитої визначеності відсутній підприємницький ризик. І саме егоїзмом зумовлюється мета підприємця — одержання прибутку.

Про важливість розмежування майнових та інших відносин в економіці для правильного вибору методу їх правового регулювання говорив О. А. Пушкін. Якщо йдеться про побудову ринкової економіки, заснованої на рівноправності усіх форм власності та незалежності від держави, зауважував він, то при регулюванні господарських відносин необхідне чітке розмежування майнових і всіх інших відносин. Перші повинні регулюватись на засадах цивільного права як приватного права, другі — на засадах публічного права. Непорозумінням треба вважати протилежність кодифікованих актів цивільного та господарського законодавства. За умови ринкової економіки залишається публічно-правовий вплив на майнові відносини. Однак він має носити характер не прямої, а опосередкованої дії. Держава повинна визначати умови, яких належить дотримуватися суб'єктам майнових відносин. Але це не може слугувати підґрунтям для розроблення такого кодифікованого акта, в якому органічно поєднувалися б цивільно-правові та публічно-правові засади. Сама назва подібного акта «Господарський (Комерційний) кодекс» містить у собі суперечність. Комерційні (чи торговельні) відносини — суть майнових, цивільно-правових відносин, і їх не слід виривати з загального масиву цивільно-правового регулювання майнових відносин. Під господарськими відносинами слід розуміти дещо інше, засноване на публічно-правових засадах. І це, дійсно, має становити самостійний предмет кодифікації. Оскільки в складі публічного права діє значна кількість норм, що мають забезпечувати підтримку недержавних структур економіки, контроль за їх діяльністю, з одного боку, та регламентацію внутрішніх відносин державних підприємств, які беруть участь у ринковій економіці, з їх керівними органами — з іншого, бажано усі ці норми систематизувати в особливому (окремому) кодифікованому акті, нехай і під назвою Господарський кодекс. Тоді взагалі буде знято питання про конкуренцію Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України. Кожний з них посяде своє цілком визначене місце у системі регулювання економічних відносин [77, с. 15].

На доцільності комбінування приватноправового та публічно-правового методів регулювання економічних відносин наголошував В. М. Селіванов. Він зазначав, що правове регулювання змішаної, соціально орієнтованої економіки має орієнтуватися не на якусь одну галузь законодавства (конституційного, цивільного, адміністративного, господарчого, кримінального тощо), а на її системне правове забезпечення з використанням приватно- і публічно-правових методів регулювання. Так зване економічне законодавство не може бути в усьому «чистим», тобто складеним з норм лише приватного або лише публічного права. Воно завжди становитиме певну комбінацію норм усіх галузей права, кожна з яких має свій особливий предмет регулювання, оскільки всі відносини в суспільстві взаємопов'язані і взаємообумовлені. Ефективна реалізація державної політики ринкової трансформації економіки України, станов-

лення національного підприємництва, тобто складової процесу формування змішаної економіки, потребує відродження приватноправового порядку регулювання економічних відносин, який спирався б на загально-визнані у світі принципи приватного права, а саме: незалежності та автономії особи, свободи приватної власності, свободи договору і підприємництва, що мають бути забезпечені у своїй реалізації належними механізмами судового захисту. Відносини громадянського суспільства, взаємовідносини приватних осіб, головним чином, регулюються нормами приватного права, а публічно-правові норми застосовуються лише в загальних інтересах суспільства з метою визначення законної межі свободи приватних осіб [77, с. 17].

Отже, підприємництво є сферою суспільних відносин, де суб'єкти мають рівні правові можливості і юридичні обов'язки. Підприємництво є вільною на власний ризик діяльністю рівних і незалежних один від одного суб'єктів. Саме майнові відносини між підприємцями, які складаються між ними в ході здійснення підприємницької діяльності, є класичними приватно-правовими відносинами. Тому відносини між суб'єктами підприємницької діяльності повинні регулюватись переважно диспозитивним методом, властивим приватному праву. Водночас у абсолютно вільних ринкових економіках існує небезпека виникнення ситуації, коли окремі підприємці забезпечують собі переважне становище на ринку, і ринкова економіка перетворюється на монополістичну, в якій свобода підприємництва обмежується гіпертрофовано нерівним економічним становищем підприємців, що нівелює їхню юридичну рівність. Тому завданням публічно-правового регулювання економіки є саме забезпечення вільного ринку з реальною свободою підприємницької діяльності та запобігання монополізації економіки. Не можна забувати також про те, що у суспільстві завжди існує потреба в певних соціальних товарах, послугах, споживачі яких самостійно не можуть сформувати платоспроможний попит. В таких випадках держава повинна забезпечувати або формування такого попиту, або створювати суб'єктів господарювання, які задовольнятимуть такі потреби неплатоспроможних споживачів безприбутково, або ж навіть у збиток, за рахунок бюджетного фінансування. Саме в цих специфічних аспектах регулювання економічної діяльності допускається і навіть є необхідним імперативне втручання держави.

2.3. Сутність підприємництва як об'єкта приватноправового регулювання

Найвищий ступінь наукового узагальнення надав можливість поділити право на публічне та приватне, виходячи з методу правового регулювання та становища суб'єктів правовідносин. Публічне і приватне право — це, з одного боку, суперечливі, а з іншого — взаємозалежні

грані права. Сьогодні правові системи багатьох країн ґрунтуються на принципі поділу права на приватне й публічне (ФРН, Франція, Італія, Іспанія та ін.). Світова юридична наука об'єктивно визнає поділ права на приватне й публічне певною мірою умовним, однак необхідним.

Лише правильне визначення приватноправового чи публічно-правового характеру тих чи інших правовідносин, що пов'язано зі змістом реально існуючих суспільних відносин на відповідному історичному етапі розвитку суспільства, дає можливість застосувати такі методи правового регулювання, які точно відповідають предмету і сприяють подальшому розвитку суспільства та відповідних суспільних відносин.

Найзагальнішим питанням з'ясування правової природи тієї чи іншої суспільної діяльності є питання віднесення її до сфери публічного чи приватного права. Говорячи про поділ права на приватне та публічне, П. М. Рабінович вказує, що за критерієм зазначеного поділу відповідні наукові концепції можна поділити на:

— «матеріальні», які використовують для розмежування приватного права і публічного категорії користі, мети, інтересу, суспільних відносин, юридичних відносин;

— «формальні», які вирізняють ці галузі права з позицій, зокрема, суб'єктного складу учасників відносин, становища суб'єктів (свобода волевиявлення і наказ, автономія і влада, централізація і децентралізація), форм захисту, наслідків порушеного права;

— «змішані», які є своєрідним синтезом перших двох і використовують як матеріальні, так і формальні критерії [31, с. 13].

Видається за доцільне застосовувати для диференціації приватного і публічного права такий формальний критерій, як суб'єктний склад учасників та їх становище один щодо одного. Адже матеріальні критерії мають більшою мірою суб'єктивний характер і не видається можливим об'єктивно оцінити, в якихось конкретних відносинах йдеться про інтерес однієї особи, групи осіб чи всього суспільства. Зокрема й застосування до особи, попри її волю, засобів державного впливу при виконанні суб'єктами владних повноважень може здійснюватись як в інтересах всього суспільства, так і в інтересах цієї особи, або ж і взагалі — в особистих інтересах уповноваженої особи. Такі формальні критерії як форма захисту порушеного права та наслідки його порушення є, скоріше, не критеріями дихотомічного поділу права, а його наслідком. Адже поділ права на публічне та приватне актуальний за визнанням природно-правового розуміння суб'єктивного права. Способи ж захисту та наслідки порушення права визначаються, насамперед, матеріальним правом і мають визначатись саме природою права, яке захищається.

Правове становище суб'єктів правовідношення визначає основний критерій поділу права на приватне і публічне, вважає і М. К. Сулейменов. Він зазначає, що для публічного права характерні відносини влади

і підпорядкування, а всі суб'єкти підкоряються єдиному центру. Галузі ж приватного права регулюють відносини, засновані на рівності, і тут кожен суб'єкт є самостійним юридичним центром. У цьому і полягає головна відмінність публічного права від приватного [308, с. 30].

Отже, за критерій віднесення підприємницьких відносин до сфери приватного чи публічного права слід обрати характер зв'язків між їх учасниками — координаційний чи субординаційний. Саме такий критерій ми застосовуватимемо у подальшому дослідженні правової природи підприємницьких відносин.

Як зазначає О. Х. Юлдашев, визнання існування приватного права (тобто права людини) поряд з публічним сягає ще часів Стародавнього Риму. Саме римський юрист Ульпіан наголосив на такому розподілі права. Згідно з Ульпіаном (Д. 1.1.1.3) публічне право «відноситься до положення римської держави», а приватне право «відноситься до користі окремих осіб» [31, с. 26].

Слід погодитись із О. Д. Крупчаном, який наголошує, що протиставлення приватного та публічного права правомірне лише за умови їхньої діалектичної єдності: обидві частини права мають сенс тільки у поєднанні: як приватне право — ніщо без публічного, так і навпаки [31, с. 48]. Однак, на нашу думку, це не слід розуміти як констатацію неможливості віднесення тих чи інших правовідносин до публічно-правової чи приватно-правової сфери.

Р. Б. Сивий зазначає, що приватне право України — це система юридичних норм, що врегульовують на засадах формальної рівності суспільні відносини між юридично правоздатними особами. При цьому він наголошує, що підставою виокремлення приватного права має слугувати саме приватноправовий метод регулювання суспільних відносин. Він обґрунтував, що саме завдяки формально-юридичній рівності учасників правовідносин (як ознаці приватноправового методу регулювання суспільних відносин) можна виявити більш-менш чітку межу приватного права України. Під формальною рівністю суб'єктів він розуміє їх здатність однаковою (рівною) мірою володіти певними правами й обов'язками у взаємних відносинах [265, с. 3].

Стосовно методів правового регулювання О. Д. Крупчан зазначає, що специфіка регулювання приватним правом відповідного кола суспільних відносин як предмета правового регулювання обумовлює відповідний метод правового регулювання — сукупність юридичних засобів впливу, характерних саме для цивільного права. У сфері власності, наприклад, О. Д. Крупчан відмічає характерне специфічне поєднання диспозитивних та імперативних методів регулювання цивільно-правових відносин. Він зазначає, що основним для імперативного методу є позитивне зобов'язання виконувати усі вимоги уповноважених державних органів, в іншому випадку юридичними наслідками стають заборони або відмови у наданні правової охорони. Диспозитивний метод правового-

го регулювання притаманний більшості майнових та особистих немайнових відносин. Для майнових відносин імперативно-правовий метод регулювання застосовується на стадії визнання об'єктів власності. Цивільно-правова охорона суб'єктивних прав і законних інтересів на об'єкти власності здійснюється загалом після проведення відповідних обов'язкових адміністративних процедур з визнання об'єктів власності у тих межах, що отримують правове закріплення в охоронних документах. Диспозитивні методи впливу на поведінку суб'єктів цивільного права характеризуються тим, що вони перебувають один щодо одного у юридично рівному становищі, кожна із сторін має свій комплекс суб'єктивних прав та обов'язків і не підпорядкована іншій. Але майнові відносини у майновій сфері інколи ґрунтуються на адміністративному підпорядкуванні однієї сторони (заявника) іншій (уповноваженому) і вони також є предметом правового регулювання. Дія методу правового регулювання поширюється на всіх суб'єктів права, які можуть вступати і не вступати у правовідносини у приватноправовій сфері. Диспозитивні методи впливу надають можливість сторонам правовідносин самостійно встановлювати для себе суб'єктивні права і приймати обов'язки, необхідні для реалізації конституційного принципу свободи [31, с. 48—49].

З початком відходу від командно-планової економічної системи до ринкової економіки в юридичній науці дискутується природа підприємницьких відносин, методи їх правового регулювання, межі державного втручання в діяльність суб'єктів економіки, правова природа підприємницьких відносин.

Вихідними позиціями для розробки та вдосконалення механізму правового регулювання економіки є те, що планова економіка характеризується імперативним методом регулювання економічних правовідносин, а ліберальна — диспозитивним. Саме тому вибір оптимальної економічної моделі та відповідного механізму правового регулювання останньої тісно пов'язаний зі співвідношенням імперативного та диспозитивного методів у регулюванні економічних відносин. У класичній постановці цього питання, існують два підходи до ролі адміністративного регулювання, що є вкрай відмінними: тотальна роль і значення державного регулювання у плановій економіці та цілковите заперечення значення і впливу адміністративних засад у вільному ринку. Обидві ці позиції мають значну кількість недоліків та вад і не можуть розглядатись як оптимальні для забезпечення стабільного зростання економіки та добробуту населення, про що свідчить багатий історичний досвід як комуністичних, так і капіталістичних країн.

Полеміка між господарниками та цивілістами з приводу правової природи підприємницьких відносин в Україні триває вже не один рік. Її предметом є питання доцільності/недоцільності виокремлення регулювання господарської діяльності в окремий кодифікований акт. При цьому як єдиний альтернативний варіант пропонується повне скасування

ня ГК України з подальшою інкорпорацією всього «незайвого матеріалу» або «подібного за правовою природою» саме до ЦК України. Проте основним критерієм при вирішенні цього питання є з'ясування правової природи підприємницьких відносин, що дасть змогу визначити належне місце в системі законодавства норм, які їх мають регулювати.

Порушуючи питання сутності підприємницьких відносин, В. М. Селіванов зазначав, що становлення, функціонування і розвиток вітчизняного підприємництва в Україні відбувається не у соціальному вакуумі й ґрунтується не на абстрактному суспільному базисі. Ці процеси здійснюються у конкретному суспільному контексті й під впливом конкретно-історичних умов, які, з одного боку, сприяють розвитку, а з іншого, гальмують їх. У свою чергу, підприємництво як соціальне явище не тільки піддається впливу суспільних процесів, а й саме торкається цих процесів, що також впливає, видозмінює, трансформує їх. Розгляд проблем підприємництва у контексті суспільних, насамперед політико-економічних, відносин, що створюють соціальне середовище його буття, надає змогу говорити про перспективний простір наукових досліджень щодо сутності підприємництва, нового для незалежної України суспільного явища; реального змісту й відповідності цивілізаційним стандартам його потенційних можливостей як реального конкурента державного господарювання; ефективного пошуку адекватних політико-правових механізмів забезпечення його всебічного розвитку тощо. Насамперед слід враховувати, що українське підприємництво зароджується в умовах так званого посттоталітарного суспільства, тобто суспільства, яке поки що спонтанно переборює обмеження колишньої радянської державно-монополістичної системи господарювання та управління, спираючись, головним чином (як це не сумно, але природно), на ті самі політичні сили, структури, теорії, масову свідомість, соціальну психологію тощо, що склалися у рамках цієї системи на певній стадії її еволюції та функціонували протягом понад сімдесят років [290, с. 18].

Для правильного розуміння логіки формування правових регуляторів тих чи інших комплексів суспільних відносин важливо правильно визначити, що є первинним, а що вторинним у системі «право—суспільні відносини». І хоча цим феноменам притаманне значною мірою діалектичне співвідношення, певні пріоритети тут все ж таки можна визначити. Так, О. А. Пушкін зауважував, що слід подолати уявлення про чинне право в галузі економіки як лише про сукупність норм, що містяться у відповідних актах законодавства. Закон є тільки суб'єктивною формою вираження соціальних інтересів або об'єктивізації права, яке за своїм сутнісним значенням криється в реально існуючих або реально усталених об'єктивних відносинах і формується під впливом об'єктивних економічних закономірностей. Тому, на превеликий жаль, далеко не всі наші закони є правовими. Процес удосконалення юридичних конструкцій, закріплених у законі, що регулює сучасні економічні від-

носини, має, насамперед, спиратися на практику, на знання закономірностей функціонування економіки [270, с. 22].

Важливість правильного розуміння суті економічних відносин для їх оптимального правого регулювання згадує і В. А. Євтушевський. Зокрема він наголошує, що господарські відносини в суспільстві (Україна не є винятком) являють собою економічні відносини з відповідними їм правовими формами. Чим більша відповідність правових норм реальним економічним відносинам, тим більш ефективно функціонують господарські структури, тим менший сектор практично нерегульованої, тіньової економіки [77, с. 15].

О. О. Бандурка вказує, що підприємницькі правовідносини в основній частині є приватними, але допускають і навіть вимагають управління. Таким чином, підприємницьке право ґрунтується на двох фундаментальних галузях права України: цивільному та адміністративному [234, с. 4].

В. М. Селіванов, який стояв у витоків сучасної системи правового регулювання економічних відносин в Україні, називав підприємництво творчою новаторською діяльністю на власний страх і ризик, яка пронизує і формує, по суті, майбутню структуру суспільного господарства, прокладає шлях до майбутніх структурних перетворень в економіці. За своєю суттю підприємництво спрямоване на постійне подолання усталених стереотипів господарювання. І як творча, ризикована діяльність, яку важко передбачити, вона не суміщається з адміністративно-командним мисленням і методом централізованого державного управління. Ефективна народногосподарська організація передбачає не жорстку державну регламентацію підприємницької діяльності, а формування необхідної для суспільства системи публічних цінностей та пріоритетів [292, с. 4].

Також В. М. Селіванов зауважував, виходячи зі змісту чинного законодавства й апробованого на практиці його застосування, можна твердити, що підприємництвом є не будь-яка корисна для суспільства діяльність з виробництва продукції, надання послуг, а тільки та, що характеризується такими головними ознаками: по-перше, економічною самостійністю та автономною волею її суб'єктів; по-друге, ініціативністю; по-третє, творчим новаторським характером; по-четверте, систематичністю; по-п'яте, що здійснюється на власний ризик і під власну цілковиту майнову відповідальність; по-шосте, що здійснюється з метою одержання прибутку; по-сьоме, є правомірною. Чітке визначення поняття підприємницької діяльності, підприємницьких відносин має важливе практичне значення, оскільки від цього багато в чому залежить правильність формулювання самого предмета соціальної сфери цивільно-правового регулювання — підприємницького права [291, с. 8].

Автори підручника з підприємницького права вказують, що з економічного боку підприємництво є економічною діяльністю, що підпадає

під об'єктивні економічні закономірності та процеси. Саме вони і становлять зміст цих відносин. Формалізуються підприємницькі відносини через право. В тому разі, коли суб'єкти товарних відносин наділені автономією у здійсненні своєї діяльності (дозволено все те, що не заборонено законом), коли вона заснована на їх ініціативі та підприємливості, виникають розвинуті ринкові відносини. Коли ж вони зарегульовані авторитарними рішеннями держави, що не враховують об'єктивних економічних закономірностей, вони — усічені, а сама економіка має адміністративно-розподільчий характер і, по суті, стає псевдоекономікою. А підприємництво ними визначається як самостійна, ініціативна, систематична, що здійснюється легально та на власний ризик діяльність з виробництва та реалізації товару з метою отримання прибутку [234, с. 7, 17].

Автори навчального посібника «Підприємництво» виокремлюють такі ознаки підприємницької діяльності:

- підприємець виступає як самостійний господарюючий суб'єкт, що веде власну справу;
- підприємницька діяльність пов'язана з ризиком, тобто ймовірністю виникнення збитків, недоодержання доходів чи навіть руйнування;
- підприємницька діяльність допускає матеріальну відповідальність за реалізацію ідей;
- підприємцю властивий динамічний стиль життя, що обумовлено твердою конкуренцією як серед самих підприємців, так і між підприємцями і найманими робітниками;
- підприємницька діяльність завжди цілеспрямована.

Виходячи з наведених ознак підприємницької діяльності, автори формулюють власне визначення поняття підприємництва: особливий вид економічної активності, під якою мається на увазі доцільна діяльність, спрямована на одержання прибутку, заснована на самостійній ініціативі, відповідальності й інноваційній підприємницькій ідеї [63, с. 14—15].

Г. В. Смолин зазначає, що під час визначення поняття «підприємництво» слід зважати на економічну сутність цього явища, яка полягає в тому, що його передумовою є розходження між попитом і пропозицією на товарному ринку. Таке розходження призводить до визначення стратегії, спрямованої на виготовлення матеріальних благ та надання послуг, купівлю чужих товарів за певними цінами, а продаж за більш високими, з метою задоволення суспільних потреб та одержання прибутку [297, с. 19]. Загалом погоджуючись із таким підходом до формулювання основних ознак поняття підприємництва, висловимо лише сумнів стосовно того, що продаж за більш високими цінами (перепродаж) повністю відповідає інтересам суспільства. Більше того, в умовах планової економіки такий продаж міг бути підставою для притягнення продавця до кримінальної відповідальності. Так, Кримінальний кодекс УРСР 1961 р. містив ст. 154, якою передбачалась кримінальна відповідальність

за такий склад злочину як спекуляція, тобто скупка і перепродаж з метою наживи товарів чи інших предметів. І донині термін «спекуляція» зберігає в нашому суспільстві певне, часто досить негативне, забарвлення, що в умовах нормально розвиненої ринкової економіки є неприйнятним. Адже саме бажання отримання зиску є рушієм економічної активності громадян, спонукає їх, ризикуючи власними коштами та зусиллями, створювати та розвивати власну справу.

Г. М. Брусильцева вказує, що підприємництво є основним видом господарської діяльності, який характеризується метою — отримання прибутку. Водночас вона зазначає, що некомерційна господарська діяльність здійснюється з метою задоволення певних суспільних потреб незалежно від прибутковості такої діяльності: отримання прибутку від такої діяльності відіграє другорядну роль (такою є діяльність частини казенних, експериментальних та інших планово-збиткових підприємств, які фінансуються за рахунок держави). Також авторка наводить перелік ознак підприємницької діяльності, проте не формулює доктринального визначення цього поняття [75, с. 8].

В. Ф. Попондопуло зауважує, що підприємницька та економічна діяльність, підприємницькі та економічні відносини, підприємницьке (комерційне) та економічне (цивільне) право співвідносяться як особливе та загальне, а підприємницьке (торгове, комерційне) право — це цивільне право підприємця, тобто суб'єкта цивільного права, який має на меті систематичне отримання прибутку [148, с. 8—9]. Таке розуміння співвідношення підприємницької (комерційної) діяльності значною мірою зумовлено відсутністю у Російській Федерації кодифікованого акта, покликаного регулювати економічні відносини за участю підприємців. Однак, з огляду на приватноправовий характер відносин, які виникають між підприємцями, зокрема з приводу купівлі-продажу товарів, слід підтримати доцільність їхнього регулювання нормами цивільного права. Адже комерційні відносини виникають між рівними, незалежними суб'єктами, за їх ініціативою та обопільною згодою. Чи не єдина їх відмінність від суто цивільних правовідносин у контексті української правової дійсності полягає в меті (одержання прибутку) та систематичності. Якщо для фізичних осіб, які не є підприємцями, укладення цивільно-правових договорів є лише необхідним засобом задоволення побутових, соціальних, культурних чи інших життєвих потреб, то для суб'єктів підприємництва такі договори відображають зміст їх діяльності та мають на меті безпосереднє одержання прибутку, який у подальшому може бути спрямований як на задоволення особистих потреб, так і на подальше здійснення підприємницької діяльності.

Серед ознак підприємницької діяльності, закріплених у її легальних та доктринальних визначеннях, перше місце, як правило, посідає самостійність. Самостійність підприємницької діяльності розуміється у таких двох аспектах:

а) майнова — наявність майна, відділеного від майна засновників (учасників), майна інших юридичних осіб, державного або муніципального майна, що виявляється в наявності самостійного балансу або кошторису;

б) організаційна — наявність власних органів управління, здатних приймати самостійні рішення, які стосуються діяльності організації. Однак вона обмежена у дочірніх та залежних товариств, на діяльність яких впливають материнські компанії унітарних підприємств, де керівника призначає власник майна, а також в організації, стосовно яких здійснюється процедура банкрутства [41, с. 3].

Зауважимо, що другий аспект самостійності викликає деякі сумніви. Адже будь-яка юридична особа, будь то дочірнє підприємство, акціонерне товариство з сотнями акціонерів чи товариство з обмеженою відповідальністю, залежить певною мірою від рішень своїх учасників та засновників.

Наступною важливою ознакою підприємницької діяльності є її систематичність. Р. І. Кузьмін та Р. Р. Кузьмін зазначають, що використання законодавцем характеристики підприємницької діяльності як «систематичної» викликає певні труднощі, оскільки в різних галузях законодавства систематичність визначається різною кількістю однорідних дій. Так, Декретом Кабінету Міністрів України «Про податок на промисел» систематичною визнається діяльність, яку здійснено п'ятьма і більше аналогічними діями. Систематичною в кримінальному законодавстві прийнято вважати діяльність, яка вчинюється суб'єктом три і більше разів. Трудове право розглядає систематичність як діяльність, що вчинюється два і більше разів [176, с. 91].

Однак систематичність, у буквальному розумінні цього поняття, не є необхідною ознакою підприємницької діяльності. Адже вчинення новоствореним суб'єктом підприємницької діяльності підприємницького за змістом правочину вперше (немає систематичності в буквальному розумінні) не робить такий правочин непідприємницьким. І тому вимоги до такого правочину будуть такими самими, як і до решти підприємницьких правочинів. Наслідки першого для суб'єкта підприємницького правочину, в тому числі й публічно-правові, будуть такими самими, як і наслідки інших підприємницьких правочинів аналогічного змісту. Тому систематичність підприємництва слід розуміти не як фактичну таку ознаку, а як гіпотетичну. Така гіпотетичність може ґрунтуватись на вираженні наміру особи здійснювати підприємницьку діяльність, формалізовану при реєстрації її як суб'єкта підприємницької діяльності. Подібну точку зору висловлює і Р. Б. Шишка, зазначаючи, що для комерційних юридичних осіб та некомерційних осіб, що займаються такою діяльністю, систематичність визначається через їх установчі документи [234, с. 19].

З іншого боку, систематичність укладення певних правочинів непідприємцями може мати для них певні публічно-правові наслідки. Зокре-

ма це збільшення ставок податків для фізичних осіб. Так, ст. 172 Податкового кодексу України передбачено, що дохід, отриманий платником податку від продажу (обміну) не частіше одного разу протягом звітного податкового року житлового будинку, квартири або їх частини, кімнати, садового (дачного) будинку (включаючи земельну ділянку, на якій розташовані такі об'єкти, а також господарсько-побутові споруди та будівлі, розташовані на такій земельній ділянці), а також земельної ділянки, що не перевищує норми безоплатної передачі, визначеної ст. 121 Земельного кодексу України, залежно від її призначення та за умови перебування такого майна у власності платника податку понад три роки, не оподатковується. Натомість дохід, отриманий платником податку від продажу протягом звітного податкового року більш як одного з таких об'єктів нерухомості, підлягає оподаткуванню за ставкою 5%. Тобто систематичність як ознака цивільно-правових договорів також має значення, але переважно публічно-правове.

Ризикованість як ознака підприємницької діяльності може мати економічний характер і ґрунтуватися на тому, що підприємець не має усієї достовірної інформації про суспільні, в тому числі економічні, процеси, у зв'язку з чим не може з абсолютною точністю обрати вид діяльності, який не завдасть йому збитків. З юридичної точки зору ризикованість ґрунтується на тому, що межі матеріальної відповідальності контрагентів можуть бути вужчими, ніж шкода, спричинена ними підприємцю. Це ставить питання додаткових гарантій виконання підприємницьких зобов'язань для їх учасників.

Однак, як правильно зауважує Р. Б. Шишка, ризикованість підприємництва полягає також у тому, що в процесі реалізації права на зайняття ним особа постійно ризикує через об'єктивні та суб'єктивні чинники. Такі ризики, частіше за все, носять майновий характер. Але ініціатива повинна бути розумною, обґрунтованою, реальною і правомірною. Тому, перш ніж реально проявляти ініціативу в підприємстві, необхідно з'ясувати її наслідки, задля чого передбачено спеціальні економічні (бізнес-план, інвестиційний проект) та правові (експертиза) засоби [234, с. 18, 19].

Т. А. Батрова зазначає, що ризикований характер діяльності виявляється у відсутності стовідсоткової прогнозованості результатів діяльності, що, з одного боку, вимагає підвищеної уваги до її організації, з іншого — застосування заходів щодо зниження можливих втрат, зокрема, за рахунок страхування, яке у випадках, визначених законом, є обов'язковим [41, с. 3].

Із такою ознакою підприємницьких відносин як ризикованість тісно пов'язані також особливості матеріальної відповідальності їх учасників. Так, певні особливості мають підстави матеріальної відповідальності сторін підприємницьких правовідносин. Зокрема це можливість покладення на суб'єкта підприємницьких відносин матеріальної відповідаль-

ності без його вини. Іншим, не менш важливим, аспектом є обмеженість матеріальної відповідальності юридичних осіб.

Не можна залишити поза увагою той факт, що кожна ознака підприємницьких відносин сама по собі не є достатньою для визнання певної діяльності такою. Наприклад, будь-який громадянин, укладаючи суто цивільно-правовий договір, може мати на меті одержання прибутку. Проте це не тягтиме за собою приватноправових наслідків, які пов'язуються із підприємницькими правочинами.

Важливе значення для формування основних засад правового регулювання підприємницьких відносин має чітке розуміння та усвідомлення законотворцем мети діяльності їх учасників. Сьогодні законодавством передбачено, що метою підприємницької діяльності є задоволення суспільних потреб і отримання прибутку. Однак, чи дійсно метою підприємця є задоволення суспільних потреб, залишається предметом наукової дискусії. І хоча це питання більше соціологічне, економічне та філософське, винесення його до ознак підприємницької діяльності робить його актуальним і для правової доктрини. Дещо менше суперечок викликає така мета підприємця як отримання прибутку, хоча й вона в науці визначається по-різному, а у відриві від мети задоволення суспільних інтересів може називатися спекуляцією з негативним підтекстом. Впливає таке негативне ставлення до поняття спекуляції у вітчизняній науці ще з радянської правової системи і сьогодні має бути переосмисленим. Адже ще свого часу А. І. Камінка стверджував: спекуляція, потяг до наживи, притому не за допомогою окремої випадкової дії, а у вигляді організованого промислу, становить рушійний нерв усього торгового обороту [140, с. 67]. Так само і Ф. Г. Бурчак 1996 р. наголошував, що у Кримінальному кодексі України не можна забороняти дії, що не суперечать положенням Цивільного кодексу України. Наприклад, писав він, у нас і досі в проекті Кримінального кодексу залишається поняття про спекуляцію. Зрозуміло, що бізнесові відносини, пов'язані з купівлею-продажем, не можуть розглядатися як спекуляція. На базі Цивільного кодексу повинні бути прийняті й окремі законодавчі акти, які мають спрямовуватися на розвиток відносин ринкової економіки, насамперед підприємницьких, надаючи їм стабільності, оскільки законодавча практика йде сьогодні іншим шляхом [77, с. 11].

Визнання отримання прибутку основною метою підприємницької діяльності мало своїх прибічників і у другій половині ХХ ст. Так, Ф.-А. фон Хайек зазначав: коли перші неолітичні комерсанти перетинали Ла-Манш на барках, завантажених кременем, щоб, продавши його, завантажитись вином та бурштином, вони при цьому турбувались не про те, як краще забезпечити своїх одноплемінників, а про те, як більше заробити. Егоїстичний інтерес, додавав він, та боротьба за прибуток спонукає підприємця до дій, результат яких — максимальна користь усіх і кожного члена суспільства [332, с. 104—105]. Слід згадати і класиків

політичної економіки, які приділяли значну увагу кінцевій меті комерсантів, називаючи останніх капіталістами: «Капіталіст виробляє товар не заради самого товару, не заради його споживаної вартості або свого особистого споживання. Продукт, який дійсно цікавить капіталіста — це не сам реальний продукт, а надлишок вартості продукту над вартістю спожитого (витраченого) на нього капіталу» [202, с. 45]. Цікавим видається те, що саме мета отримання прибутку, одна із складових критичної риторики політичної економії у авторстві К. Маркса, настільки була зрозумілою і ефективно використовувалась для критики, на сьогодні чомусь замовчується тими, хто стоїть на боці розвитку в Україні саме ринкової економіки. К. Маркс відверто вів мову про те, що насправді рухає комерсантами — капіталістами в його інтерпретації. Зокрема він писав: «Щодо окремого капіталіста, то ясно: єдине, що його інтересує, це — відношення додаткової вартості, або того надлишку вартості, з яким він продає свої товари, до всього капіталу, авансованого на виробництво товару; тим часом як певне відношення цього надлишку до окремих складових частин капіталу і його внутрішній зв'язок з цими частинами не тільки не інтересують капіталіста, а він якраз заінтересований у тому, щоб оповити туманом це певне відношення і цей внутрішній зв'язок» [202, с. 47].

З приводу соціальної ролі підприємництва В. В. Джунь зазначає, що згідно зі ст. 13 Конституції України держава забезпечує соціальну спрямованість економіки, але зазначене забезпечення є неможливим без науково обґрунтованого, цілеспрямованого впливу держави на процеси господарювання, оскільки приватні підприємці ніколи добровільно не забезпечать гармонізацію публічних і приватних інтересів [85, с. 23—24].

Про широке розуміння одержання прибутку пише Р. Б. Шишка. На його думку, підприємницька діяльність, безумовно, здійснюється саме для одержання прибутку, що є стимулом, критерієм ефективності, визначальним стратегічним моментом та кінцевим результатом, її оцінкою [234, с. 21]. На нашу думку, в умовах вільного ринку задоволення інтересів суспільства в результаті підприємницької діяльності — це не її мета, а, скоріше за все, наслідок, або ж навіть інструмент досягнення успішності підприємництва. Адже якщо пропозиція підприємця не задовольнятиме суспільні потреби, то й не користуватиметься попитом. Отже, задоволення інтересів суспільства — це не мета, а, ймовірно, умова успішного здійснення підприємницької діяльності. Слід зазначити, що класичною схемою здійснення підприємницькою діяльністю соціальної функції є: прибуток—податки—суспільне благо. В Україні ця схема фактично виглядає так: податки—суспільне благо—прибуток [228].

Особливе місце підприємницької діяльності у предметі регулювання приватного права зумовлюється також тим, що вона часто здійснюється

за допомогою запозиченого капіталу. Адже суб'єкти цивільних правовідносин значно рідше, ніж підприємці, здійснюють правочини за рахунок одержаних у кредит коштів. Більше того, на сьогодні у фізичних осіб виникає багато проблем у зв'язку з неможливістю виконання своїх зобов'язань за договорами споживчого кредитування. Виникає така ситуація через те, що громадяни, які не підприємці, часто не сповна розуміють дійсне призначення такого фінансового інструменту як запозичений капітал та усієї відповідальності, пов'язаної з його застосуванням. Об'єкт цивільно-правового правочину, як правило, не призначений для одержання прибутку його сторонами або ж прибуток не є його основною метою, а тому кредит у такому разі має споживчий характер. Запозичення, здійснені підприємцями, є засобом здійснення підприємницької діяльності та спрямовуються, як правило, на одержання прибутку, за рахунок якого у подальшому і здійснюватиметься виконання зобов'язання за кредитним договором.

У контексті широкого використання у торговому обороті запозиченого капіталу (за різноманітними фінансово-кредитними механізмами) потребує також уваги інститут довірчої власності, закріплений у ЦК України. Тут виникають запитання щодо його природи: що це дійсно цивільно-правовий, а не підприємницький інститут. Адже відносини довірчої власності формалізуються у таких формах як Фонди операцій з нерухомістю (ФОН), Фонди фінансування будівництва (ФФБ) тощо, у яких суб'єкти цивільного права (наприклад, фізична особа, що купує облігації задля отримання в подальшому у власність квартири), часто не усвідомлюючи того, стають учасниками ризикованих правочинів. При цьому вони фактично позбавлені можливості будь-яким чином мінімізувати ризики. Це може призвести і, на жаль, вже призводить до таких негативних наслідків як обман вкладників, інвесторів. Можливо, слід визнати той факт, що, реалізуючи певні комерційні схеми із залученням грошових коштів фізичних осіб, необхідно усвідомлювати певну обмеженість і навіть нездатність класичних цивільно-правових конструкцій та засобів захистити інтереси таких людей повною мірою.

Оплатність саме в підприємницьких правовідносинах, на відміну від класичного цивільного права, є ключовим елементом, який приводить до дії весь торговий оборот. Підприємець зацікавлений у тому, щоб провести будь-яку торгову операцію виключно за умови, що остання буде оплачена, інакше комерційна діяльність перетворюється на бездіяльність. Без оплатності неможливо реалізувати і дві зазначені вище характерні риси комерції: спекуляцію та отримання прибутку. З цього приводу цікаво висловлюються коментатори Французького комерційного кодексу: «Коммерческое право следует рассматривать лишь как специальное гражданское право или, выражаясь точнее, как специальную отрасль гражданского права, в основе которой лежит непреложный

принцип возмездности правоотношений, что заложено в самом наименовании этой отрасли. Более того, возмездность является не только принципом, но и презумпцией коммерческого права» [146, с. 24]. Тому і деякі цивільно-правові інститути на сьогодні потребують дослідження і переосмислення їх дійсного місця у системі приватного права.

Для повнішого розуміння змісту підприємницької діяльності варто звернутись до класифікації її видів. Так, Р. Б. Шишка здійснює класифікацію підприємницької діяльності за кількома критеріями:

- залежно від способу отримання прибутку підприємницька діяльність поділяється на два великих блоки: інтрепренерська та антрепренерська. Перша трактується як матеріальне виробництво, в результаті якого створюється товар. Друга — посередницька діяльність для доведення такого товару до споживача;

- залежно від характеру товару можна виділити матеріальне виробництво та нематеріальне. Товар першого набуває речову форму чи форму роботи, послуги. В результаті нематеріального підприємництва створюється особлива форма товару — інтелектуальна власність;

- за економічною ознакою виділяють комерційне підприємництво, яке характеризується тим, що визначальну роль у ньому відіграють товарно-грошові та товарно-обмінні операції. Сутність такого виду підприємництва складають операції та угоди щодо купівлі-продажу та перепродажу товарів та послуг;

- залежно від обсягу річного прибутку та чисельності працюючих розрізняють малий, середній та великий бізнес;

- розрізняють також фінансове підприємництво — операції щодо купівлі-продажу специфічного товару — грошей, валюти, цінних паперів [234, с. 28—30].

Т. А. Батрова за складом учасників підприємницьких відносин виділяє відносини:

- 1) між учасниками підприємницької діяльності, що можуть виникати з приводу побудови комерційних зв'язків, реалізації спільних проєктів, створення підприємницьких об'єднань і т. п.;

- 2) між суб'єктами підприємницької діяльності та органами державної влади і місцевого самоврядування, які виникають як з приводу побудови договірних зв'язків, у тому числі в рамках державно-приватного партнерства, так і у зв'язку з реалізацією заходів впливу на підприємницьку діяльність (антимонопольного, технічного, цінового регулювання і т. д.);

- 3) між корпорацією та її учасниками, які мають особливу правову природу, будуються з приводу управління організацією, розпорядження майном, розподілу прибутку та збитків, і в цьому сенсі, як зазначається у літературі, не вкладаються в рамки речових або зобов'язальних відносин. Хоча існує думка, що корпоративні відносини належать до предмета цивільного права.

Як бачимо, російська дослідниця досить широко в даному разі розуміє підприємницькі відносини. Зокрема вона відносить до них адміністративні відносини з управління економікою та корпоративні відносини, які безпосередньо не є відносинами з виробництва та реалізації товарів, робіт чи послуг.

За своїм змістом, на думку Т. А. Батрової, відносини, які складають предмет підприємницького права, можуть бути поділені на:

1) речові, оскільки права на майно, по суті, складають основу будь-якого бізнесу;

2) зобов'язальні, які виникають між партнерами за договором, між юридичною особою та її засновниками і учасниками, котрі при формуванні статутного (складеного) капіталу втрачають право власності на передане майно, набуваючи право вимоги до нього у відповідній частці;

3) організаційно-управлінські, характерні як для побудови відносин між органами юридичної особи, так і організації комерційних зв'язків [41, с. 5].

Викликає деякі заперечення віднесення до підприємницької діяльності таких видів відносин як відносини між суб'єктами підприємництва та органами державної влади у зв'язку з реалізацією заходів впливу на підприємницьку діяльність (антимонопольного, технічного, цінового регулювання і т. д.). Адже для цих відносин не характерні такі ознаки підприємницької діяльності як самостійність, ініціативність, одержання прибутку як мета. Навпаки, у ці відносини підприємці вступають виключно на виконання імперативних приписів чинного законодавства в сфері, переважно, економіки. Можливі тут також відносини з приводу забезпечення техногенної та екологічної безпеки, санітарно-епідеміологічного благополуччя. У таких відносинах підприємець не лише виконує імперативні приписи, а й перебуває у відносинах підпорядкування з державним органом, вимоги якого він має виконувати. До того ж, жодні із зазначених відносин не мають на меті одержання прибутку, натомість навпаки — вимагають від підприємця додаткових витрат. Так само і О. А. Пушкін зауважував, що коли йдеться про побудову ринкової економіки, заснованої на рівноправності усіх форм власності та незалежності від держави, то при регулюванні господарських відносин необхідне чітке розмежування майнових і всіх інших відносин. Перші повинні регулюватись на засадах цивільного права як приватного, другі — на засадах публічного права [77, с. 15].

Стосовно держави як учасника підприємницьких відносин В. А. Євтушевський зазначає, що насамперед суб'єктом підприємницьких відносин не може виступати держава. При детальнішому дослідженні їхніх суб'єктів можна виділити такі: людина-підприємець (без оформлення юридичної особи); приватне підприємство; товариство [77, с. 16].

Виникають сумніви і стосовно суто підприємницького характеру відносин між корпорацією та її учасниками, які мають особливу правову

природу, будуються з приводу управління організацією, розпорядження майном, розподілу прибутку та збитків, і в цьому сенсі, як відмічається у літературі, не вкладаються в рамки речових або зобов'язальних відносин. І тут Т. А. Батрова зауважує, що такі відносини є корпоративними. Адже вони не є безпосередньо відносинами, спрямованими на виробництво та/чи реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг, і мають дещо іншу природу, яка полягає в тому, що учасники корпоративних відносин об'єднують свої ресурси для досягнення спільної мети і вступають у відносини один з одним саме для її досягнення.

Крім того, Т. А. Батрова стверджує, що метод підприємницького права характеризується поєднанням диспозитивного та імперативного регулювання, а також поєднанням централізованого регулювання з регіональним, місцевим і локальним. Диспозитивний метод регулювання є характерним для відносин підприємців між собою, які будуються на основі принципів свободи підприємництва і рівності його учасників, що передбачає свободу вибору учасниками підприємницької діяльності напрямів діяльності, кола контрагентів, виду договорів, які укладаються, тощо. Саме на ньому ґрунтується участь у конкурсах, аукціонах, звернення до податкових органів з проханням про надання відстрочки (розстрочки) по сплаті податків тощо. В цьому сенсі він перегукується з методом дозволу, який виділяється на основі аналізу змісту диспозиції правових норм. Однак з огляду на зростаюче втручання в економіку значного поширення набув метод владних розпоряджень (імперативний метод регулювання), який поєднує в собі норми-заборони та зобов'язуючі норми, реалізація яких забезпечується силою державного примусу. Він чітко проявляється у вимогах державної реєстрації суб'єктів підприємництва, постановки їх на податковий облік, ліцензування окремих видів діяльності, дотримання норм протипожежної безпеки, санітарно-епідеміологічних та природоохоронних вимог тощо [41, с. 5—6].

Застосування диспозитивного методу у правовому регулюванні підприємницьких відносин, безумовно, не викликає сумніву і впливає з викладених вище їх основних ознак. Також ми погоджуємось із тим, що до підприємницьких правовідносин застосовується імперативне регулювання. Однак слід зауважити, що такий метод притаманний їх регулюванню відносно незначною мірою. Більше того, імперативні норми містяться і в ЦК України. Наприклад, вимоги до форми правочину. Учасники приватних правовідносин не можуть відступати від цих вимог, бо ж вони можуть зазнати негативних правових наслідків за невиконання таких приписів. Основною ж ознакою, за якою диференціюються підприємницькі відносини та відносини адміністративні, є методи координації та субординації. Суб'єкти підприємницької діяльності, взаємодіючи між собою як самостійні, діючі на власний ризик особи, не можуть бути підпорядковані один одному, інакше втрачаються ключові ознаки підприємництва. Метод же субординації (влади-підпорядкування) при-

таманний відносинам підприємців з органами влади, які є відносинами адміністративними.

У ході наукової дискусії, яка супроводжувала підготовку нового економічного законодавства, О. М. Вінник наголошувала, що у різному трактуванні таких основних понять як «підприємницькі відносини», «підприємницька діяльність» полягає одна з основних причин розбіжностей концепції розроблених проектів двох кодексів — Цивільного і Господарського (Комерційного). В першому (проекті Цивільного) — визначення поняття підприємницької діяльності відповідає і легальному (ст. 1 Закону України «Про підприємництво»), і уживаному в світовій практиці, однак при цьому має місце певна недооцінка публічно-правових засад підприємництва; в другому (проекті Господарського (Комерційного) кодексу) — зазначене поняття трактується дещо спрощено (випущені такі ознаки підприємницької діяльності як здійснення її «самостійно» і «на власний ризик»), що призвело до недооцінки приватно-правових засад підприємництва [77, с. 19]. Однак таку точку зору ми не можемо повністю підтримати, адже неоднозначним виглядає посилення на публічно-правові засади підприємництва. Дійсно, правове регулювання підприємницької діяльності може здійснюватись і за допомогою імперативних приписів. Однак суб'єкти підприємницьких відносин перебувають у координаційному співвідношенні, що заперечує їхні публічно-правові засади, інакше підприємницька діяльність, підприємництво, будь у їхніх суб'єктів субординаційні зв'язки, не мали б таких ознак як самостійність та здійснення на власний ризик. А саме про недопущення нівелювання цих приватноправових ознак і говорить О. М. Вінник.

Цікаво, що питання відходу від адміністративно-командної системи регулювання економіки та формування справжнього підприємництва як ознаки ринкової економіки з раціонально обмеженим втручанням держави фактично залишилось на тому самому рівні, що й понад 15 років тому. Так, у 1995 р. В. М. Селіванов наголошував, що найзначніша проблема сьогодення полягає в тому, що розв'язання завдань перехідного періоду і, насамперед, ринкової трансформації економіки, розвитку підприємництва і формування приватного сектора ринкового господарства покладено, по суті, на успадковані від адміністративно-командної системи бюрократичні кола (чиновників нового типу існує велика кількість, але відповідної якості поки-що немає). Природно, вони не бажать та й, заради істини скажемо, не вміють «рубати» адміністративно-директивний «сучок», на якому сидять і який їх годує. Тому завдання зламати й замінити за кілька років успадковану адміністративно-командну систему господарювання та управління — це утопія. Має йтися про послідовний, дуже важкий, довгостроковий і багатоцільовий процес кардинального перетворення цілісної системи сформованих суспільних відносин, коли кожна стадія або цикл процесу діалектично взаємопов'язані

між собою і можуть розглядатися водночас або як мета, або як засіб її досягнення. Перспективою розвитку України мають стати не стримання природних суспільних прагнень до гідного й вільного життя, а поступове, але послідовне, таке, що регулюється на основі закону, роздержавлення всіх сфер буття українського суспільства, формування замість політизованої ідеократії цивілізованого соціально-політичного простору, створення умов для зародження демократичного громадянського суспільства та формування правової держави, які б враховували особливості України [290, с. 19—20].

Проте межі втручання державних органів та їх посадових осіб у підприємницьку діяльність і сьогодні чітко не визначені в законодавстві. А в правовій доктрині досі культивується думка, що відносини підприємця з суб'єктом владних повноважень, коли останній виконує покладені на нього владні функції, можна віднести до підприємницьких. Однак про яку самостійність, ініціативність та прибутковність для підприємця тут може йтися? Ці ознаки підприємницької діяльності в даному разі відсутні. Такі відносини є відносинами державного управління економікою — адміністративними відносинами. І роль держави в таких відносинах має полягати у тому, щоб забезпечити справжню рівність суб'єктів підприємницької діяльності, в тому числі не допустити чи припинити нечесну конкуренцію (а це і контроль за додержаннями вимог до технологічного процесу виробництва, і вимоги до якості та безпеки продукції, робіт та послуг), запобігти монополізації ринків, які не є монопольними за своєю природою. В цьому ми підтримуємо точку зору В. М. Селіванова, який писав, що вільна ринкова економіка набуває соціального звучання насамперед через правовий закон, але держава має втручатися також і тоді, коли ринок перестає діяти як регулюючий механізм, коли особа — хоча і діє відповідно до економічної доцільності й ринкових правил — заподіює шкоду іншим особам або всьому суспільству [292, с. 8].

Подібну точку зору висловлював і О. А. Пушкін. Він звертав увагу на те, що важливо усвідомити: нормальне функціонування ринкової економіки на зазначених вище принципах передбачає необхідність жорсткого державного контролю за діяльністю всіх суб'єктів цивільного права, застосування разом з приватноправовим порядком регулювання публічно-правового роду. Проте слід зауважити, що публічно-правове регулювання економічних відносин за умов дії ринкових механізмів (на відміну від адміністративно-командної економіки) має бути принципово іншим. З одного боку, публічно-правове забезпечення має бути спрямованим на створення необхідних умов для економічно-ефективного і соціально спрямованого функціонування підприємницьких структур, а з іншого — на припинення можливих з боку останніх правопорушень і злочинів [270, с. 23].

2.4. Підприємницькі правовідносини у структурі предмета регулювання приватного права України

Характеризуючи історичне співвідношення між цивільним і публічним правом станом первинної їх об'єднаності, з якого (стану) вони поступово виходять шляхом повільного історичного процесу, Ю. С. Гамбаров зазначав, що одним із суттєвих моментів у цьому процесі був момент переходу від натурального господарства до грошового. На рахунок цього моменту, на його думку, мають відноситися радикальні зміни в усіх майнових інститутах цивільного права, які знаходяться у безпосередній залежності від умов господарювання. При цьому він відмічав, що на даний момент (початок ХХ ст.), з одного боку, різко проявилось прагнення до нічого, крім себе, не стримуючого індивідуалізму, а з іншого — не менш виразна тенденція до підпорядкування індивідуалізму вимогам суспільної моралі [71, с. 40].

П. П. Цитович виражав співвідношення і відмінності між цивільним і торговим правом такою короткою формулою: цивільне право роз'єднує і протиставляє людей, торгове право їх з'єднує і підпорядковує. Одне право — індивідуальне, інше — соціальне [338, с. 52].

В. Ф. Попондопуло щодо підприємницьких відносин пише так: це відносини, які регулюються цивільним (приватним) правом, учасниками яких є спеціальні суб'єкти цивільного права — підприємці. Однак на підприємців і відносини з їх участю, що регулюються цивільним правом, поширюється особливий правовий режим [242, с. 18—19].

Поруч з нормами права, які складають інститути торгового права, підприємницьке право включає в себе також норми аграрного, будівельного, транспортного, банківського, страхового права та інших інститутів цивільного права. Таким чином, підприємницьке право — це підгалузь цивільного (приватного) права, поруч з такими його підгалузями як речове право, зобов'язальне, спадкове, сімейне, міжнародне приватне право. Торгове право — це лише один з інститутів підприємницького права [242, с. 19].

Не погоджуючись із включенням Л. В. Андрєєвою до предмета торгового права відносин з державного регулювання обороту товарів, В. Ф. Попондопуло зазначає, що ці відносини є предметом публічного права. І справа тут у тому, що діяльність з реалізації товарів як вид підприємницької діяльності опосередковується різними за природою відносинами: 1) торговими відносинами, пов'язаними зі здійсненням діяльності з реалізації товарів, які становлять предмет цивільно-правового регулювання (торгового права) та 2) відносинами, пов'язаними з державним регулюванням діяльності з реалізації товарів, що становить предмет публічного права. Відносини між підприємцями та органами держав-

ної влади, засновані на владі і підпорядкуванні, хоча і мають майновий зміст (наприклад податкові відносини), все ж не належать до підприємницьких, у даному разі торгових відносин [242, с. 20]. Співвідношення підприємницького, включаючи торгове право, і цивільного права у різних країнах може мати особливості, які зумовлюються належністю країн до тієї чи іншої системи (сім'ї) права, але, незважаючи на деякі особливості національного характеру, підприємницьке і торгове право залишаються структурними елементами приватного права [242, с. 21].

Питання правової природи підприємницьких відносин входило до кола наукових інтересів видатних науковців Російської імперії, серед яких були і викладачі Київського університету св. Володимира, вже в другій половині XIX — на початку XX ст. Саме тоді зароджувалась і досягла свого апогею дискусія щодо предмета торгового права та його місця в системі законодавства і юридичній науці. Так, П. П. Цитович зазначав, що за своїм змістом торгове право ближче всього до цивільного права, воно, певною мірою, є спеціальним цивільним правом. Однак, порівняно з цивільним правом, зміст торгового права більш однорідний та односторонній. Ті інститути цивільного права, в основі яких лежить принцип жертви (безоплатність), не притаманні торговому праву (сімейне, спадкове право, дарування в усіх його видах). У торговому праві діє начало: *roug rien — rien*. Звідси — процентність у цивільному праві буває лише оговорена і штрафна; у торговому праві навпаки: процентність мається на увазі, оговорена безпроцентність правочину затемнить його торговий характер. Торговому праву не властиві інститути, що найбільше піддаються впливу історичного минулого, впливу національних особливостей, релігії, політичного устрою країни [339, с. 166—167].

Натомість Г. Ф. Шершеневич писав, що як частина цілого торгове право перебуває у тісному зв'язку з цивільним правом. Перше і друге право мають своїм предметом норми, які регулюють приватні відносини громадян держави. Якщо торговий оборот, внаслідок певних обставин, має норми, непритаманні цивільному обороту і навіть прямо протилежні нормам цивільного права, то, крім цих спеціальних і виняткових норм, торгівлі відносини регулюються загальноцивільним правом так само, як і цивільні відносини. Це природно, оскільки відносини між приватними особами, що виникають із торгового обороту, є разом з тим складовою частиною цивільного обороту. Тому торгівля, зберігаючи за собою привілеї на виключно торгові норми, водночас підпорядковується дії загального цивільного права, бо воно не відсторонено першим [349, с. 28].

Проблема співвідношення цивільних та торгових відносин у предметі приватного права отримала в правовій доктрині назву «дуалізм приватного права». Проте слід зазначити, що як прихильниками, так і критиками дуалізму приватного права не сформовано завершених кон-

цепцій, у яких би остаточно вирішувалось питання щодо доцільності і певних переваг дуалізму/монізму приватного права. Більше того, в правовій доктрині не було сформовано комплексного підходу до розв'язання визначеної проблеми, який би вказував на ключові питання, формулювання та вирішення яких надасть змогу говорити про монізм/дуалізм як характеристику приватного права.

Зважаючи на те, що сам феномен «дуалізму приватного права» є релевантним до суспільного буття (суспільних відносин), він не може мати сталих визначених меж співіснування та взаємодії двох підсистем приватного права. Саме тому, на нашу думку, головне завдання наукового дослідження цього питання і полягає у визначенні правової природи підприємницьких відносин, найважливіших базових принципів та засад взаємодії двох підсистем приватного права (цивільного та підприємницького).

Слід зазначити, що у класичному вигляді (у класичній постановці) питання дуалізму приватного права зводилось виключно до питання про необхідність та доцільність поділу приватного права на власне цивільне та торгове (комерційне, господарське) право. На методологічному рівні це питання, з одного боку, мало прихильників, які вважали приватне право моністичним і пропонували не виокремлювати питання торгового права із приватного. З іншого боку, їхні опоненти на підставі твердження про перманентне ускладнення суспільних відносин доводили необхідність виокремлення із цивільного права торгового.

Проблема правового регулювання відносин між торговцями актуалізована, перш за все, самими учасниками цих відносин, породжена практикою. Тому необхідно з'ясувати, які ж саме відносини і між якими суб'єктами за своїм змістом є торговими (комерційними, підприємницькими) і якими характерними рисами (ознаками) вони володіють чи мають володіти, яка їхня правова природа.

П. П. Цитович торгівлю розглядав у вузькому та широкому сенсі. Під торгівлею у вузькому сенсі він розумів торгівлю товарну. Її учасники — купці; її основні правочини — купівля і продаж; її предмет — товари-рухомості тілесні. В такій торгівлі торговець купує (скуповує) товар у іншого (виробника чи такого самого торговця) з розрахунком продати цей товар із вигодою. За таких умов товаром рід стає і залишається ним у торговця; бути товаром вона перестає, коли доходить до споживача. У товарній торгівлі торговець діє між виробником і споживачем; він просуває, обертає товар від першого до останнього, але товар залишається незмінним. Також П. П. Цитович зазначав, що товаром можуть бути деякі із речей-рухомостей безтілесних і вбачав їх предметом торгівлі банкірської. Отже, у вузькому сенсі він виділяв товарну і банкірську торгівлю. У широкому ж сенсі — торгівлю товарну, але зі зміною товару в його формі і складі. Торговці у цій торгівлі — фабриканти, заводчики і ремісники (з певними обмеженнями).

Такий торговець або:

а) придбаває (купує) і збуває (продає, поставляє), але збуває вже після того, як придбаний ним товар ним же (на його фабриці, заводі, у майстерні) піддавався змінам у вигляді обробки або переробки;

б) піддає зміні чужі речі, чужі товари; вони надані (але не передані) йому лише для зміни, і тому після обробки або переробки підлягають поверненню.

У першому випадку здійснюються ті самі торгові обороти, але ускладнені обробкою або переробкою; у другому — торгові обороти отримують вигляд підприємництва [339, с. 159—160].

Таке розуміння П. П. Цитовичем змісту торгових відносин, звичайно, ґрунтувалося на торговій практиці, що склалася в часи його наукових пошуків, та законодавстві Російської імперії початку ХХ ст.

Сучасна правова доктрина України не містить єдиного визначення комерційної чи підприємницької діяльності, а щодо змісту і співвідношення цих понять та їхньої правової природи триває наукова дискусія.

Ще у 1996 р. А. С. Довгерг наголошував на тому, що у будь-якій країні не існує жодних підстав — ні економічних, ні юридичних — для створення двох кодексів: Цивільного та Комерційного. Причому він говорив про Комерційний кодекс у розумінні його приватноправової природи як додатка до Цивільного кодексу, а не в розумінні наших українських «господарників» як симбіозу публічних і приватних норм. Дуалізм у приватному праві має своє коріння у середньовіччі, сьогодні ж ця ідея світом не сприймається. Щодо проекту українського Господарського (Комерційного) кодексу, то його концепція, на думку науковця, протилежна відкритій ринковій економіці, до якої крокує Україна. І дійсно, у ХХ ст. не було розроблено жодного оригінального торгового кодексу. А в двох країнах Європи — Франції та Німеччині, де формально існують торгові кодекси, вони не мають широкого практичного вжитку і значення, тому що їх замінили окремі закони про право компаній, цінні папери, банкрутство тощо, які доповнюють існуючі цивільні кодекси. Ці закони, скажімо, у Франції, систематизовані у збірнику, який має назву «Комерційний кодекс», але це не кодифікація в нашому розумінні, а збірник законів у галузі комерційних відносин [77, с. 13—14].

Чинне законодавство України сьогодні містить значну кількість норм, що регулюють підприємницькі відносини саме публічно-правовими методами (способами). Наприклад, Н. С. Кузнецова зазначає, що правове регулювання підприємництва потребує адекватної регламентації як у сфері функціонування горизонтальних відносин (правового статусу учасників, режиму належного їм майна, договорів, які ними укладаються, тощо), що забезпечується нормами приватного права, так і у сфері державного регулювання цієї діяльності (державної реєстрації, ліцензування, квотування, економічної конкуренції тощо), яке забезпечується нормами публічного права [170, с. 324].

Так само Я. М. Шевченко підкреслює, що сферу підприємництва охоплюють як норми, засновані на диспозитивності та рівності, тобто норми цивільного права, так і норми, засновані на застосуванні примусу, реалізації засад влади і підпорядкування, тобто адміністративно-правові та близькі до них норми [347, с. 351].

Цікавою видається точка зору Б. І. Пугінського, який підкреслює, що комерція є одним із видів підприємництва, однак у науці і законодавстві під комерційним правом розуміють приватноправові норми. За кордоном комерційне право визнають як систему норм виключно приватного права. Ні як галузь публічного, ані як суміш норм приватного і публічного характеру комерційне право не може мати жодних підстав для самостійного існування [271, с. 27].

Про приватноправову природу підприємницьких відносин та підприємницьке право як право цивільне писав О. А. Пушкін. Зокрема він зазначав: треба чітко розуміти, що ринкова економіка, яка становить базис нової України як правової держави, — це економіка, де головними фігурами є фізичні особи і створювані ними юридичні особи, а також об'єднання цих юридичних і фізичних осіб, діяльність котрих базується на засадах свободи особи, свободи совісті, свободи договору і підприємництва. Право, що регулює діяльність цих осіб на зазначених принципах, і є суто цивільне право як право приватне [270, с. 22—23].

Необхідність усвідомлення та визнання самих підприємницьких відносин невід'ємною частиною приватноправової матерії регулювання суспільних відносин викликано, перш за все, суспільно-історичним розвитком економічних відносин на сучасному етапі, зокрема в Україні. Адже недоцільно і неможливо розривати «внутрішній» зв'язок ринкового середовища і підприємницьких відносин, що опосередковані ним. Зокрема, як зазначають російські цивілісти: «...Динамику розвитку сучасного частного права, задает его объективная связанность с институтом частной собственности, объем заложенных в нее возможностей, степень неприкосновенности и гарантии защиты являются катализатором развития частного права в обществе... Вторым направлением концептуального развития является правореализационная политика в области частного права. Связана она с синхронным движением одновременно с эволюцией рыночной экономики, потребности которой по большому счету и «обслуживает» частное право» [74, с. 27].

Про доцільність віднесення норм, якими б регулювались підприємницькі відносини, до цивільного права наголошує і С. П. Головатий. Він зазначає: основою регулювання ринкових відносин в умовах формування змішаної економіки в Україні має стати новий Цивільний кодекс. Розвиваючи демократичні засади Конституції України, Цивільний кодекс покликаний створити і забезпечити створення і функціонування правових засад ринкової економіки. ... Як кодифікований акт приватно-

го права цей Кодекс визнає факт юридичної рівності усіх суб'єктів майнових відносин, фізичних і юридичних осіб [77, с. 12].

Стосовно місця підприємницького (підприємницьке він ототожнює з комерційним) права в системі приватного права В. Ф. Попондопуло зазначає, що віднесення комерційного права до приватного права ставить питання про його співвідношення з цивільним. Підсумовуючи своє дослідження даного питання, він вказує, що комерційне (підприємницьке) право — це приватне право, складова (хоч і специфічна) частина цивільного права. Необхідність регламентованого публічно-правового втручання у сферу приватних відносин сама по собі не викликає заперечень. Однак це не вимагає оформлення спеціальної правової галузі, оскільки відповідні норми права мають різногалузевий характер [241, с. 22].

Цивільним правом О. А. Бурбело називає право особи на підприємницьку діяльність, яке забезпечує йому певною мірою свободу та недоторканність. Відносини, що виникають у зв'язку зі здійсненням цього виду діяльності, є складовою частиною предмета цивільно-правового регулювання. Вони регламентуються як загальними, так і спеціальними нормами цивільного законодавства, загальними та спеціальними нормативними актами. При цьому цікавою є його точка зору, згідно з якою він значною мірою ототожнює комерційну діяльність і підприємництво. Підприємницька діяльність, пише О. А. Бурбело, в економіці ґрунтується на одержанні прибутку, хоча і не зводиться лише до цього. Частина діяльності підприємця, що безпосередньо пов'язана з одержанням прибутку, утворює комерційну діяльність. Очевидно, така позиція науковця ґрунтувалась на чинному в певний час законодавстві. Однак нині одержання прибутку як мета є законодавчо встановленою ознакою підприємництва. Тому нині методологічно неправильним буде виділення комерційної діяльності з обсягу поняття «підприємницька діяльність» виключно на підставі ознаки — мети одержання прибутку. При цьому О. А. Бурбело зауважує, що комерційне право не є самостійною галуззю права, а являє собою частину цивільного права, спеціальне вивчення якої викликало практичний інтерес [61, с. 3—4, 11].

Так само В. М. Попович зауважує, що підприємницькі відносини є складовою частиною цивільно-правових відносин. Аналізуючи підприємницькі відносини, він зауважує, що серед суспільних відносин цивільно-правові відносини посідають чільне місце. Вони пов'язані з належністю, набуттям, володінням, користуванням та розпорядженням майном. Регулюються майнові відносини переважно цивільним правом. Разом з тим певні аспекти цих відносин регулюються також суміжними галузями права, такими як земельне, родинно-шлюбне, адміністративне, фінансове, кримінальне та іншими. До цивільно-правових відносин належать також особисті немайнові відносини у зв'язку зі здійсненням особистих прав, які поділяються на особисті права, пов'язані з майнови-

ми відносинами (авторське право), та особисті права, які виникають та існують незалежно від майнових, тобто прямо не пов'язані з останніми (право на ім'я, честь, гідність, таємницю листування тощо). Отже, регулювання зазначених видів майнових і особистих немайнових відносин між юридичними особами, між громадянами і юридичними особами та між громадянами і є предметом галузі цивільного права. Відносини між згаданими вище суб'єктами з приводу обороту товарів, надання послуг, виготовлення науково-технічної продукції тощо є тим, що складає зміст економічного обороту в суспільстві. Регулювання економічного обороту цивільно-правовими методами В. М. Попович називає цивільним оборотом. У процесі цивільного обороту його учасники вступають між собою в майнові або особисті немайнові суспільні відносини, звідси і впливає їхня назва — цивільно-правові відносини. Таким чином, підсумовує В. М. Попович, цивільно-правові відносини — це ті суспільні відносини, що виникають у процесі цивільного обороту між його учасниками [259, с. 19—20].

Така позиція В. М. Поповича видається певною мірою необґрунтованою. Адже оборот — це відносини з відчуженням або придбанням тих чи інших благ. Проте не всі блага, що є предметом регулювання цивільного права, насамперед — немайнові, можуть відчужуватись. Наприклад, не може бути відчуженим право на ім'я. Тому дещо перебільшеним є зведення цивільних правовідносин до відносин цивільного обороту.

У російській системі права та законодавства, а також у правовій доктрині місце підприємницького права, підприємницьких відносин визначено значною мірою точніше. Наприклад, ст. 2 ЦК РФ визначено, що цивільне законодавство регулює відносини між особами, які здійснюють підприємницьку діяльність, або за їхньої участі. Таким чином, предметом цивільного права є відносини між підприємцями, а також між підприємцями та іншими суб'єктами цивільного права. Відповідно, В. Ф. Попондопуло зауважує, що російський законодавець комерційними (підприємницькими) відносинами називає два види відносин: цивільно-правові, в яких на обох сторонах беруть участь підприємці (наприклад, ст. 310 ЦК РФ), та цивільно-правові, в яких підприємець бере участь лише на одній стороні (наприклад, ст. 401 ЦК РФ). Інакше кажучи, резюмує російський науковець, російська доктрина у визначенні того, що є комерційним правом, виходить не з об'єктивного критерію виділення комерційних відносин як предмета правового регулювання самостійної галузі права, а із суб'єктивної (особистісної) ознаки. Комерційні відносини — це відносини, які регулюються цивільним правом, учасниками яких є спеціальні суб'єкти цивільного права — підприємці. На підприємців та відносини за їх участі в рамках цивільного права поширюється особливий нормативно-правовий режим [148, с. 5].

Отже, виходячи з розуміння підприємницької діяльності як такої, що характеризується самостійністю та рівністю її суб'єктів, ініціатив-

ністю, систематичністю, ризикованістю, можна упевнено стверджувати, що підприємницькі відносини є приватноправовими і тому не слід змішувати їх з іншими відносинами, у які підприємці чи особи, що мають намір стати підприємцями, вступають із суб'єктами владних повноважень. Такими «супутніми» підприємницькими відносинами можуть бути відносини з реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності, отримання ним різноманітних дозвільних документів відповідно до обраного виду діяльності, що виникали у ході здійснення контрольно-наглядових функцій органами влади, податкові відносини. Тобто відносини, які мають характер влади-підпорядкування. Не слід також змішувати підприємницькі відносини з корпоративними, учасники яких об'єднують свої ресурси для досягнення спільної мети.

Однак, визначивши підприємницькі відносини як приватноправові, на цьому етапі дослідження важко однозначно визнати їх предметом цивільного права та покласти їх регулювання виключно на Цивільний кодекс. Адже, з одного боку, значна кількість провідних вчених-цивілістів вказували і вказують на доцільність регулювання підприємницьких відносин нормами саме Цивільного кодексу, проте ми з'ясували, що відносини між підприємцями мають свої особливості порівняно з відносинами класичного цивільного права. Саме тому в подальших дослідженнях слід детально з'ясувати та розкрити особливості підприємницьких відносин, що дасть змогу належним чином визначити можливість їх регулювання нормами ЦК України або ж визнати необхідність створення відповідного спеціального приватноправового акта законодавства.

2.5. Суб'єкти підприємницької діяльності як основний елемент підприємницьких правовідносин

Перехід до ринкової економіки на початку 90-х років минулого століття поставив перед законодавцем складне завдання розробки та впровадження правового регулювання діяльності суб'єктів економічних відносин. Зміна пріоритетів у визначенні форм власності, визнання права приватної власності на засоби виробництва створила ситуацію, коли передбачених чинним законодавством організаційно-правових форм здійснення діяльності з виготовлення та/або реалізації продукції (товарів) стало явно недостатньо. Державні і казенні підприємства, колективні господарства вже не могли забезпечити належної інфраструктури цивільного обороту.

Держава взяла курс на вихід зі значної кількості галузей економіки. Перш за все відбувалася мала приватизація, що повинна була забезпечити населення якісними послугами, створивши конкурентне середовище, в яке вільно могли б входити особи, які бажають займатись підприємницькою діяльністю. На цьому рівні потрібно було передбачити такі

організаційно-правові форми підприємницької діяльності, які б давали змогу громадянам за незначних капіталовкладень здійснювати свою підприємницьку ініціативу.

Великі промислові підприємства також змінювали власника. Однак якщо участь держави в економіці на той час була достатньо врегульована, то стосовно суб'єктів, що мали стати власниками великих виробництв, виникла потреба у розробці нової законодавчої бази. Було впроваджено такі організаційно-правові форми юридичних осіб, які давали змогу концентрувати капітал (у тому числі й приватизаційні папери) значної кількості осіб для участі в середній та великій приватизації. Такими формами, перш за все, стали акціонерні та інші товариства. Створення таких суб'єктів ринкової економіки загалом відповідає практиці економічно розвинутих країн. Однак було запроваджено й інші форми господарювання, наприклад орендне підприємство. Правова природа деяких суб'єктів підприємницької діяльності так і не була усвідомлена законодавцем та, за великим рахунком, і самими підприємцями.

У зв'язку з цим почали вестись наукові розробки, які стосувалися поняття підприємницької діяльності та її суб'єктів. Однак в юридичній науці залишається недослідженим ряд проблем, пов'язаних із визначенням організаційно-правових форм підприємницької діяльності. Тому нашою метою є з'ясування основних підходів та проблем визначення та класифікації суб'єктів підприємництва у цивільному та господарському праві.

Як зауважує В. М. Попович, підприємець — одна з вирішальних постатей в економіці, яка функціонує за принципом ринкових відносин. Ринок можливий лише за умови існування підприємництва, його безпосереднього відтворення, розвитку. Перехід від планово-адміністративного управління економікою до регулювання, заснованого на принципах ринкового типу економіки, потребує формування відповідних ринкових інститутів, у ролі яких виступають суб'єкти фінансово-господарських відносин. Ініціативне, самостійне і творче поєднання фінансових коштів, матеріальних і нематеріальних засобів інтелектуальної власності, активів і робочої сили у новому товарі — промислово-торгівельній діяльності і складає зміст підприємницької діяльності. У вияві ініціативної, самостійної, творчої діяльності виявляється основний зміст підприємництва. Воно має за мету, з одного боку, отримання прибутку чи збільшення особистого доходу в результаті застосування новітніх комерційних, організаційних технологій, розвитку нових видів, методів виробництва, благ та послуг, опанування нових сфер застосування капіталу; з іншого — найбільш ефективне використання виробничих ресурсів [259, с. 83].

Неоднозначною є позиція О. А. Бурбела стосовно поділу комерсантів на категорії: комерсанти за обов'язком, комерсанти за необхідністю та комерсанти за власним бажанням, комерсанти в силу своїх прав. Загалом позиція цього науковця з приводу суб'єктів комерційної діяльності

становить інтерес з огляду на фактичну тотожність його розуміння комерційної діяльності з нинішнім визначенням підприємницької діяльності. Він, зокрема, зазначає, що комерсанти за обов'язком — це особи, які займаються основними видами торгової діяльності. Серед них: кредитні та страхові установи, торгові агенти, експедитори, торгові маклери, видавництва, книжкові магазини, друкарні.

До комерсантів за необхідністю і комерсантів за власним бажанням він відносить осіб, внесених до торгового реєстру. Серед перших — власники підприємств, що не належать до категорії торгових, але вимагають статусу торгових підприємств за видом і обсягом діяльності (наприклад, великі кустарі, власники будівельних підприємств, цегельних заводів, санаторіїв, готелів, торговці земельними ділянками, власники довідкових бюро. Серед комерсантів за власним бажанням є власники сільськогосподарських підприємств, яким за родом діяльності може знадобитися статус торгового (фермери, власники млинів).

До комерсантів у силу своїх прав О. А. Бурбело зараховує юридичних осіб, які займаються комерційною діяльністю. До них належать усі товариства капіталу (господарчі товариства), у тому числі акціонерні товариства після занесення їх до торгового реєстру [61, с. 12].

Така класифікація комерсантів (підприємців) має, скоріше за все, економічне підґрунтя. Отже, у зв'язку з широким спектром видів економічної активності у вільних економічних системах, така класифікація має, як це не парадоксально, певний безсистемний характер — з неї не зрозуміло, чому в одних пунктах класифікації йдеться про власників підприємств, в інших — про установи, а в третіх — про юридичні особи. З точки зору правового регулювання такий підхід не є виправданим. Адже у правові відносини може вступати суб'єкт права — особа, що наділена загальною, а стосовно підприємництва — спеціальною правосуб'єктністю. Власники підприємств не завжди можуть вступати у підприємницькі відносини. Зокрема акціонери, як правило, не можуть укладати договори від імені юридичної особи, відповідати за її зобов'язанням або ж вступати від її імені в суді. Так само викликає сумнів і застосована у наведеній класифікації термінологія: комерсанти за обов'язком, за необхідністю, за власним бажанням, у силу своїх прав. Нині підприємницька діяльність визначається як самостійна, ініціативна, систематична на власний ризик діяльність. Отже, для правильного визначення та класифікації кола суб'єктів підприємницьких відносин слід враховувати, перш за все, саме визначення підприємницької діяльності, закріплене у чинному законодавстві. Тому неприйнятною для цілей правового регулювання підприємницької діяльності є класифікація підприємців на такі види, які суперечать принципам самостійності та ініціативності підприємництва — комерсанти за необхідністю, за обов'язком, у силу своїх прав.

Ю. В. Яковлев також зауважує, що основне концептуальне начало у підприємстві — це свобода. Без неї підприємство неможливе,

а якщо і можливе, то воно не може бути мобільним, здатним швидко пристосовуватись до умов ринку, а отже, і конкурентоспроможним. Але якщо свобода — усвідомлена необхідність, яку особа реалізує в суспільстві, то необхідно рахуватися з інтересами суспільства, з інтересами держави та інших осіб. Беручи на себе тягар турботи про всіх, інколи і без потреби, держава бере на себе обов'язок встановлювати рамки та умови реалізації такої свободи. Для того щоб суб'єкт міг реалізуватися в підприємництві відповідно до своїх стартових можливостей (наявного капіталу чи іншого майна, професії, особистих якостей тощо), чинне законодавство має не лише закріплювати й гарантувати право на зайняття підприємництвом, а й пропонувати суб'єкту можливі організаційно-правові форми зайняття підприємництвом [148, с. 14]. Отже, безпідставно говорити про підприємництво за необхідністю, оскільки це суперечить сутності підприємництва як вільної діяльності. Крім того, як правильно зауважив Ю. В. Яковлев, необхідно розуміти, що запровадження тих чи інших організаційно-правових форм юридичних осіб повинно відповідати потребам базисних (економічних) відносин. При цьому, з огляду на різні стартові можливості, різні масштаби та організаційні умови того чи іншого виду підприємництва, слід забезпечити існування таких організаційно-правових форм, які б відповідали потребам усього спектра підприємництва. Водночас різноманіття організаційно-правових форм потребує їхнього чіткого і однозначного правового регулювання. Перш за все, це стосується статутних меж майнової відповідальності суб'єктів підприємництва, порядку їх заснування, участі в управлінні ними, виходу з них, їх ліквідації. Всі ці аспекти можуть регулюватися різними галузями права. Однак якщо стосовно товариств прийнято на сьогодні відповідні закони, то деякі інші організаційно-правові форми підприємництва залишаються в окремих аспектах неврегульованими, наприклад — приватне підприємство. Так, на практиці виникають проблеми з покладенням на приватне підприємство цивільної майнової відповідальності у зв'язку з невизначеністю майна, на яке в даному випадку може бути накладено стягнення, невизначеністю розмірів статутного фонду. Такі прогалини у законодавстві негативно впливають не лише на окремі правовідносини, а й на розвиток економіки у цілому. Адже присутність на ринку учасників, правовий статус яких недостатньо визначений, понижує інвестиційну привабливість економіки.

О. А. Бурбело зазначає, що усі цивільні відносини, як і відносини у комерційній діяльності, є конкретними, тобто відносинами, що складаються між певними учасниками-суб'єктами. Суб'єкти даних відносин виступають носіями певних прав та обов'язків і діють як особливі соціальні фігури — власники майна, продавці та покупці майна, спостерігачі та наймачі, автори творів мистецтва, літератури, науки тощо. До таких осіб він відносить громадян, організації та державу. Серед організацій він виділяє державні підприємства, господарчі товариства та об'єднання

громадян. Правове становище суб'єктів цих правовідносин визначається їхньою правоздатністю та дієздатністю [61, с. 28].

Значну увагу дослідженню особи підприємця приділяє Н. О. Саніахметова. Вона вважає, що важливе значення має визначення суб'єкта підприємницької діяльності. У законодавстві України відсутнє легальне визначення поняття «підприємець», законодавець обмежився перерахуванням кола суб'єктів підприємницької діяльності. При цьому нерідко вживаються як синоніми: «підприємець», «ділова людина», «бізнесмен», «господарюючий суб'єкт». Розглядаючи співвідношення понять «підприємець» та «господарюючий суб'єкт», вчена зауважує: якщо виходити з буквального тлумачення терміна «господарюючий суб'єкт», то він є ширшим, ніж «суб'єкт підприємницької діяльності», оскільки господарюючий суб'єкт здійснює не тільки підприємницьку, а й господарську діяльність, що не є підприємницькою [286, с. 176, 182].

За ознакою форми власності О. А. Бурбело поділяє юридичні особи на засновані на власності окремої юридичної особи, на колективній, державній (комунальній) власності та на змішаній формі власності. А за характером діяльності — на комерційні і некомерційні, при цьому до комерційних віднесено суб'єкти підприємництва, тобто організації, метою діяльності яких є одержання прибутку. Серед юридичних осіб він вирізняє прості та складні, материнські та дочірні. До простих належать підприємства, засновані на власності окремих юридичних осіб, на об'єднаному майні кількох фізичних осіб, а також підприємства та організації державної (комунальної) власності, громадські організації. Складними юридичними особами вважають об'єднання юридичних осіб [60, с. 30]. Н. О. Саніахметова здійснює основний поділ суб'єктів підприємництва на фізичних та юридичних осіб, що у цілому відповідає концепції поділу суб'єктів цивільного права [286, с. 182].

За ознакою структурної побудови О. А. Бурбело поділяє юридичні особи на організації, засновники яких (а в окремих випадках і особи, які брали участь в утворенні їхнього майна) входять до складу даних організацій, та організації, засновники яких не входять до їхнього складу. До першої групи віднесено усі підприємства, засновані на поєднаному майні кількох фізичних або юридичних осіб, громадські та професійні організації, релігійні організації, складні юридичні особи. Другу групу утворюють усі державні підприємства та інші державні організації, у тому числі установи і підприємства, засновані на власності окремої фізичної особи. Сюди належать усі підприємства та установи, створені громадськими, професійними та подібними до них організаціями, їхніми об'єднаннями, а також дочірні підприємства [61, с. 31].

О. А. Бурбело також здійснює класифікацію юридичних осіб за характером права підприємців на майно створеної ними юридичної особи. Тут він розрізняє юридичні особи, стосовно майна яких засновники мають лише обов'язкові (очевидно, зобов'язальні. — В. М.) права; юридич-

ні особи, стосовно майна яких їхні засновники зберігають право власності на це майно; юридичні особи, стосовно майна яких їхні засновники не мають жодних прав. До першої групи належать усі підприємства, засновані на об'єднаному майні кількох фізичних або юридичних осіб. До другої групи — державні підприємства та інші державні організації, підприємства, засновані на власності окремих фізичних осіб. До цієї групи також входять дочірні підприємства, підприємства та установи, створені громадськими, професійними, релігійними і подібними до них організаціями та об'єднаннями. До третьої групи — об'єднання громадян (громадські організації та політичні партії), професійні, релігійні та подібні до них організації [61, с. 31].

Залежно від правового статусу суб'єктів підприємництва В. М. Попович поділяє підприємницьку діяльність на дві великі категорії: індивідуальне підприємництво фізичних осіб та підприємництво юридичних осіб. Він зауважує, що індивідуальна підприємницька діяльність фізичних осіб (громадян) без утворення юридичної особи являє собою найпростішу форму підприємництва. Вона здійснюється громадянами від свого імені, на власний ризик, історично і логічно передуює розвитку більш складних форм підприємництва, що наділені власною правосуб'єктністю, відмінною від правосуб'єктності їх засновників [259, с. 93—94].

В. Ф. Попондопуло зазначає, що підприємець — це особа, яка здійснює підприємницьку діяльність. Факт здійснення особою підприємницької діяльності є підставою визнання особи особливим суб'єктом цивільного права — підприємцем і зумовлює необхідність висунення до її діяльності особливих вимог з боку законодавця. Цікаво, що російському законодавству, де комерційне право не виділено з цивільного і збережено єдину систему приватного права, не відоме формально-юридичне визначення підприємця. Разом із тим у ньому міститься велика кількість норм і навіть інститутів права, які передбачають спеціальні правила щодо організації і діяльності осіб, які здійснюють підприємницьку діяльність. В. Ф. Попондопуло зауважує, що визнання за особою статусу підприємця є важливим юридичним фактом і тягне за собою певні юридичні наслідки. По-перше, правочини, вчинені підприємцем, презюмуються пов'язаними з його підприємницькою діяльністю і кваліфікуються як торгові, тобто підпадають під дію спеціального режиму правового регулювання. По-друге, визнання за особою статусу підприємця покладає на неї ряд спеціальних обов'язків і надає їй додаткових прав. Накладення додаткових обов'язків, які підпорядковують підприємця більш суворому режиму, переслідує мету забезпечення інтересів інших осіб, які взаємодіють з підприємцем. Надаючи ж підприємцю додаткових прав, законодавець закріплює за ним певні переваги. Наприклад, комерційні організації мають виключне право на використання фірмового найменування [148, с. 48—49].

Інша російська дослідниця, Н. В. Ростовцева, зауважує, що під комерційними організаціями розуміються такі юридичні особи, які як основну мету своєї діяльності переслідують отримання прибутку. Перелік організаційно-правових форм, у рамках яких можуть здійснювати свою діяльність комерційні організації, чітко визначено законодавством. До комерційних організацій ЦК РФ відносить повне товариство, товариство на вірі (командитне товариство), товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, виробничий кооператив, державне (муніципальне) унітарне підприємство [260, с. 35].

Можливо, розбіжності у цивільно-правовому та господарсько-правовому розумінні поняття «підприємство» виходять з відмінностей у підходах. ГК України має на меті врегулювати суспільні відносини, виходячи з кінцевої мети — створення певного матеріального блага. За такої умови, дійсно, підприємство є достатнім утворенням для здійснення певних господарських завдань. Натомість ЦК України не має на меті регулювання відносин з виготовлення певного блага, якщо ці відносини не стосуються двох правосуб'єктних осіб. Тому, з точки зору цивільного права, підприємство не є суб'єктом правовідносин. Навпаки, суб'єкти — юридичні і фізичні особи можуть володіти кількома підприємствами, які здійснюють різну виробничу діяльність, проте у правовідносинах від їхнього імені виступає саме власник цих майнових комплексів. ЦК України не регулює відносини з приводу розподілу матеріальних цінностей, таких як засоби виробництва, сировина, між підприємствами, що належать одній юридичній особі.

Отже, в розумінні ГК України підприємство є суб'єктом здійснення певних господарських, виробничих операцій, тоді як юридичні особи, з точки зору ЦК України, є суб'єктами правовідносин. В умовах ринкової економіки видається недоцільним втручання держави у внутрішню діяльність юридичних осіб приватного права, якщо це не зумовлено вимогами забезпечення здоров'я населення та екологічної безпеки. У діяльність же юридичних осіб публічного права держава може втручатись на підставі повноважень власника.

Ю. В. Яковлев правильно зауважує, що існує потреба пристосувати передові чи виправдані організаційно-правові форми підприємництва до нинішніх потреб ринку і відобразити це у чинному законодавстві. Але нові теоретичні розробки можуть так і залишитись неприйнятими, якщо в них не будуть заінтересовані суб'єкти самих правовідносин — без суб'єкта останніх не буває. Саме суб'єкти права повинні реально мати змогу в найбільш прийнятних для себе формах реалізувати свої права та законні інтереси. Якщо запропонована правова форма не враховує інтереси суб'єктів права, а тим більше — товаровиробників, вона на практиці або не реалізується й є мертвонародженою, або «працює» неповною мірою. Самоорганізація суб'єкта діяльності, особливо господарської (підприємницької), в тому числі при кооперації, повинна враховувати

не тільки загальні інтереси суспільства, а й індивідуальні інтереси окремих його суб'єктів і, перш за все, фізичних осіб. При цьому автор зауважує: через консерватизм може проявлятися тенденція щодо намагання за будь-яку ціну зберегти ті правові категорії, що пройшли тривале випробування часом, наприклад «підприємство», а разом з тим і традиційні методи управління економікою [354, с. 8—9]. І дійсно, як зазначалось вище, конструкція «підприємство» застосовується сьогодні, але застосовується неоднозначно. Це обумовлюється, перш за все, тим, що попри модернізацію розуміння цього поняття у цивільному праві та законодавстві, господарсько-правове його розуміння ґрунтується на традиціях планового управління економікою.

Однак слід зауважити, що і в ЦК України йдеться про підприємства як суб'єкти цивільних відносин. Зокрема це дочірні підприємства, державні підприємства та комунальні підприємства як юридичні особи публічного права, роздрібні комісійні торговельні підприємства, підприємства зв'язку та транспорту, підприємство-орендодавець у договорі оренди житла з викупом.

Видається за необхідне усунути з чинного законодавства норми, які передбачають подвійне трактування поняття «підприємство». З огляду на те, що організаційно-правові форми юридичних осіб як суб'єктів приватноправових відносин визначаються, перш за все, нормами ЦК України, вважаємо за доцільне подальше закріплення розуміння поняття «підприємство» як об'єкт, а не як суб'єкт права власності. Для цього, наприклад, термін «дочірнє підприємство» можна замінити терміном «дочірнє товариство». Згідно зі ст. 83 ЦК України юридичні особи можуть створюватись у формі товариств, установ та інших формах, встановлених законом. Під товариством тут розуміється організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Причому товариство може бути створене однією особою, якщо інше не встановлено законом. Установою є організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками.

Поняття дочірнього підприємства не закріплено у ЦК України. Натомість, ч. 8 ст. 63 «Види та організаційні форми підприємств» ГК України зазначено, що у випадках існування залежності від іншого підприємства, передбачених ст. 126 цього Кодексу, підприємство визнається дочірнім. Стаття 126 ГК України визначає статус асоційованих підприємств та холдингових компаній. В ній зазначено, що асоційовані підприємства (господарські організації) — це група суб'єктів господарювання — юридичних осіб, пов'язаних між собою відносинами економічної та/або організаційної залежності у формі участі в статутному капіталі та/або управлінні. Про наявність простої та вирішальної залежності має бути зазначено у відомостях державної реєстрації залежного (дочірнього) під-

приємства та опубліковано відповідно до закону. Отже, участь у статутному капіталі та/або управлінні є визначальною категорією для розуміння поняття «дочірнє підприємство», закріпленого ГК України.

У ДК 002:2004 «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» з посиланням на статті 63, 126 ГК України дочірнє підприємство визначається як підприємство, єдиним засновником якого є інше підприємство (підприємство, залежне від іншого) [84]. Однак у ст. 126 зазначено, що залежність підприємства для визнання його дочірнім може бути простою або вирішальною. Проста залежність між асоційованими підприємствами виникає у разі, якщо одне з них має можливість блокувати прийняття рішень іншим (залежним) підприємством, які мають прийматися відповідно до закону та/або установчих документів цього підприємства кваліфікованою більшістю голосів. Вирішальна залежність між асоційованими підприємствами виникає у разі, якщо між підприємствами встановлюються відносини контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого підприємства в статутному капіталі та/або загальних зборах чи інших органах управління іншого (дочірнього) підприємства, зокрема володіння контрольним пакетом акцій. Таким чином, виходячи з ч. 8 ст. 63 та ст. 126 ГК України, дочірнє підприємство не обов'язково має одного засновника. Крім того, об'єднання капіталів або участь в управлінні відповідає організаційно-правовій формі товариства, в тому числі й товариства з одним засновником. Отже, використання терміна «дочірнє товариство» замість «дочірнє підприємство» обумовлено змістом відповідних правовідносин на актуальному етапі розвитку економічних відносин та їхнього приватноправового регулювання.

У ч. 2 ст. 708 ЦК України визначається, що покупець, який придбав непродовольчі товари, що вже були в користуванні і реалізовані через роздрібні комісійні торговельні підприємства, про що він був поінформований продавцем, має право пред'явити вимоги, передбачені ч. 1 цієї статті, якщо придбані товари є істотні недоліки, не застережені продавцем. У даній нормі оборот «реалізовані через роздрібні комісійні торговельні підприємства» можна удосконалити, виключивши з нього термін «підприємства». Пропонується сформулювати його так: «...були реалізовані суб'єктами роздрібної комісійної торгівлі».

«Підприємства зв'язку», про які також йдеться у ЦК України, можна визначати як «оператори телекомунікаційних послуг», як це передбачено Законом України «Про телекомунікації». Запровадження ж поняття «підприємство—орендодавець за договором оренди житла» взагалі виглядає необґрунтованим, оскільки орендодавцем за такими договорами можуть бути і фізичні особи. Тому даний термін слід замінити та використовувати термін «особа—орендодавець за договором оренди житла» або ж просто «орендодавець за договором оренди житла».

Проведене дослідження дає змогу зробити проміжний висновок, який має окреслити подальші напрями дослідження поняття та правово-

го статусу суб'єктів підприємництва. Так, дане питання слід розглядати у світлі регулювання даної проблеми як цивільним, так і господарським законодавством. При цьому слід чітко визначити, що ж є організаційно-правовою формою юридичної особи, як це поняття співвідноситься з поняттями форм і господарювання, підприємництва, підприємства. Слід з'ясувати місце такої, передбаченої господарським законодавством, форми підприємництва, як підприємство у системі організаційно-правових форм юридичних осіб, визначити, як види підприємств співвідносяться з видами організаційно-правових форм юридичних осіб.

У ході формування законодавства про підприємницьку діяльність були запроваджені такі неоднозначні форми здійснення підприємницької діяльності, такі суб'єкти підприємницької діяльності, які є нетиповими для розвинених ринкових економік світу. Серед таких можна назвати орендні підприємства, виробничі кооперативи. Запровадження нових суб'єктів правовідносин вимагало розробки спеціального законодавства про особливості їхньої діяльності. Однак такі особливості не завжди відповідали загальним засадам цивільного та інших галузей права. В результаті у підприємницькій практиці почали виникати проблеми, пов'язані із неналежним визначенням правового статусу тих чи інших суб'єктів підприємницької діяльності, меж їхньої цивільної відповідальності, їхніх майнових та немайнових прав.

Прийняття Цивільного та Господарського кодексів України не усунуло усіх недоліків та не забезпечило стрункої системи суб'єктів підприємницьких відносин. Однак наявність такої системи є обов'язковою умовою стабільного функціонування ринкової економіки. Тому перед правовою наукою гостро стоїть питання співвідношення цивільно-правового та господарсько-правового регулювання суб'єктів підприємницької діяльності. Його вирішення є основним завданням цього дослідження.

Система українського законодавства у результаті доволі хаотичного розвитку правового регулювання підприємницької діяльності відзначається нині тим, що основи правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності визначаються двома кодифікованими актами: Господарським кодексом України та Цивільним кодексом України.

Статтею 55 ГК України передбачено, що суб'єктами господарювання є:

1) господарські організації — юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку;

2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Згідно зі ст. 80 ЦК України юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа наділяється цивільною правосдатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді.

Цікаво, що ч. 3 ст. 55 ГК України суб'єкти господарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік можуть належати до суб'єктів малого підприємництва, у тому числі до суб'єктів мікропідприємництва, середнього або великого підприємництва.

Суб'єктами мікропідприємництва є:

— фізичні особи, зареєстровані в установленому законом порядку як фізичні особи—підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України;

— юридичні особи — суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України.

Суб'єктами малого підприємництва є:

— фізичні особи, зареєстровані в установленому законом порядку як фізичні особи—підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України;

— юридичні особи — суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України.

Суб'єктами великого підприємництва є юридичні особи—суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) перевищує 250 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності перевищує суму, еквівалентну 50 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України. Інші суб'єкти господарювання належать до суб'єктів середнього підприємництва.

Як бачимо, до суб'єктів підприємництва ГК України відносить як фізичних, так і юридичних осіб. При цьому у класифікації суб'єктів гос-

подарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік, попри те, що вона міститься в загальних положеннях про суб'єкти господарювання, йдеться лише про підприємців. Такий підхід до класифікації суб'єктів господарювання не враховує існування непідприємницьких суб'єктів господарювання, які також можуть використовувати працю найманих працівників. Крім того, зайвим видається вказувати у кожній нормі, що суб'єктом того чи іншого виду підприємництва є юридична особа—суб'єкт господарювання. Адже будь-яка юридична особа, що здійснює підприємницьку діяльність, логічно є суб'єктом господарювання відповідно до норм ГК України. Ймовірною причиною такої непослідовності законодавця можна назвати відсутність чітко визначеного предмета правового регулювання ГК України та критерії відмежування його від предмета правового регулювання ЦК України.

Згідно зі ст. 56 ГК України суб'єкт господарювання може бути утворений за рішенням власника (власників) майна або уповноваженого ним (ними) органу, а у випадках, спеціально передбачених законодавством, також за рішенням інших органів, організацій і громадян шляхом заснування нового, реорганізації (злиття, приєднання, виділення, поділу, перетворення) діючого (діючих) суб'єкта (суб'єктів) господарювання з додержанням вимог законодавства. Однак це може стосуватись лише суб'єктів господарювання, в тому числі підприємництва, — юридичних осіб. Така норма обходить фізичну особу—суб'єкта підприємницької діяльності. Подальші норми ГК України, які стосуються утворення суб'єктів господарювання, так само не враховують, що фізична особа—підприємець також є суб'єктом господарської діяльності. Так, ст. 57 ГК України передбачено, що установчим документом суб'єкта господарювання є рішення про його утворення або засновницький договір, а у випадках, передбачених законом, статут (положення) суб'єкта господарювання. Очевидно, що ці вимоги не можуть стосуватись фізичної особи—підприємця. Попри це, ст. 128 ГК України передбачено, що громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи відповідно до ст. 58 цього Кодексу.

Попри спробу визначення правового статусу широкого кола суб'єктів економічних відносин, ГК України випускає з поля зору такі важливі елементи правового статусу як правоздатність та дієздатність суб'єкта, або ж правосуб'єктність. Саме наявність у того чи іншого суб'єкта правоздатності і дієздатності (разом — правосуб'єктності) визначає його можливість брати участь у правовідносинах. Наявність загальної правосуб'єктності зумовлює загальнотеоретичну можливість особи бути суб'єктом правовідносин. Однак для участі у певних видах відносин слід володіти спеціальною правосуб'єктністю. Так, для участі у цивільних

правовідносинах особі потрібна цивільна правосуб'єктність, у трудових — трудова і т. д. При цьому науковці, наприклад Н. Ф. Ментух, часто розглядають цивільну правоздатність як універсальну [207, с. 39]. Однак ГК України не містить визначення господарської правоздатності і дієздатності, безпосередньо не визначає моменту набуття суб'єктами господарювання господарської правосуб'єктності. Такий момент ми можемо лише логічно вивести з поняття суб'єкта господарювання як зареєстрованого у встановленому порядку. Таким чином, галузева господарська правосуб'єктність набувається з моменту державної реєстрації. Спеціальна ж правосуб'єктність для здійснення тих чи інших видів підприємницької діяльності, що можуть здійснюватись виключно на підставі спеціальних дозволів, набувається з моменту, з якого починає діяти такий дозвіл.

Поняття господарської правосуб'єктності не залишається поза увагою дослідників. Так, Н. Ф. Ментух визначає господарську правосуб'єктність як правову властивість господарської організації, що виражається в суб'єктивних правах і юридичних обов'язках, які надані законом та/або безпосередньо не встановлені, але необхідні для виконання господарською організацією покладених на неї функцій і завдань, господарська правосуб'єктивність спрямована на збалансування приватних і публічних інтересів [207, с. 41]. Таке визначення викликає ряд зауважень. По-перше, воно не відповідає визначенню так званої загальної правосуб'єктності, що визначається як передбачена нормами права можливість бути учасником правовідносин, елементами якої є правоздатність та дієздатність. Правоздатність є встановленою законом можливістю мати права та обов'язки, а дієздатність — можливістю їх набувати своїми діями. Тобто загальна правосуб'єктність не виражається в суб'єктивних правах і юридичних обов'язках, а лише є можливістю їх мати або набувати. По-друге, суб'єктами господарських відносин є не лише господарські організації, а й фізичні особи, що здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи. Також у цьому визначенні міститься відсилання до функцій та завдань господарської організації. Таке відсилання не вносить ясності у формулювання і має бути замінене на вказівку конкретних правовідносин, у яких особа діє за умови наявності у неї саме господарської дієздатності. По-третє, незрозуміло, як може правосуб'єктність, навіть господарська, спрямовуватись на збалансування приватних і публічних інтересів. Очевидно, що вона може бути спрямована виключно на створення правової можливості суб'єкта брати участь у певних, в даному разі — господарських, правовідносинах. Однак чи існує насправді господарська правосуб'єктність і як вона співвідноситься із правосуб'єктивністю, наприклад, цивільною чи підприємницькою?

Статтею 25 ЦК України цивільна правоздатність фізичної особи визначається як здатність мати цивільні права та обов'язки. Її мають усі фізичні особи від народження, а у деяких випадках і до нього.

Згідно зі ст. 30 ЦК України цивільною дієздатністю фізичної особи є її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Цивільну дієздатність має фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними. За загальним правилом, повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років (повноліття).

Юридична особа набуває правоздатності і дієздатності одночасно — у момент її створення і припиняється з дня внесення до Єдиного державного реєстру запису про її припинення. Юридична особа здатна мати такі самі цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині.

Цивільними правами є особисті немайнові права, право власності та інші речові права, право інтелектуальної власності. З приводу цих прав особи можуть вступати у цивільні правовідносини, в тому числі і зобов'язальні.

Виходячи з розуміння підприємницької діяльності (підприємництва) як самостійної, ініціативної, систематичної, на власний ризик господарської діяльності (діяльності з виготовлення товарів, виконання робіт, надання послуг) та розуміння підприємницьких відносин як відносин між рівними та незалежними суб'єктами з приводу виготовлення та реалізації продукції, виконання робіт та надання послуг, для її здійснення підприємцям потрібні матеріальні ресурси та/або робоча сила. Що стосується залучення робочої сили, то тут підприємці діють на підставі трудової правосуб'єктності. Матеріальне забезпечення (нерухомість, засоби виробництва, сировина та енергоносії) здійснюється переважно шляхом укладення різноманітних договорів (купівля-продаж, оренда, поставка тощо) з іншими суб'єктами господарювання, зокрема і підприємництва.

Доцільно звернути увагу на розуміння дієздатності суб'єктів економічних відносин у класиці російської цивілістики. Так, П. П. Цитович називає торговцем того, хто здійснює торговий оборот, займається торговими справами, одним словом — торгує. Здатність здійснювати торгівлю містить у собі: а) здатність мати торгівлю як торгове підприємство; б) здатність вести торгівлю як (свої) торгові обороти. Іншими словами — здатність здійснювати торгівлю і діяти як торговець. Першу здатність класик називав правом на торгівлю, другу — торговою дієздатністю. Право на торгівлю, з точки зору цивільного права, ніщо інше, як здатність мати майно. Стаття 1 Статуту торгового, писав П. П. Цитович, визначає не тільки право на торгівлю, а й торгову дієздатність. Діяти як торговець, вести торгівлю — з точки зору цивільного права ніщо інше, як розпоряджатись різного роду рухомостями. Таким чином, будучи ли-

ше вираженням дієздатності цивільної, торгова дієздатність не збігається з нею. Що ж стосується обмежень, то, крім тих, які існують для дієздатності цивільної, торгова дієздатність не знає. Особливості торгової дієздатності помітні переважно на значенні віку: у торговому праві його вплив припиняється не пізніше (а для чоловіків не раніше) 17 років; для торгового права є малоліття і немає неповноліття у власному розумінні слова. Вести торгівлю — значить «керувати володінням», але не можна керувати таким володінням, не вчиняючи всього того, чого поза торгівлею неповнолітній не може робити без згоди піклувальника. Інша справа, завести торгівлю або «успадкувати торгівлю», тобто прийняти спадок: в тому й іншому випадку потрібна згода піклувальника. До запровадження торгівлі, як і до прийняття спадщини, неповнолітній ще не є торговцем і, відповідно, не має торгової дієздатності. Для жінки цивільна, а з нею і торгова дієздатність може настати раніше — через одруження [331, с. 208—209]. Подібний підхід до підприємницької правосуб'єктності зберігається і у ЦК України. Так, згідно з ч. 3 ст. 35 ЦК України повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла 16 років і бажає займатися підприємницькою діяльністю. За наявності письмової згоди на це батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування така особа може бути зареєстрована як підприємець. У цьому разі фізична особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця.

Отже, для матеріального забезпечення підприємницької діяльності та відносин з приводу придбання/відчуження матеріальних та інших благ підприємцям достатньо володіти цивільною правоздатністю і дієздатністю. Для участі в інших відносинах, наприклад адміністративних, юридичні та фізичні особи повинні володіти іншою спеціальною правосуб'єктністю. Тому видається дещо недоцільним виокремлювати господарську правоздатність.

Більш детально загальні засади здійснення підприємницької діяльності фізичною особою без створення юридичної особи регулюються гл. 5 ЦК України. Так, згідно зі ст. 50 ЦК України право на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом, має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Обмеження права фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності встановлюється Конституцією України та законом. Фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому законом. До підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин. Фізична особа—підприємець відповідає за зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, усім своїм майном, крім майна, на яке згідно із законом не може бути звернено стягнення.

Дещо інший підхід до правового регулювання підприємницької діяльності фізичних осіб закладено у ГК України. Так, згідно зі ст. 128 цього Кодексу громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи. Громадянин-підприємець відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном, на яке відповідно до закону може бути звернено стягнення. Відзначимо, що у ГК України використовується термін «громадянин-підприємець», тоді як у ЦК України — «фізична особа — підприємець». При цьому за нормами ГК України громадянин може здійснювати підприємницьку діяльність:

- безпосередньо як підприємець або через приватне підприємство, що ним створюється;
- із залученням або без залучення найманої праці;
- самостійно або спільно з іншими особами.

Такий поділ способів здійснення підприємницької діяльності громадянами видається дещо нелогічним — його здійснено за кількома критеріями, що призводить до змішування участі фізичної особи у створенні суб'єкта підприємництва із власне підприємницькою діяльністю. Так, якщо особа зареєстрована як фізична особа — підприємець, тоді вона справді здійснює підприємницьку діяльність, особисто і від власного імені у власних інтересах вступає у підприємницькі відносини. Натомість, якщо створено приватне підприємство, то підприємницькою правособ'єктністю наділяється саме приватне підприємство і саме воно від свого імені вступає у підприємницькі правовідносини.

Загалом слід наголосити на деяких розбіжностях у підходах до визначення суб'єктів підприємницької діяльності в ЦК та ГК України. Так, у розділі II ГК України можна спостерігати таких суб'єктів господарювання, в тому числі підприємництва, як підприємства, державні та комунальні унітарні підприємства, господарські товариства, підприємства колективної власності, приватні підприємства, об'єднання підприємств, громадян. Натомість у ЦК України до суб'єктів підприємницької діяльності віднесено фізичних осіб — підприємців, підприємницькі товариства.

Згідно з гл. 7 ЦК України юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна. Юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до ст. 87 цього Кодексу. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Цим Кодексом встановлюються порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. Поряд-

док утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом.

До підприємницьких товариств ЦК України віднесено господарські товариства — юридичні особи, статутний (складений) капітал яких поділено на частки між учасниками. Господарські товариства можуть бути створені у формі повного товариства, командитного товариства, товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерного товариства. Підприємство ЦК України розглядається переважно як об'єкт, а не суб'єкт, як єдиний майновий комплекс. Проте й тут єдиного розуміння підприємства немає. Так, передбачено створення державних і комунальних підприємств як форми участі держави у цивільних відносинах. Однак це юридичні особи публічного права, регулювання яких не входить до завдання цього Кодексу. Крім того, наприклад у ч. 2 ст. 708 Кодексу йдеться про роздрібні торговельні підприємства.

Водночас ГК України визначає підприємство як самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами.

Згідно з ч. 1 ст. 63 ГК України, залежно від форм власності, передбачених законом, в Україні можуть діяти підприємства таких видів:

- приватне підприємство, що діє на основі приватної власності громадян чи суб'єкта господарювання (юридичної особи);
- підприємство, що діє на основі колективної власності (підприємство колективної власності);
- комунальне підприємство, що діє на основі комунальної власності територіальної громади;
- державне підприємство, що діє на основі державної власності;
- підприємство, засноване на змішаній формі власності (на базі об'єднання майна різних форм власності).

Однак форми власності сьогодні у законі не визначаються. У ЦК України, як основному регуляторі відносин власності, форми власності не згадуються. Проте у ньому йдеться про суб'єкти права власності — Український народ та інших учасників цивільних відносин, визначених у ст. 2 цього Кодексу (фізичні та юридичні особи, держава Україна, АР Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права). У Конституції України йдеться про право власності Українського народу, право приватної власності. Як бачимо, класифікація підприємств за формами власності неповною мірою відповідає класифікації права власності за його суб'єктами.

Залежно від способу утворення (заснування) та формування статутного капіталу в Україні діють унітарні та корпоративні підприємства.

Унітарне підприємство створюється одним засновником, який виділяє необхідне для того майно, формує відповідно до закону статутний капітал, не поділений на частки (паї), затверджує статут, розподіляє доходи, безпосередньо або через керівника, який ним призначається, керує підприємством і формує його трудовий колектив на засадах трудового найму, вирішує питання реорганізації та ліквідації підприємства. Унітарними є підприємства державні, комунальні, підприємства, засновані на власності об'єднання громадян, релігійної організації або на приватній власності засновника. Корпоративне підприємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, у тому числі через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства. Корпоративними є кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб.

Найбільше питань викликає правове регулювання такого суб'єкта підприємництва, як приватне підприємство. Приватне підприємство ГК України визначається як підприємство, що діє на основі приватної власності одного або кількох громадян, іноземців, осіб без громадянства та його (їх) праці чи з використанням найманої праці. Приватним є також підприємство, що діє на основі приватної власності суб'єкта господарювання—юридичної особи. У коментарі до ст. 113 ГК України зазначено, що наведене у статті визначення приватного підприємства надає можливість дійти висновку, що останнє створюється виключно на основі приватної власності фізичних осіб або юридичної особи і може бути створене одним, двома або більше засновниками — громадянами України, особами без громадянства та іноземцями або юридичною особою—власником, суб'єктом господарювання. Приватне підприємство відповідає за борги тільки своїм майном, а засновник не несе відповідальності за боргами приватного підприємства. У цьому перевага приватного підприємства перед суб'єктами підприємницької діяльності — громадянами, які відповідають за боргами всім своїм майном. Приватне підприємство може бути унітарним, заснованим на виділеному для господарської діяльності майні, яке може перебувати у приватній власності однієї фізичної особи або суб'єкта господарювання. Корпоративне приватне підприємство створюється, як правило, двома або більше фізичними особами—засновниками, за їх сумісним рішенням (засновницьким договором), діє на основі об'єднання трудової участі засновників та/або майна, участі в розподілі доходів і ризиків підприємства. Корпоративні підприємства, як правило, є власниками майна. Однак законодавством України не встановлено заборон щодо закріплення майна за корпоративними

приватними підприємствами на інших майнових титулах. Окрім того, деякі нормативно-правові акти, зокрема закони України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», «Про стандарти, технічні регламенти і процедури оцінки відповідності» від 1 грудня 2005 р., використовують поняття «приватне підприємство» в розумінні підприємства, заснованого на приватній формі власності, яке є відмінним від державного і комунального підприємства [215, с. 220].

Перш за все слід зауважити, що ознака особистої участі засновників у діяльності приватного підприємства не є обов'язковою його характеристикою. Адже у самому визначенні допускається альтернатива — об'єднання праці засновників або використання найманої праці. Крім того, об'єднання праці засновників властиве також іншим суб'єктам економічних правовідносин. Так, у діяльності певного товариства беруть участь власною працею його засновники. Обов'язковою ознакою виробничих кооперативів є участь його засновників та членів у виробничій діяльності.

Цивільний кодекс України не містить норм, які б визначали статус приватного підприємства. На нашу думку, це пояснюється відсутністю відповідної потреби. Адже, як ми бачимо з норм ГК України, їхніх науково-практичних коментарів, відсутнє чітке відмежування приватного підприємства від інших організаційно-правових форм юридичних осіб. Слід зауважити, що, виходячи з положень абз. 2 ч. 1 ст. 31, ст. 62, ч. 1 ст. 109 ГК України, підприємство є організаційною формою господарювання, а не організаційно-правовою формою юридичної особи, водночас підприємство є юридичною особою. Згідно зі ст. 63 ГК України приватне підприємство, колективне підприємство, комунальне підприємство, державне підприємство, підприємство, засноване на змішаній формі власності, — все це види та організаційні форми підприємства, а не організаційно-правові форми юридичної особи. Що ж стосується організаційно-правової форми юридичної особи усіх форм та видів підприємств, як і суб'єктів інших форм господарювання, інших організаційних форм приватного підприємства, то тут, на нашу думку, вона повністю повинна лягати у прокрустове ложе організаційно-правових форм юридичних осіб, передбачених ЦК України. Так, згідно з ч. 2 ст. 87 ЦК України установчим документом товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, якщо інше не встановлено законом. Якщо ж приватне підприємство засноване однією особою, то ЦК України і передбачає заснування товариств однією особою (фізичною чи юридичною). В такому разі товариство діє на підставі статуту, затвердженого цією особою. Таким чином, приватне підприємство, у діяльності якого беруть участь особистою працею його засновники або ж яке використовує найману працю, засноване однією чи кількома особами, може діяти в організаційно-правовій формі такої юридичної особи як товариство. Такий підхід надасть можливість усунути

невизначеності у правовому статусі цілого ряду суб'єктів підприємницької діяльності, зокрема вимог до формування установчого капіталу, меж майнової відповідальності тощо.

Отже, існує нагальна потреба у чіткому розмежуванні понять «форма господарювання» та «організаційно-правова форма юридичної особи». Перше поняття має стосуватись внутрішньої організації господарської діяльності суб'єкта господарювання і може визначатись ГК України, а друге — формування такої правової функції як суб'єкт правовідносин — юридична особа приватного права та закріплюватись ЦК України. У ГК України слід уникати регулювання організаційно-правових форм юридичних осіб, принаймні юридичних осіб приватного права, враховуючи, що організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права, приватні відносини щодо їх утворення, управління та розпорядження ними регулюються нормами ЦК України та деяких спеціальних законів (законів України «Про акціонерні товариства», «Про господарські товариства»). При розробці нормативних актів слід керуватись принципом Оккама, який лежить в основі всього наукового моделювання і побудови теорій. Він переконує: з набору еквівалентних моделей будь-якого явища треба вибрати найпростішу. Тому слід визнати доцільність правового регулювання юридичних осіб публічного права нормами ГК України, а юридичних осіб приватного права — ЦК України.

Розділ 3

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПОСИЛЕННЯ ВПЛИВУ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ЗАСАД У РЕГУЛЮВАННІ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ВІДНОСИН

3.1. Державне регулювання підприємницьких відносин

Основні питання державного регулювання підприємницьких відносин у юридичній науці зосереджуються сьогодні навколо потреби в існуванні спеціального кодифікованого акта, який би регулював підприємницьку діяльність. На різних етапах розвитку законодавства незалежної України надавалися пропозиції про ухвалення торгового, комерційного, господарського кодексів. Прихильники Підприємницького кодексу пропонували об'єднати у ньому норми приватного і публічного права і тим самим забезпечити поєднання публічних та приватних відносин, які складаються у сфері підприємництва. При цьому одні ведуть мову про єдиний галузевий кодекс (прихильники підприємницького права як самостійної галузі права), інші — про кодекс як комплексний нормативний акт, який увібрав би в себе норми різних галузей права [242, с. 22].

Що стосується Підприємницького кодексу, покликаного регулювати підприємницьку діяльність, то його прийняття допустиме за умови збереження можливості субсидіарного застосування норм ЦК до відносин, які регулюються ним. Однак це недоцільно, оскільки зіткнення приватних і публічних відносин, які складаються у сфері підприємництва, повною мірою забезпечується і тепер спеціальними законами, які у розвиток ЦК регламентують статус різноманітних комерційних організацій, різні види (сфери) підприємницької діяльності, включаючи діяльність у сфері реалізації товарів. Якщо ж зібрати норми цих законів до єдиного Підприємницького кодексу, то отримаємо складнішу систему підприємницького законодавства, оскільки поруч з ЦК і Підприємницьким кодексом будуть діяти багато спеціальних законів [242, с. 22].

Якщо ж йдеться про Підприємницький кодекс, який виключає можливість субсидіарного застосування норм ГК, то його прийняття недо-

пустиме (і навряд чи можливе в ринкових умовах). Це призведе до руйнації принципу єдності правового регулювання майнових і пов'язаних з ними особистих немайнових відносин, заснованих на рівності, автономії волі та майновій самостійності їх учасників [242, с. 22—23].

В усіх країнах континентальної системи права найважливіші розділи підприємницького права знаходять свій вираз у спеціальних законах, тобто за межами кодексів (наприклад, у законах про товариства, про конкуренцію, про страхування та інших законах). Все це підтверджує думку про те, що вибір того чи іншого варіанту систематизації підприємницького, включаючи торгове, законодавства залежить від волі законодавця, який формує цю систему з урахуванням конкретної економічної і політичної ситуації в країні та її традиції і намагається забезпечити найефективніше регулювання суспільних відносин у цій сфері [242, с. 23].

Система суспільних відносин постійно потребує правового впливу. Його форми та методи змінюються залежно від суспільних потреб. Проблема правового впливу та правового регулювання не є новою, у науці сформувалися напрями, які дають можливість дослідити право як ефективний засіб соціального регулювання, зокрема і регулювання підприємницьких відносин.

Попри концепцію приватноправового регулювання підприємницьких відносин, неможливо залишити поза увагою закріплені у ГК України підходи до регулювання господарської, в тому числі підприємницької діяльності. Згідно зі ст. 7 «Нормативно-правове регулювання господарської діяльності» цього Кодексу відносини у сфері господарювання регулюються Конституцією України, цим Кодексом, законами України, нормативно-правовими актами Президента України та Кабінету Міністрів України, нормативно-правовими актами інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також іншими нормативними актами.

Поряд із нормативно-правовим регулюванням господарської діяльності ГК України розглядає основні напрями та форми участі держави і місцевого самоврядування у сфері господарювання. Перш за все, у ст. 8 цього Кодексу встановлено, що держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання. Рішення органів державної влади та органів місцевого самоврядування з фінансових питань, що виникають у процесі формування та контролю виконання бюджетів усіх рівнів, а також з адміністративних та інших відносин управління, крім організаційно-господарських, в яких орган державної влади або орган місцевого самоврядування є суб'єктом, наділеним господарською компетенцією, приймаються від імені цього органу і в межах його владних повноважень. Господарська компетенція органів державної влади та органів місцевого самоврядування реалізується

від імені відповідної державної чи комунальної установи. Безпосередня участь держави, органів державної влади та органів місцевого самоврядування у господарській діяльності може здійснюватися лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України.

Разом з тим, ГК України у ст. 1 закріплює засоби державного регулювання господарської діяльності. В ній зазначається, що держава для реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного і соціального розвитку застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності. До основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є:

- державне замовлення;
- ліцензування, патентування і квотування;
- сертифікація та стандартизація;
- регулювання цін і тарифів;
- надання інвестиційних, податкових та інших пільг.

Як вже зазначалося, державне замовлення як засіб державного регулювання економіки шляхом формування на договірній (контрактній) основі складу та обсягу продукції (робіт, послуг), необхідної для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на поставку (закупівлю) цієї продукції (виконання робіт, надання послуг) серед суб'єктів господарювання, незалежно від форм власності, за такими загальними характеристиками, закріпленими у ч. 1 ст. 13 ГК України, не має владно-примусового характеру та не може бути визнаний засобом державного регулювання господарської діяльності. Адже договором не може бути владний припис про надання того чи іншого товару (робіт, послуг), необхідного державі, на умовах, визначених державою. Якщо ж умови визначаються справді у договорі на основі домовленості сторін, то такий договір регулює майнові відносини між державним органом, який володіє певною господарською компетенцією, як зазначено у ГК, або правильніше — цивільною правосуб'єктністю, як ми з'ясували вище. Єдине, як держава може впливати на економіку шляхом укладення договорів, це створення додаткового попиту чи пропозиції того чи іншого товару на ринку. Однак такої мети державних закупівель у ГК України не передбачено.

Інші засоби державного регулювання справді є публічно-правовими та здійснюються шляхом прийняття нормативно-правових актів або правових актів індивідуальної дії.

Отже, потребує дослідження механізм правового регулювання підприємницьких відносин. Правове регулювання в суспільстві здійснюється за допомогою певних механізмів. О. Ф. Скакун вважає, що під механізмами правового регулювання слід розуміти різні елементи правової системи, які здійснюють регулятивний вплив на суспільство [296, с. 498].

З'ясування поняття механізму правового регулювання, на думку Ф. М. Раянова, необхідне для того, щоб виявити способи і методи, за допомогою яких право як система політичних норм може впливати на суспільне життя. Врешті-решт, все вчення про право спрямоване на те, щоб знайти найоптимальніші шляхи регулювання суспільних відносин. Право як система юридичних норм впливає на суспільне життя в основному двома шляхами: через правовий вплив і через правове регулювання. Ці два шляхи в юридичній літературі прийнято називати неюридичним та юридичним впливами права на суспільне життя. Правовий вплив являє собою вплив права на свідомість і поведінку людей на основі самого факту наявності правових вимог. Такий вплив називається неюридичною дією права. Йдеться про те, що прийняття чи наявність певних законів впливає на людей, чинить на них виховний вплив. На відміну від правового впливу, правове регулювання являє собою вплив на поведінку людей за допомогою певних юридичних засобів. Сукупність цих засобів утворює механізм правового регулювання [273, с. 246—247]

Як зазначає П. М. Рабінович: «Механізм правового регулювання — це система всіх державно-правових (юридичних) засобів, за допомогою яких держава здійснює владний вплив на суспільні відносини. Він не збігається повністю з правовою системою суспільства, є дещо «вужчим» від неї. Адже до останньої так чи інакше входять і такі явища, в яких ні держава, ані суспільство не зацікавлені (зокрема, правопорушення). Дія механізму правового регулювання супроводжується, переплітається, пов'язується із впливом інших соціальних явищ, які в цілому можна відобразити поняттям загальносоціального механізму правового регулювання. Елементами механізму правового регулювання, обов'язковими на відповідних стадіях регулювання є:

- норми права (моделюють, регламентують суспільні відносини);
- нормативно-правові акти («організують» зміст правових норм, виражають їх зовні, забезпечують набуття ними чинності);
- юридичні факти (породжують, змінюють або припиняють суб'єктивні юридичні права і обов'язки персоніфікованих суб'єктів);
- правовідносини (конкретизують взаємні юридичні права та обов'язки персоніфікованих суб'єктів);
- акти тлумачення (з'ясування) змісту правових норм;
- акти реалізації суб'єктивних юридичних прав і обов'язків» [272, с. 156].

На думку Ф. М. Раянова, під елементами правового регулювання розуміють складові частини його механізму — те, з чого складається вся процедура впливу права на суспільне життя за допомогою юридичних засобів. Щодо них науковець зауважує таке:

- «... для того, щоб говорити про правове регулювання, необхідно мати саме юридичне право, котре створюється переважно у результаті

правотворчості. Тому першим елементом у механізмі правового регулювання є правотворчість;

— результатом правотворчості служать нормативно-правові акти, тобто письмові рішення компетентних органів, які містять норми права. Тому другим елементом механізму правового регулювання є норма права;

— щоб норма права як правило поведінки прийшла у дію, необхідно настання певних життєвих ситуацій. Такі життєві ситуації або обставини, з настанням яких на основі закону у одних осіб виникають права, а у інших — обов'язки, в теорії права одержали назву юридичні факти;

— з настанням юридичного факту в одного з учасників суспільного відношення виникає суб'єктивне право, а у іншого — кореспондуючий суб'єктивному праву юридичний обов'язок. Через суб'єктивне право одного і юридичний обов'язок іншого між цими учасниками суспільного відношення складаються відносини, які зазвичай називають правовідносинами» [273, с. 249].

Таким чином, основним суб'єктом правового регулювання підприємницьких відносин є держава з огляду на повноваження по затвердженні норм права. Верховною Радою України фактично одночасно було прийнято Цивільний та Господарський кодекси. В ході їх підготовки довгий час підприємницькі відносини залишалися у складі предмета правового регулювання першого з кодексів, однак у результаті певного компромісу були включені до господарських відносин і до предмета правового регулювання ГК України.

Проте, як зазначено у ч. 1 ст. 4 ГК України, не є предметом регулювання цього кодексу майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України. У ч. 2 ст. 1 ЦК України однозначно вказано, що до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом. Водночас, згідно з ч. 2 ст. 154 ГК України до відносин, пов'язаних з використанням у господарській діяльності прав інтелектуальної власності, застосовуються положення Цивільного кодексу України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом та іншими законами. Відповідно до ч. 4 ст. 162 ГК України до відносин, пов'язаних з комерційною таємницею, не врегульованих цим Кодексом, застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України та інших законів. Так само і абз. 2 ч. 1 ст. 193 ГК України визначено, що до виконання господарських договорів застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом. Такий підхід до формування предмета правового регулювання кодифікованого акта викликає заперечення. Адже якщо не є предметом правового

регулювання ГК України майнові відносини, урегульовані ЦК України, то чому в ньому встановлюються особливості правового регулювання договірних відносин? Це суттєво ускладнює вибір норми як первинного елемента механізму правового регулювання підприємницьких відносин.

З огляду на те, що ЦК України досить повно регулює майнові відносини щодо обороту товарів, робіт і послуг між суб'єктами приватного права, видається за доцільне усунути з предмета правового регулювання ГК України відносини, які виникають між суб'єктами підприємницької діяльності з приводу виготовлення та надання товарів, робіт, послуг. Предметом імперативного публічно-правового регулювання мають залишатися якість та безпека виробництва, продукції, робіт та послуг.

Основним юридичним фактом, який зумовлює виникнення у суб'єктів підприємницької діяльності взаємних прав та обов'язків, є договір. Договірні відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, регулюються цивільним законодавством, як це визначено ч. 1 ст. 1 ЦК України. Якщо ж взаємні права та обов'язки у суб'єктів підприємницької діяльності виникають у зв'язку з відшкодуванням шкоди, то вони так само комплексно регулюються нормами ЦК України, зокрема глави 82.

За умови, що поведінка суб'єктів є правомірною, механізм правового регулювання пасивно впливає на суспільні відносини, потенційно передбачаючи певну юридичну можливість, і тільки за неправомірної поведінки суб'єктів вступає у дію комплекс заходів покладення на суб'єктів юридичної відповідальності, основним елементом якої є акти застосування норм права, що встановлюють юридичну відповідальність особи за конкретне правопорушення.

Виходячи з презумпції правомірності поведінки учасників підприємницьких відносин та з огляду на публічно-правовий характер правовідносин із притягнення підприємців до юридичної відповідальності, варто залишити питання протиправної поведінки поза межами даного дослідження.

Правове регулювання обумовлюється низкою факторів, з них можна виділити найголовніші: а) рівень економічного розвитку суспільства; б) соціальна структура суспільства; в) рівень зрілості, стійкості суспільних відносин, зокрема підприємницьких; г) рівень правової культури громадян і посадових осіб; г) рівень визначеності предмета, засобів і методів правового регулювання.

Як вже наголошувалося, механізмом правового регулювання називають систему взаємозв'язаних юридичних засобів, за допомогою яких відбувається процес правового регулювання. Механізм правового регулювання — це спосіб функціонування єдиної системи правового регулювання, який розкривається через взаємозв'язки між її складовими елементами.

Категорія «механізм правового регулювання» надає можливість охопити весь процес правового регулювання, уявити його в системно-динамічному вигляді, розкрити його структуру, взаємозв'язок і взаємодію всіх елементів, з'ясувати їхні характерні ознаки і функції.

Комплексне вивчення механізму правового регулювання і теоретичне опрацювання пов'язаних з ним питань надасть можливість виявити додаткові напрями в дослідженні цього правового явища, зокрема пошук шляхів підвищення ефективності як окремих складових елементів цього механізму, так і правового регулювання в цілому.

Механізм правового регулювання являє собою прояв у соціально-правовій діяльності, «роботу» складових елементів системи правового регулювання, спрямовану на досягнення суспільно корисного результату, що виявляється у втіленні правових норм у життя. Він має розглядатись в єдності та у взаємодії всіх його складових як категорія не лише збірна, а й системна. Поняття механізму правового регулювання надає змогу систематизувати юридичні засоби правового впливу на суспільні відносини, визначити місце і роль того чи іншого юридичного засобу у правовому житті суспільства.

До елементів механізму правового регулювання належать: юридичні норми, нормативно-правові акти, акти офіційного тлумачення, юридичні факти, правовідносини, акти правореалізації, правосвідомість і режим законності та правопорядку, який впроваджується в результаті досягнення цілей правового регулювання.

Кожній стадії правового регулювання відповідають специфічні елементи механізму правового регулювання, місце яких у механізмі правового регулювання обумовлене їхньою функціональною роллю. Функціонування механізму правового регулювання відрізняється послідовністю: кожен з його елементів вступає в дію на певній стадії правового регулювання.

На сьогоднішній день питанню регулювання підприємницьких відносин та підприємницької діяльності приділяється досить значна увага на законодавчому рівні, яскравим прикладом чого слугують такі закони України: «Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні» від 21 грудня 2000 р. за № 2157-III, «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 р. за № 1160-IV, «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 5 квітня 2007 р. за № 877-V, «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення механізмів державного регулювання ринку сільськогосподарської продукції» від 4 червня 2009 р. за № 1447-VI та досить комплексний законодавчий акт «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» від 22 березня 2012 р. за № 4618-VI тощо. Проте слід зауважити, що на сьогоднішній день акцент у механізмі регулювання підприємницьких відносин залишається саме на рів-

ні законодавчого регулювання як одному із видів державного регулювання.

Роль та важливість державного регулювання підприємницьких відносин є незаперечними, оскільки є одним із проявів відповідної державної політики у цій сфері. Проте наявність державного регулювання підприємництва не повинна виключати розвитку та розширення сфери інших видів регулювання, скажімо, договірного регулювання і саморегулювання, оскільки вони є досить ефективними і такими, що оптимально мають доповнювати державне регулювання. Зокрема у ст. 1 Закону України «Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні» від 21 грудня 2000 р. № 2157-III [115] зазначено, що одним із основних чинників, які заважають розвитку малого підприємництва, є надмірне втручання органів державної влади в діяльність суб'єктів господарювання. Зазначений законодавчий акт передбачає удосконалення законодавства з метою зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку підприємницької діяльності [218].

Як визначено в п. 5 Національної програми сприяння розвитку малого підприємництва, результатом зменшення адміністративного втручання у підприємницьку діяльність має стати максимальне спрощення юридичних процедур у правовідносинах «держава—підприємець», впровадження дієвих механізмів взаємодії органів влади з громадськими організаціями підприємців на основі соціального партнерства та удосконалення законодавства з метою зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку підприємницької діяльності.

Закладені законодавчі цілі щодо зменшення втручання держави (державних органів) є цілком закономірним визнанням досить потужної сили підприємців та їхніх організацій діяти і розвиватися певним чином автономно, за рахунок своїх внутрішніх ресурсів (резервів) і можливостей, які мають знаходити свій прояв у різноманітних формах.

Проте слід зазначити, що сьогодні державному регулюванню підприємницьких відносин приділяється надто велика увага і віддається пріоритет, а також з боку держави покладаються досить серйозні сподівання як на складову частину розвитку ринкових відносин у країні в цілому.

Основним середовищем діяльності підприємців, у повноцінному розумінні цього поняття, є ринок товарів і послуг, а відносини між юридично рівними суб'єктами підприємницьких відносин є відносинами ринковими. Тому державне регулювання у сфері ринкових відносин з метою їхньої оптимізації має носити м'який, ліберальний характер і визначатися певними основними напрямками.

1. Встановлення стратегічних цілей розвитку ринку. У законодавстві вказуються лише загальні орієнтири розвитку, а учасники ринкових відносин вільні вступати у будь-які відносини, відповідно до принципу:

дозволено все, що не заборонено законом. Заборони встановлюються лише щодо того, що за своєю природою є протиправним. Зокрема законом визначаються такі цілі розвитку малого і середнього підприємництва в Україні:

- створення державної системи забезпечення розвитку та підтримки малого підприємництва;
- створення належних умов розвитку малого підприємництва в регіонах;
- сприяння створенню нових робочих місць суб'єктами малого підприємництва;
- підтримка ділової та інвестиційної активності, розвиток конкуренції на ринку товарів та послуг;
- залучення до підприємницької діяльності жінок, молоді, пенсіонерів та інших верств населення;
- активізація фінансово-кредитних та інвестиційних механізмів, пошук нових форм фінансово-кредитної підтримки малого підприємництва;
- формування регіональної інфраструктури розвитку та підтримки малого підприємництва;
- створення умов для розвитку малого підприємництва у виробничій сфері, у тому числі на базі реструктуризованих підприємств.

2. Держава через законодавство закріплює і гарантує рівність суб'єктів усіх форми власності. Відповідне положення міститься у ч. 4 ст. 13 Конституції України.

3. Держава встановлює відповідно рівні можливості до реалізації свого права на захист як учасника ринкових відносин, що забезпечується рівним процесуальним становищем у судах усіх юрисдикцій.

Функцію державного регулювання підприємницьких відносин виконують норми різних галузей права: конституційного, міжнародного, цивільного, адміністративного, трудового, фінансового, екологічного, земельного та ін. Сукупність таких норм, що мають відношення до регулювання підприємництва, часто об'єднують під загальною назвою «підприємницьке право», що має під собою певне підґрунтя. Однак таке нормативне утворення має ознаки комплексного.

Особливо важливе значення в такому регулюванні мають конституційні гарантії підприємництва. Згідно зі ст. 34 Конституції України кожен має право на вільне використання своїх здібностей і майна для підприємницької та іншої, не забороненої законом, економічної діяльності. Тим самим на конституційному рівні встановлено необхідну передумову вільного підприємництва — загальну підприємницьку правоздатність громадян. Крім того, визнаючи у статтях 35, 36 право приватної власності, в тому числі на землю та інші природні ресурси, Конституція України закріплює найважливішу економічну гарантію підприємницької діяльності.

І все-таки основна роль у регулюванні підприємництва та підприємницьких відносин належить нормам цивільного та адміністративного права як двох підходів до регулювання: диспозитивного та імперативного. Звідси ж випливає і вищезгаданий запропонований поділ так званого підприємницького права на публічне і приватне. Цивільним правом мають визначатися правове становище індивідуальних підприємців та юридичних осіб у майновому обороті, регулюватися відносини власності і договірні відносини. Норми адміністративного права встановлюють порядок державної реєстрації суб'єктів підприємництва, порядок ліцензування окремих видів підприємницької діяльності і т. д. При цьому цивільне право є і має бути основою приватноправового регулювання підприємницької діяльності, а адміністративне — публічно-правового.

Провідна роль у механізмі правового регулювання підприємництва належить нормам приватного права, і, в першу чергу, цивільного. Це й не дивно, якщо згадати ознаки, які характеризують підприємницьку діяльність: організаційну та економічну незалежність підприємців, ініціативність, здійснення діяльності на власний ризик, її спрямованість на отримання прибутку.

У цілому державне регулювання розглядають як комплекс заходів законодавчих, виконавчих і судових органів влади, а також контрольних функцій, що здійснюються на основі нормативних правових актів державними установами та громадськими організаціями з метою стабілізації існуючої соціально-економічної системи.

Мета державного регулювання підприємницької діяльності господарюючих суб'єктів реалізується через три основні функції:

- 1) створення умов цивілізованого функціонування ринку;
- 2) стратегічне планування науки і науково-технічного прогресу;
- 3) вирішення макроекономічних проблем.

Як уже зазначалось, механізм правового регулювання підприємницької діяльності слід розглядати у межах загального (базового) механізму регулювання суспільних відносин, у межах державної політики. Адже останні співвідносяться як загальне і спеціальне. Відповідно, певні особливості, які з необхідністю присутні у механізмі регулювання підприємницьких відносин, ґрунтуються на «базовому» механізмі правового регулювання суспільних відносин і не можуть «конфліктувати» з останнім. Проте не можна погодитися з тим, що саме державним регулюванням обмежується потенційний вплив на підприємницькі відносини. Зокрема на сьогодні великого значення набуває у ринковому середовищі й такий тип регулювання підприємництва, як саморегуляція. Значення її підкреслюється і наявністю значної кількості відповідних законопроектів, хоч жоден з них так і не став законом. Аналізуючи причини, що лежать в основі гальмування розвитку саморегулятивних механізмів, слід погодитися з тим, що вони є аналогічними і ситуації із поширенням застосування торгових звичаїв у підприємницькій діяльності, розвитком третей-

ського судочинства і т. ін. З одного боку, самі суб'єкти підприємницьких відносин ще не повною мірою усвідомлюють значення та роль останніх, з іншого боку, держава в особі відповідних державних органів, не зацікавлена у зменшенні впливу на відповідні відносини у сфері підприємництва і продовжує тримати «руку на пульсі». По суті, запитання полягає в такому: як визначити межі державного регулювання та забезпечити автономне функціонування ринкового середовища із мінімальним втручанням держави, забезпечивши при цьому досягнення цілей, які ставляться перед підприємництвом? Іншими словами, чи достатньо державі для здійснення необхідного контролю у сфері підприємництва класичних адміністративних важелів та інструментів, як то нормування, квотування, ліцензування і т. ін. Чи дійсно існує потреба у безпосередній участі держави у підприємницькій діяльності, зокрема через реалізацію своїх повноважень як власника, потужного власника державного майна? На сьогодні питання віднайдення оптимального механізму регулювання підприємницьких відносин залишається вкрай актуальним і нагальним, що підтверджується, зокрема, і абсолютно різнополюсними передвибірчими програмами політичних сил, представлених у Верховній Раді України, стосовно механізму регулювання підприємництва в Україні. Слід погодитись і з тим, що актуальним залишається, по суті, і визначення змісту кожної із складових цього механізму: від правової норми до правової ідеології.

Цікавим видається і той факт, що так звані господарники, забувши про передумови та наслідки НЕПу в СРСР, знову на підставі твердження про багатокладну економіку, почали вести мову про неефективність приватноправових засад у механізмі регулювання підприємницької діяльності. Такі тенденції проглядаються як в Україні, так і в Росії, що не може не викликати занепокоєння, оскільки стосуються принципів засад у регулюванні підприємницької діяльності. Зокрема І. В. Дойніков пише з цього приводу: «Восстановление многоукладной экономики ведет к многообразию как субъектов, так и организационно-правовых форм хозяйственной и предпринимательской деятельности. В этих условиях ясно видна несостоятельность либерально-цивилистической концепции «Гражданский кодекс — экономическая конституция», поэтому необходим переход к другой формуле — осуществление модернизации экономики «на двух ногах». В условиях перехода от одной модели развития общества к другой гражданское право становится «экономической конституцией» для граждан, а хозяйственное (предпринимательское) право — «экономической конституцией» для хозяйствующих субъектов». Подібну точку зору поділяють і вітчизняні представники школи господарського права. Зокрема В. К. Мамутов пише з цього приводу: «Повсеместное усиление публично-правовых начал в правовом регулировании хозяйственной деятельности свидетельствует о несостоятельности (бесперспективности, неэффективности) попыток урегулировать экономи-

ческие отношения с позиций частно-правового подхода, недооценивающего конструктивную роль государства в экономике».

Навіть три наведені цитати яскраво демонструють той факт, що наявна очевидна «плутанина» в оцінці ефективності механізму правового регулювання та його засад і перманентне ускладнення суспільних відносин, зокрема й у сфері підприємництва. Відповідні ж хибні висновки можуть призвести і до визначення хибного підходу до механізму правового регулювання підприємництва та його складових. Зокрема цитований автор доходить такого висновку: «Многим юристам стало також ясно, что попытки решения экономических проблем с позиций частно-правовой концепции, исповедуемой некоторыми цивилистами, не увенчались успехом, ибо эта концепция неадекватна современной экономике.... С позиций частно-правового подхода адекватное современной экономике государственное регулирование получится не может».

Навряд чи норми приватноправового характеру, зокрема й у складі механізму правового регулювання, покликані безпосередньо вирішувати будь-які проблеми, й в економіці також. Все ж таки норми права, в тому числі і приватноправового характеру, перш за все мають створювати відповідні умови (передумови) для учасників відповідних відносин.

Все вищезазначене яскраво ілюструє той факт, що питання механізму правового регулювання підприємницьких відносин не лише залишається надзвичайно актуальним, а й різнополярним у підходах до його розв'язання. По суті, питання знову ж полягає у тому, яким способам та методам регулювання підприємництва слід надати перевагу у теперішній час. Адже право у суспільному житті як одна із форм суспільної свідомості має не тільки юридичний (регулятивний), а й інші види впливу, такі як виховний, ідеологічний тощо. Тому в науковій літературі розрізняють такі явища, як «правовий вплив» і «правове регулювання». Ці два поняття розрізняються, по-перше, за сферою дії і, по-друге, за механізмом дії. Сферою правового впливу є економічні, політичні, соціальні та інші відносини. Сферою правового регулювання є тільки відносини, які врегульовані правовими нормами. Механізм дії правового впливу полягає у впливові права на свідомість суб'єктів правовідносин, у той час як правове регулювання впливає на їхні дії. Правовий вплив — це вплив права на свідомість суб'єктів суспільних відносин у різних сферах суспільного життя. Зокрема стосовно регулювання підприємницьких відносин слід зазначити, що правовий вплив на сьогодні в Україні здійснюється незадовільно, зокрема не проводиться належна законодавча, а відповідно, і просвітницька робота стосовно роз'яснення дійсної, реальної мети будь-якої ординарної підприємницької діяльності — отримання прибутку, іншими словами, вчинення певних спекулятивних дій. Навпаки, аналіз визначення «підприємницької діяльності» у ГК України (ст. 42) дає всі підстави вести мову про підміну понять стосовно визначення мети здійснення підприємництва, що, звичайно, не можна визнати

задовільним. Навпаки, це породжує неправильне сприйняття підприємства як суспільного явища у суспільстві та покладає на нього неприйнятні йому функції та завдання, а відповідно, і неадекватні очікування від різних верств суспільства.

Правове регулювання конкретних суспільних відносин, зокрема і підприємницьких, як вже зазначалось, здійснюється за допомогою певних способів, зокрема дозволу, зобов'язання та заборони.

Порядок в особливостях поєднання вищезгаданих способів називається типом правового регулювання. Розрізняють два базові типи правового регулювання. *Загальнодозвільний* — це такий тип правового регулювання, який передбачає можливість вчиняти будь-які дії, за винятком тих, вчинення яких прямо заборонено законом. Цей тип правового регулювання виражається формулою: «дозволено все, що прямо не заборонено законом». На таких засадах багато в чому побудований ЦК України, а у проекті ЦК таким чином було побудовано і норму ст. 1, яка до предмета правового регулювання включала і підприємницькі відносини. *Спеціалінодозвільний* — це такий тип правового регулювання, який забороняє будь-яку діяльність, але при цьому правовими нормами формулюються конкретні випадки звільнення від цієї заборони. Цей тип правового регулювання виражається формулою: «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом». На сьогодні зазначений тип правового регулювання навряд чи є актуальним в Україні, проте певні відголоси останнього ми спостерігаємо у чинному ГК України, насиченому публічно-правовими нормами. Зокрема, Є. О. Харитонов, досліджуючи тип правового регулювання підприємництва, доходить висновку про необхідність визнання факту поділу та існування «не підприємницького права взагалі, а підприємницького публічного права і підприємницького приватного права» [333, с. 5]. Ця думка є не тільки слушною, її повністю поділяють на Заході, де загальноновизнаним є поділ підприємницького права на публічне (адміністративно-підприємницьке) і приватне (торгове або комерційне). Відповідно, вона могла б абсолютно бути сприйнятою і в Україні, проте це порушить питання стосовно доцільності існування та мети усього того, що називається «господарським» як певним симбіозом публічно-приватного поєднання.

Видається, що виключно через певний збіг обставин, у тому числі й політичних, первинний проект ЦК України зазнав незначної, проте надзвичайно важливої зміни: з предмета регулювання (ст. 1) зникли підприємницькі відносини. Таким чином, з'явилося розбалансування єдності правового регулювання майнових відносин. Згаданий вище Є. О. Харитонов пише з цього приводу: «Підготовка проекту Цивільного кодексу України поставила перед необхідністю дати відповідь на низку концептуальних питань: чи має бути єдиний кодекс, що регулює майнові відносини; яка система права має бути обрана за зразок; якою має бути структура кодексу тощо» [333, с. 14]. Відповідно, волею долі

єдність у регулюванні майнових відносин було розірвано, що призвело до тривалої, перманентної дискусії щодо співвідношення двох прийнятих кодексів. Хоча ще за 6 років до прийняття двох кодексів (у 1996 р.) С. М. Братусь писав про єдність правового регулювання майнових відносин як про значне досягнення у регулюванні майнових відносин. Зокрема він зазначав: «Представляется, что решающим специфическим критерием, позволяющим отграничить имущественные отношения, регулируемые гражданским правом, от имущественных отношений, регулируемых другими отраслями права, является имущественная самостоятельность субъектов... В ст. 1 проекта ГК Украины отмечено, что гражданские отношения основаны на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников, в том числе, отношения, которые складываются в сфере предпринимательства» [59, с. 126]. Проте, як це часто трапляється, на практиці все вийшло інакше: єдиний метод регулювання майнових відносин в Україні залишився лише у проекті.

Наразі внаслідок економічної світової кризи 2008 р. відбуваються спроби посилення державного регулювання підприємницьких відносин. Досить часто гаслами до такого посилення є тези щодо неефективності приватноправових способів регулювання підприємницьких відносин, а подекуди і «шкідливість». Проте слід зазначити, що насправді відбувається підміна понять та змішування типу правового регулювання із ефективністю роботи адміністративних і правоохоронних органів та їх реагування на явні зловживання правами, а подекуди і відверті дії кримінального характеру. Під час оцінювання результатів типу правового регулювання підприємницьких відносин інколи залишаються поза увагою і об'єктивні економічні фактори, які мають місце у циклах економічного життя.

У цілому ж, характеризуючи засади державного регулювання підприємницьких відносин, слід наголосити, що останні мають переслідувати перш за все мету створення належних передумов для реалізації передбаченого конституційного права на здійснення підприємницької діяльності, створення рівних умов та можливостей для учасників ринку. Виходячи саме з такої позиції, окреслено і завдання, які ставляться перед державним регулюванням у сфері, зокрема, розвитку малого і середнього підприємництва в Україні:

1) удосконалення та спрощення порядку ведення обліку в цілях оподаткування;

2) запровадження спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності для суб'єктів малого підприємництва, що відповідають критеріям, встановленим у податковому законодавстві;

3) залучення суб'єктів малого підприємництва до виконання науково-технічних і соціально-економічних програм, здійснення постачання продукції (робіт, послуг) для державних та регіональних потреб;

4) забезпечення фінансової державної підтримки малих і середніх підприємств шляхом запровадження державних програм кредитування, надання гарантій для отримання кредитів, часткової компенсації відсоткових ставок за кредитами тощо;

5) сприяння розвитку інфраструктури підтримки малого і середнього підприємництва;

6) гарантування прав суб'єктів малого і середнього підприємництва під час здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності;

7) сприяння спрощенню дозвільних процедур та процедур здійснення державного нагляду (контролю), отримання документів дозвільного характеру для суб'єктів малого і середнього підприємництва та скорочення строку проведення таких процедур;

8) організація підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації кадрів для суб'єктів малого і середнього підприємництва;

9) впровадження механізмів сприяння та стимулювання до використання у виробництві суб'єктами малого і середнього підприємництва новітніх технологій, а також технологій, які забезпечують підвищення якості товарів (робіт, послуг).

Без належного державного регулювання підприємницьких відносин, забезпечення відповідної законодавчої бази як основи реалізації права на здійснення підприємницької діяльності неможливо реалізувати й інші форми регулювання підприємницьких відносин.

3.2. Договірне регулювання підприємницьких відносин

Підприємницька діяльність здійснюється підприємцями на власний розсуд шляхом вчинення торгових правочинів (договорів у сфері підприємництва). В доктрині, з урахуванням досвіду розвитку законодавства, розрізняють два підходи до виділення торговельного правочину: об'єктивний і суб'єктивний. На основі об'єктивного критерію торговельних правочинів вони виділяються в системі цивільно-правових правочинів за метою. Так, у Французькому торговому кодексі міститься окремий перелік торговельних правочинів, однак оскільки в умовах свободи договору дати вичерпний їх перелік неможливо, то у якості загального критерію виділення торговельного правочину зазначається «придбання товару з метою подальшого його відчуження в том самому вигляді або після переробки». Відповідно до такого підходу правочин є торговельним незалежно від того, хто його вчиняє — підприємець чи особа, яка таким не є. Більше того, статус підприємця при такому підході визначається торговельним характером правочинів, що вчиняються: «Комерсантом є особа, яка вчиняє торговельні правочини у процесі здійснення

своєї звичайної діяльності». На основі суб'єктивного критерію виділення торговельних правочинів вони виділяються в системі цивільно-правових правочинів за їхнім суб'єктом. Торговельним є цивільно-правовий правочин, який вчиняється підприємцем [242, с. 24]. Дійсно, обидва підходи мають місце, однак кожен з них не позбавлений певних недоліків, які можуть пояснюватись потребою у більш детальній розробці критеріїв, в тому числі і суб'єктивного, і об'єктивного. Так, об'єктивний критерій не враховує повною мірою те, що нині і цивільне право увібрало в себе значну кількість принципів підприємницького. Зокрема відбувся відхід від презумпції безоплатності цивільно-правових договорів тощо. Тому мета — одержання прибутку — не може бути єдиним критерієм підприємницького правочину. І саме наведене визначення торговельного правочину з Французького торгового кодексу підказує нам такий критерій — систематичність, яка тісно пов'язана із поняттям «звичайна діяльність». Тобто, як вказувалось вище, систематичність може бути фактичною або задекларованою — такою, яка випливає із факту реєстрації фізичної чи юридичної особи з метою легального здійснення підприємницької діяльності.

Слід також зазначити, що в літературі часто вживається термін «цивільно-правовий правочин», який, на нашу думку, містить певну тавтологію з урахуванням української правової дійсності. Адже поняття правочину як такого в національному законодавстві закріплено саме у ЦК України і розуміється він як дії, спрямовані на встановлення, зміну чи припинення саме цивільних прав та обов'язків. Тому замість терміна «цивільно-правовий правочин» чи «цивільний правочин» слід вживати термін «правочин». А вже у випадках, коли правочин має певні особливості, наприклад вчинення з метою одержання прибутку в ході звичайної діяльності, можна зазначити, що цей правочин є підприємницьким або торговельним.

Нині, пише В. Ф. Попондопуло, договір у сфері підприємництва слід визначати як угоду між особами, які здійснюють підприємницьку діяльність, або за їхньої участі про встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності. Оскільки торговельний правочин є різновидом цивільно-правових правочинів, то один і той самий правочин (наприклад купівля-продаж автомобіля) може кваліфікуватися як торговельний (коли обидві сторони правочину представлені підприємцями), як неторговельний (коли жодна зі сторін не виступає як підприємець), а також як торговельний для однієї сторони (сторони, яка виступає як підприємець) і неторговельний для іншої (сторони, яка не виступає як підприємець). Відповідно, на думку російського науковця, стосовно сторони правочину, яка виступає як підприємець, повинні застосовуватись правила спеціального підприємницького законодавства (і субсидіарно — загальні правила), а стосовно сторін правочину, які не є підприємцями, — лише загальні

правила цивільного законодавства [242, с. 25]. Однак така точка зору викликає деякі заперечення. Зокрема виникає запитання: чи можна говорити про застосування щодо сторін одного і того самого правочину різних правил? Адже взаємні права та обов'язки суб'єктів тих чи інших правовідносин визначаються одними й тими самими нормами. Певна норма, встановлюючи права однієї особи, передбачає відповідні обов'язки інших осіб щодо визначеної особи. Тому до правочинів між підприємцем, з одного боку, та непідприємцем, з іншого боку, застосовуються одні й ті самі правила. Це і положення Цивільного кодексу, що стосуються приватноправових аспектів цих відносин, і, як правило, норми законодавства про захист прав споживачів, що мають більш виражений публічно-правовий аспект. Однак немає підстав розглядати специфічні вимоги до підприємця, які ставляться, наприклад, податковим законодавством або законодавством про ліцензування тих чи інших видів підприємницької діяльності, як такі, що безпосередньо стосуються правочину. Коли ж правочин вчиняється рівними сторонами — лише підприємцями або лише фізичними особами, немає потреби у застосуванні спеціального законодавства про захист прав споживачів.

До ознак договорів у сфері підприємництва В. Ф. Попондопуло відносить:

- склад суб'єктів, тобто договір, в якому хоча б одна із сторін є підприємцем;
- підприємницькі цілі, тобто договір повинен здійснюватися у процесі підприємницької діяльності;
- оплатний характер договору [242, с. 25].

Видається дещо спірним вирізняльний характер останньої ознаки. Адже нині апріорі оплатний характер має і переважна більшість суто цивільно-правових договорів.

Оскільки торговельні правочини та зобов'язання, що виникають на їхній підставі, є у родовому відношенні цивільно-правовими правочинами та зобов'язаннями, то і їхня система відповідає системі цивільно-правових правочинів та зобов'язань [242, с. 25].

Перехід до ринкової економіки і функціонування ринкового механізму можливі лише за умови, що основна маса товаровиробників — підприємств, громадян має свободу господарської діяльності та підприємництва. Результати цієї діяльності реалізуються на ринку товарів і послуг на договірних засадах. Перехід до ринку супроводжується звуженням планово-адміністративного впливу держави на майнові відносини, отже, розширюється свобода вибору партнерів у господарських зв'язках і визначення змісту договірних зобов'язань [192, с. 22].

Як правильно зауважує А. Г. Чепурний, поряд із законами та іншими правовими актами договір є важливим засобом правового регулювання підприємницької діяльності. Його укладення приводить до встановлення юридичного зв'язку між його учасниками, тоді як видання

законів та інших правових актів, які визначають правила поведінки широкого кола осіб, само собою не породжує взаємовідносин між учасниками договору [335, с. 182].

У свою чергу, Р. Б. Шишка підкреслює, що безпосередня діяльність суб'єктів підприємництва пов'язана з виконанням зобов'язань як внутрішнього характеру між засновниками, окремими структурними підрозділами комерційної структури та її працівниками, так і зовнішнього характеру — з контрагентами, постачальниками та споживачами. Виходячи із загальних положень про зобов'язання, він визначає, що у підприємницькій діяльності в основному виникають договірні, а у прямо передбачених випадках — позадоговірні зобов'язання, особливо ті, що виникають унаслідок заподіяння шкоди. При цьому саме цивільно-правовий договір, який отримав спеціальну назву підприємницького чи господарського, науковець називає універсальною правовою формою для врегулювання широкого кола зобов'язань у підприємницькій діяльності [234, с. 261].

У чинному законодавстві (гл. 20 ГК та статті 10 і 11 ГПК України), судовій та господарській практиці і літературі, зауважує В. В. Луць, використовуються різні поняття: «господарський», «комерційний» або «підприємницький» договори. На жаль, сутність цих понять не завжди розкривається. До характерних рис господарського договору раніше відносили: 1) особливий суб'єктний склад: обома сторонами цього договору або хоча б однією з них є господарська організація; 2) плановий характер договору, зумовлений тим, що підставою його укладення є планове завдання (акт), яке обов'язкове для обох чи однієї зі сторін; 3) договір спрямовується на безпосереднє обслуговування основної діяльності господарюючого суб'єкта. Господарськими вважалися і непланові договори, якщо вони були однотипні з плановими і підпорядковувалися такому самому законодавчому режиму (поставка, перевезення вантажу тощо) або якщо вступ у договірні відносини був передбачений законом (наприклад укладення договору на експлуатацію залізничних під'їзних колій). Безумовно, в сучасних умовах деякі з названих ознак господарського договору або втратили актуальність, або потребують уточнення. Зокрема суб'єктами господарських договорів можуть виступати не лише юридичні особи (організації), які у встановленому законом порядку здійснюють підприємницьку діяльність; договори за участі зазначених осіб є переважно неплановими тощо [192, с. 27—28].

На думку В. В. Луця, у підприємницькому договорі поєднуються як загальні ознаки, властиві всякому цивільно-правовому договору, так і особливі, які можна звести до таких. По-перше, суб'єктами цього договору є юридичні або фізичні особи, зареєстровані у встановленому порядку як суб'єкти підприємницької діяльності. По-друге, зміст підприємницького договору становлять умови, за якими передаються товари, виконуються роботи або надаються послуги.

М. Д. Бойко зазначає, що однією з підстав виникнення господарських зобов'язань і найбільш поширеними у сфері економіки (зокрема в сфері підприємництва) є господарські договори, за допомогою яких опосередковуються зв'язки між суб'єктами господарювання, а також між ними та іншими учасниками господарських відносин [54, с. 107].

В. С. Щербина зазначає, що право України регулює майново-господарські та інші відносини суб'єктів господарювання з іншими учасниками відносин у сфері господарювання завдяки застосуванню двох основних нормативно-правових категорій: договір та господарський договір. Перша категорія — майновий договір — є загальною. Законодавчо майнові договори усіх видів урегульовано ЦК (ст. 626—654). У господарському праві категорія «договір» використовується у загальному і спеціальному значеннях. Договір, який регулює ст. 626 ЦК, у господарському праві означає будь-яку майнову угоду між двома або більше суб'єктами господарського права. Але з точки зору статутної діяльності суб'єкта господарювання майнові договори є різними. Наприклад, договір поставки підприємством продукції чи договір підряду на капітальне будівництво, з одного боку і договір купівлі-продажу підприємством меблів для офісу, канцелярських товарів тощо — з іншого. Ці договори різні, оскільки одні регулюють основну статутну діяльність суб'єктів господарювання, інші — обслуговуючу. Тому законодавець визначає і регулює договори про основну господарську діяльність суб'єктів окремою юридичною категорією — категорією господарського договору [352, с. 293].

В. В. Луць зауважує, що хоч гл. 20 ГК України має назву «Господарські договори», в ній відсутнє визначення поняття господарського договору. Натомість у ч. 1 ст. 175 ГК зазначається, що майново-господарськими визнаються цивільно-правові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин при здійсненні господарської діяльності, в силу яких зобов'язана сторона повинна вчинити певну господарську дію на користь іншої сторони або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку. Господарські (в тому числі майново-господарські) зобов'язання можуть виникати, крім інших підстав, з господарського договору та інших угод, передбачених законом, а також з угод, хоч і не передбачених законом, але таких, які йому не суперечать [192, с. 29].

Слід погодитися з В. В. Луцем, який розглядає договір як юридичний факт, якому властиві такі ознаки:

1) у ньому виявляється воля не однієї особи (сторони), а двох чи кількох, причому волевиявлення учасників за своїм змістом повинні збігатися і відповідати одне одному;

2) договір — це така спільна дія осіб, яка спрямована на досягнення певних цивільно-правових наслідків: набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Саме за цією ознакою цивільно-правовий договір відрізняється від договірних форм, що їх використовують в ін-

ших галузях права (трудовому, міжнародному публічному праві тощо) і де вони набувають певних специфічних рис.

Як юридичний факт договір належить до правомірних дій, що вчиняються з волі його учасників і спрямовуються на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав і обов'язків. Проте роль договору не обмежується тільки тим, що він впливає на динаміку цивільних правовідносин (породжує, змінює або припиняє їх), а й, відповідно, до вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог добросовісності, розумності та справедливості, визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірної зобов'язання. У цьому розумінні договір виступає засобом регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах [192, с. 24].

У західній правовій доктрині сформувались об'єктивна та суб'єктивна теорії договору. Перша розглядає договір як угоду двох чи більшої кількості осіб (сторін), спрямовану на встановлення взаємних прав та обов'язків. Сутність договору, згідно із суб'єктивною теорією, полягає у збігу прагнень сторін, що домовляються. Вона ґрунтується на концепції свободи особистості, яка з'явилася у ХІХ ст. і припускає, що кожна людина має право втілювати свої інтереси шляхом вільного укладення угод, які вважаються їй найбільш вигідними. Суб'єктивна теорія була поширена на перших стадіях розвитку капіталізму, зауважує В. К. Мамутов. У подальшому з розвитком капіталістичних виробничих відносин свобода договору у західному правознавстві зазнала значних змін. До того часу з'ясувалося, що вільно укласти можна лише такі угоди, які відповідають економічним інтересам суспільства. Незважаючи на те, що принцип свободи договору не втратив свого значення, сучасне західне право прагне, у першу чергу, забезпечити кожному людські умови існування, й лише після цього — максимально допустиму свободу особистості. Право дедалі значнішою мірою перешкоджає неконтрольованим проявам свободи волевиявлення у договорі [200, с. 233—234].

Стосовно співвідношення категорій господарського договору та господарського зобов'язання В. С. Щербина зауважує, що категорія господарського зобов'язання водночас є загальною (широкою) і частковою (вужчою) стосовно господарського договору. Загальною вона є тому, що господарські зобов'язання виникають з низки підстав, наведених у ст. 174 ГК України, однією з яких є господарський договір. Таким чином, з одного боку, господарський договір є лише частковою підставою виникнення господарських зобов'язань. У цьому розумінні категорія господарського зобов'язання узагальнює договірні господарські зобов'язання, засновані на договорі. З іншого боку, змістом господарського договору є сукупність господарських зобов'язань сторін, тобто їхніх взаємних прав і обов'язків, що виникають саме з такого договору. Господарський договір — це юридичне джерело договірних господарських зобов'язань [352, с. 296].

А. Г. Чепурний відносить господарський договір до двосторонніх правочинів. При цьому правочини він визначає як акти свідомих, цілеспрямованих, вольових дій фізичних і юридичних осіб, здійснюючи які, вони прагнуть досягнення певних правових наслідків. Договором же він визначає угоду двох або кількох осіб про встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків [335, с. 103, 113].

В. К. Мамутов зазначає, що у господарському обороті тією чи іншою мірою використовуються традиційні угоди загального права або, за термінологію, що прийнята у нас, — загальноцивільні угоди. Проте, як правило, йдеться про більш складні форми, в яких використовуються загальноправові (або загальноцивільні) конструкції чи елементи цих конструкцій, але загалом це дещо нові угоди. Чітко виявляється тенденція формування специфічних договірно-правових форм, призначених саме для господарського обороту, які ми тому й називаємо господарськими угодами, та уніфікації цих форм у загальноєвропейському та світовому масштабі. У господарській практиці формуються нові, невідомі раніше у загальному праві конструкції, що отримали назву «неназваних контрактів» (сьогодні, очевидно, в юридичній науці вони називаються «непоіменовані». — В. М.). Ці тенденції порушують найбільш поширені різновиди господарських відносин [200, с. 228].

В. В. Мачуський визначає договір як домовленість двох і більше осіб, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків [205, с. 173].

Господарському (підприємницькому) договору, зауважує Ю. М. Крупка, як різновиду цивільно-правового договору, властиві специфічні ознаки:

— суб'єктами цього договору є юридичні або фізичні особи — суб'єкти господарювання (у тому числі суб'єкти підприємницької діяльності);

— зміст підприємницького договору становлять умови, за якими передається майно (товари), надаються послуги або виконуються роботи з метою здійснення підприємницької діяльності;

— укладення деяких видів підприємницьких договорів пов'язано з необхідністю дотримання певних процедур (наприклад, окремі види зовнішньоекономічних договорів підлягають державній реєстрації);

— законодавством визначено спеціальний орган, який вирішує спори, що виникають із господарських договорів, — господарський суд.

Враховуючи наведені ознаки, Ю. М. Крупка пропонує вважати господарським договір, сторонами якого є суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання і який спрямований на забезпечення господарської (підприємницької) діяльності [167, с. 213].

Розкриваючи відмінності між цивільними та господарськими договорами, В. К. Мамутов зазначає, що, на відміну від цивільних, господарські угоди мають особливості, пов'язані зі специфікою господарської діяльності. Проявляється це, перш за все, у тому, що, принаймні, од-

нією зі сторін за такою угодою є спеціальний суб'єкт (комерсант). Правосуб'єктність комерсанта також є спеціальною, вона пов'язана з функціонуванням його підприємства, з діяльністю, що здійснюється ним систематично, на професійних засадах, на власний страх і ризик [200, с. 234]. Однак виникає запитання, чому такі угоди, в яких лише одна сторона є підприємцем, суб'єктом господарювання, а інша — фізичною особою, належать до господарських угод? Адже в такому разі фізична особа стає суб'єктом господарських відносин.

Тут доречно звернутися до ст. 2 ГК України, за якою учасниками відносин у сфері господарювання названі суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності. Як уже зазначалося, під господарською діяльністю у цьому Кодексі розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Сферу господарських відносин становлять господарсько-виробничі, організаційно-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські відносини. Всі ці відносини складаються між суб'єктами господарювання. Водночас серед суб'єктів господарювання у ст. 55 ГК України вказано лише таких фізичних осіб (громадян України, іноземців, осіб без громадянства), які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці. Отже, фізичні особи, які не зареєстровані як підприємці, за загальним правилом, не є суб'єктами господарювання, суб'єктами господарських відносин і відносин у сфері господарювання.

З огляду на це можна зробити висновок, що відносини між суб'єктами господарювання та просто фізичними особами, в тому числі і договірні, не належать до відносин у сфері господарювання, а договори між такими суб'єктами немає підстав відносити до господарських. Відповідно до ст. 179 ГК України майново-господарські зобов'язання, які виникають між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання і не господарюючими суб'єктами — юридичними особами на підставі господарських договорів, є господарсько-договірними. Положення ГК України не містять норм, які б називали господарським договір, укладений між суб'єктом відносин у сфері господарювання та фізичною особою. І це логічно. Адже фізична особа, володіючи цивільною дієздатністю, саме на її підставі укладає договір з господарюючим суб'єктом про купівлю товарів, робіт чи послуг. Фізична особа без статусу підприємця не володіє господарською правосуб'єктністю і не може укласти господарські договори. Так само не може бути визнаний підприємницьким договір зі споживачем. Цей договір за своїм змістом є споживчим.

А фізична особа — споживач не є суб'єктом підприємницьких відносин і не володіє підприємницькою правосуб'єктністю.

До речі, В. В. Луць акцентує увагу на тому, що ідея розробників Принципів міжнародних комерційних договорів полягала в тому, щоб зі сфери застосування цих принципів виключити так звані споживчі договори, які у різних правових системах стають дедалі більше предметом спеціального правового регулювання у різних його формах, що має переважно імперативний характер і спрямований на захист фізичної особи — споживача, тобто сторони, яка вступає в договір не у процесі здійснення підприємницької діяльності, а поза нею. У ЦК України категорія «споживчих» договорів представлена, зокрема, поняттям «публічний договір» (ст. 633). Публічним визнається договір, в якому однією зі сторін є підприємець, що взяв на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконувати роботи або надавати послуги кожному, хто до нього звертається (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Підприємець не повинен надавати перевагу одній особі перед іншою щодо укладення публічного договору, крім випадків, передбачених законом або іншими нормативними актами. Відмова підприємця від укладення публічного договору за наявності у нього можливості надання споживачеві відповідних товарів, робіт чи послуг не допускається, а необґрунтоване ухилення від укладення публічного договору може тягнути за собою покладення на нього обов'язку відшкодування збитків, заподіяних споживачеві таким ухиленням [192, с. 28].

Так само і Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, яка розроблялась в рамках Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) і була прийнята на спеціально скликаній конференції у Відні в 1980 р., не діє стосовно продажу товарів, які придбаваються не з комерційною метою [206, с. 40].

О. В. Старцев зазначає, що в українському законодавстві немає чіткого визначення поняття господарського договору. Стаття 173 ГК України дає загальне визначення господарського зобов'язання, а у ст. 179 цього ж Кодексу міститься визначення господарсько-договірних зобов'язань як майново-господарських зобов'язань, що виникають між суб'єктами господарювання або суб'єктами господарювання і негосподарюючими суб'єктами — юридичними особами на підставі господарських договорів. Господарський договір оформлює відносини (зобов'язання), що виникають між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання і не господарюючими суб'єктами — юридичними особами, а також органами державної влади, органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією. Тобто характерною ознакою господарського договору О. В. Старцев називає те, що цей договір укладається між суб'єктами господарської (в тому числі підприємницької) діяльності. Зобов'язання майнового характеру, що виникають

між суб'єктами господарювання та негосподарюючими суб'єктами — громадянами, не є господарськими [221, с. 86—87]. Отже, такі договори не можуть бути і підприємницькими, адже підприємницька діяльність є одним з видів господарської.

Крім того, О. В. Старцев наголошує на тому, що господарський договір є різновидом цивільно-правової угоди, тобто за своєю юридичною природою є погодженою дією двох або більше сторін, спрямованою на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, на нього поширюються загальні положення ЦК України щодо зобов'язань у разі, якщо вони не суперечать положенням господарського законодавства України [221, с. 87].

В. К. Мамутов визначає основні відмінності господарських (торговельних) угод від цивільних. Окрім вказаних вище особливостей суб'єктного складу господарських договорів, вказується на відмінність у законодавстві, яким регулюються ті чи інші договори: господарське чи цивільне.

Іншою відмінністю господарських (торговельних) угод від цивільних, на думку В. К. Мамутова, є мета одержання прибутку, поряд із тим, що цивільні договори мають на меті лише забезпечення виконання договору і відшкодування збитків при його порушенні. Загалом з таким твердженням можна погодитись. Однак при цьому слід враховувати, що така відмінність — це, скоріше за все, презумпція, яка ґрунтується на декларуванні особою своїх намірів. Коли метою договору є одержання прибутку, суб'єкт господарювання має бути підприємцем. Він має зареєструватися у встановленому порядку, і саме під час реєстрації задекларувати мету одержання прибутку. При укладенні ж договорів на певних етапах його діяльності може йтися про безприбуткові операції, які викликані, наприклад, потребою звільнити склади, імовірним псуванням товару або швидким закінченням строку придатності. І навпаки, фізична особа, укладаючи договір купівлі-продажу будь-якої речі, не завжди обмежується компенсаційною ціною такої речі. Однак податкове законодавство містить презумпцію: якщо особа здійснює продаж одного виду майна несистематично, то і мети одержання прибутку вона не матиме. Натомість укладення однією фізичною особою протягом року кількох подібних правочинів, наприклад продаж автомобіля чи житла, матиме ознаки систематичності, і з точки зору оподаткування ці правочини вважатимуться такими, що мають на меті одержання прибутку. Відповідно, до них застосовуватимуться підвищені ставки оподаткування, які наближаються до оподаткування підприємців.

В. К. Мамутов вказує на відмінності у різних юрисдикціях щодо скорочених строків вирішення спорів та позовної давності [200, с. 235]. Все це впливає з динаміки підприємницької діяльності, потреби швидкого вирішення спірних питань між підприємцями з метою безперешкодного здійснення подальшої підприємницької діяльності. Це ще раз

свідчить про неможливість називати господарськими чи підприємницькими договори, які укладаються суб'єктом господарювання, в тому числі й підприємцем з фізичною особою. Адже відповідні спори не можуть розглядатись у спеціальній юрисдикції.

Виходячи з розуміння підприємницької діяльності як діяльності самостійної, на власний ризик, вважаємо, що важливе значення має тут принцип свободи підприємницького договору. Така свобода, як і будь-яка свобода вольової діяльності у суспільстві, обмежується, насамперед, законодавчими приписами. Статтею 6 ЦК України визначено основні підходи до співвідношення актів цивільного законодавства і договору. Так, сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає їхнім загальним засадам. Сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. Сторони в договорі можуть відступати від положень актів цивільного законодавства і регулювати свої відносини на власний розсуд. Однак сторони в договорі не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в них прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає і з їхнього змісту або суті відносин між сторонами.

Дещо інша ситуація з регулюванням свободи договору має місце у господарському законодавстві. Так, зловживанням монопольним становищем названо нав'язування таких умов договору, які ставлять контрагентів у нерівне становище, або непов'язаних додаткових умов, що не стосуються предмета договору, включаючи нав'язування товару, непотрібного контрагентові. Дискримінацією суб'єктів господарювання органами влади названо примушування суб'єктів господарювання до пріоритетного укладення договорів першочергової реалізації товарів певним споживачам.

Згідно з ч. 3 ст. 179 ГК України укладення господарського договору є обов'язковим для сторін, якщо він заснований на державному замовленні, виконання якого є обов'язком для суб'єкта господарювання у випадках, передбачених законом, або є пряма вказівка закону щодо обов'язковості укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування. Типовим прикладом такого договору є договір між операторами телекомунікаційних послуг про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж. Так, ст. 57 Закону України «Про телекомунікації» визначено, зокрема, такий принцип взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж: технічні, організаційні та економічні умови взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж, у тому числі розрахункові такси за послуги пропуску трафіка, повинні бути предметом договору між операторами телекомунікаційних мереж.

Крім того, серед принципів діяльності у сфері телекомунікацій ст. 6 Закону України «Про телекомунікації» називає: взаємодію та взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж для забезпечення можливості зв'язку між споживачами всіх мереж; забезпечення сталості телекомунікаційних мереж і управління цими мережами з урахуванням їхніх технологічних особливостей на основі єдиних стандартів, норм та правил; створення сприятливих умов діяльності у сфері телекомунікацій з урахуванням особливостей технологій та ринку телекомунікацій.

Отже, обов'язковим тут є як здійснення технологічного взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж, так і укладення відповідного договору. При цьому укладення договору про взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж має свої особливості. Згідно з ч. 7 ст. 181 ГК України, якщо сторона, яка одержала протокол розбіжностей щодо умов договору, заснованого на державному замовленні, або такого, укладення якого є обов'язковим для сторін на підставі закону, або сторона — виконавець за договором, що в установленому порядку визнана монополістом на певному ринку товарів (робіт, послуг), яка одержала протокол розбіжностей, не передасть у зазначений двадцятиденний строк до суду розбіжності, що залишилися неврегульованими, то пропозиції іншої сторони вважаються прийнятими. Отже, невіршені розбіжності при укладенні господарських договорів, укладення яких є обов'язковим, повинні передаватись на розгляд і вирішення суду. В іншому разі одержані пропозиції іншої сторони вважаються прийнятими. І це лише один приклад обмеження свободи господарського договору порівняно з цивільним договором.

Іншим таким прикладом можуть бути наслідки невиконання попереднього договору. Згідно з ч. 2 ст. 635 ЦК України сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати іншій стороні збитки, завдані простроченням укладення договору, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства. Натомість ч. 3 ст. 182 ГК України передбачено: якщо коли сторона, яка уклала попередній договір, одержавши проект договору від іншої сторони, ухиляється від укладення основного договору, інша сторона має право вимагати укладення такого договору в судовому порядку.

Такий підхід до обмеження свободи підприємницького договору критикує В. В. Луць. Він впевнений, що свобода договору полягає, насамперед, у волевиявленні сторін на вступ у договірні відносини. Волевиявлення учасників договору має складатися вільно, без жодного тиску з боку контрагентів або інших осіб і відповідати внутрішній волі. Ця риса договірної свободи має, на думку В. В. Луця, повною мірою виявлятися й у підприємницькій діяльності, в якій договору відведено чільне місце серед правових форм її здійснення. Волевиявлення сторін при вирішенні питання — вступати чи не вступати їм у договірні відно-

сини — є дуже важливим для суб'єктів підприємництва в умовах ринкової економіки. Адже у планово-адміністративній системі управління економікою вступ у договірні зв'язки визначався, головним чином, приписами планових актів (нарядів, планів прикріплення, титульних списків тощо), відступати від яких сторонам не дозволялося. У теорії господарського договору та арбітражній практиці того періоду загальноприйнятною вважалася думка, за якою із планового завдання виникає цивільно-правове зобов'язання його адресатів укласти між собою договір на умовах, визначених плановим завданням. За порушення цього зобов'язання передбачалась навіть майнова відповідальність, зокрема штраф за безпідставне ухилення від укладення або прострочення в укладенні договору на поставку продукції, яка розподілялась у плановому порядку, тощо. Водночас видатний український цивіліст зауважує, що і в нинішніх умовах не виключено, що обов'язок певних суб'єктів укласти договір може впливати із адміністративного акта, наприклад при видачі державного замовлення або із добровільно прийнятого зобов'язання. Свобода вступу у договірні відносини підтверджується правилом, за яким сторони за взаємною згодою можуть у будь-який час дії договору внести до нього зміни, доповнення або його розірвати [192, с. 33—34].

В. К. Мамутов звертає увагу на те, що у західних країнах обмеження свободи угод відбувається не тільки на державному рівні. Тут дістали поширення типові угоди (угоди у стандартній формі, примусові угоди, угоди приєднання). Вони розробляються великими компаніями, які нав'язують свої умови своїм контрагентам. Останні не беруть участі в обговоренні умов угод та, відповідно, не можуть змінити їх зміст. Типові угоди поширені у роздрібній торгівлі, у сферах обслуговування населення, перевезень. Як бачимо, ці угоди, виходячи з викладеного вище, є споживчими. Однак В. К. Мамутов також зазначає, що типові угоди поширені й у відносинах між підприємцями. Великі виробники товарів вважають, що не вигідно створювати самостійну торговельну мережу, зручніше робити це через вільні від них посередницькі фірми. Відносини між ними оформлюються, як правило, шляхом укладення угоди виняткової концесії, а у сфері послуг — угодою франшизи. Він зазначає, що західне законодавство також втручається у сферу типових угод. Найчастіше це відбувається у формі встановлення обов'язків прийняти пропозицію економічно більш слабкої сторони. Наприклад, забороняється припиняти роботу підприємствам, що монопольно здійснюють постачання електроенергії, газу, за відсутності умов, які вказані в законі, розривати або не відновлювати угоди, що мають довгостроковий характер (оренда житлового приміщення, угода виняткової концесії, франшизи). Держава обмежує у ряді випадків ціни на відповідні продукти, позичкові проценти за кредити та інше, встановлює правила, що визнають недійсними пункти угод, які передбачають надмірно вигідні умови для економічно сильнішої сторони. Розробляються та втілюються системи дер-

жавного контролю за діяльністю підприємств, що укладають типові угоди [200, с. 238].

Слід зауважити, що, обмежуючи економічно сильнішу сторону угоди у встановленні надмірно вигідних для неї умов договору, держава стоїть на захисті саме ринкових відносин, де всі суб'єкти мають бути не лише юридично рівні, а також рівні у своєму доступі до ринку та не можуть зловживати монопольним становищем, яке для ринкової економіки є аномальним. Інші ж випадки обмеження свободи договору, про які йдеться у договорах оренди нерухомості, франчайзингу тощо, мають цивільно-правову природу переважних прав.

Ю. М. Крупка зауважує, що у літературі договір як загальноправова категорія визнається універсальним засобом самоорганізації відповідних суспільних відносин. Як правова форма соціального спілкування (взаємодії), договір спрямовується на досягнення його сторонами певних соціально значущих цілей, правомірного результату, що потребує не тільки узгодження інтересів суб'єктів, а й їхньої адекватності суспільним потребам та інтересам [167, с. 212]. Договір як абстрактне поняття можна розуміти: 1) як дво- або багатосторонню угоду/домовленість, що слугує підставою виникнення відносин, за якими визнається правовий (юридичний) характер; 2) як зобов'язання, тобто абстрактну модель правового зв'язку між суб'єктами, тобто правовідносини, у яких уповноваженій особі протистоїть обов'язок іншої особи до відповідної поведінки. Договір, на думку О. А. Беляневич, може бути визначений і різновидом правових засобів — особливих юридичних утворень, призначених для організації та регулювання відповідних суспільних відносин, розрахованих на багаторазове використання, порядок застосування яких передбачений законодавством [50, с. 524—525].

Законодавство зарубіжних країн континентальної правової системи, зазначає О. О. Макарова, чітко розмежовує договір загальноцивільний і договір у сфері підприємницької діяльності. Все, що пов'язане з підприємницькою діяльністю комерсанта, є його торговою діяльністю і регулюється нормами торгового (комерційного) права. Відповідно, договір у сфері підприємницької діяльності — це цивільно-правовий договір, який укладається між підприємцями, або договір, однією із сторін якого є підприємець. Положення про договори у сфері підприємницької діяльності включені в багатьох європейських країнах до торгових кодексів (Німеччина, Франція та ін.), до спеціальних законів (Закон про зобов'язальне право Швейцарії, Закон про договори Швеції та ін.) [147, с. 233].

Особливістю розвитку сучасного приватного права є тенденція до уніфікації правових систем, завдяки яким відбувається стикування та взаємодія різних систем національного законодавства з метою спрощення міжнародних відносин, зняття перешкод у міжнародному обороті товарів, капіталів та робочої сили, свободи їхнього пересування. Прискоренню цих процесів сприяє діяльність численних міжнародних організа-

цій з уніфікації міжнародного права. Серед міжнародних організацій, які відіграли помітну роль в уніфікації колізійних та матеріальних цивільно-правових норм у сфері купівлі-продажу, факторингу, лізингу та деяких інших, В. В. Луць називає Міжнародний інститут уніфікації приватного права (УНІДРУА), у рамках якого у вигляді неформальної уніфікації були розроблені Принципи міжнародних комерційних договорів. В основі створення Принципів лежить порівняльно-правовий аналіз норм міжнародного приватного права різних національних правових систем у контексті регулювання міжнародних угод. Як відзначила Адміністративна рада УНІДРУА у вступі до цих принципів, останні є досить гнучкими для того, щоб враховувати постійні зміни, які відбуваються в результаті розвитку технологій та економіки і торкаються практики торгівлі, яка перетинає кордон. У той самий час вони намагаються забезпечити чесність у міжнародних комерційних відносинах шляхом прямого формулювання загального обов'язку сторін діяти згідно з добросовісністю і чесною діловою практикою [192, с. 27].

Характеризуючи правове регулювання господарських угод у західних країнах загалом, В. К. Мамутов робить висновок, що воно здійснюється на підставі поєднання приватноправового та публічно-правового впливу як при укладенні угод, так і в ході їх виконання. Державне втручання у договірні відносини здійснюється шляхом законодавчого підпису про внесення до господарських угод окремих обов'язкових умов та встановлення заборон на укладення окремих угод [200, с. 241].

Зі складним характером підприємництва, що здійснюється через різноманітні організаційно-правові форми виробничої і комерційної діяльності підприємств, Ю. М. Крупка пов'язує існування розмаїття господарських відносин майнового, організаційного та іншого характеру, які набувають певної юридичної форми в результаті укладення господарських договорів. Господарські договори у своїй сукупності являють собою систему, елементами якої (окремим договорам) притаманні як загальні риси господарських договорів, так і індивідуальні ознаки, обумовлені особливостями змісту конкретних господарських відносин. Наявність різноманітних за економічним змістом і юридичними ознаками господарських договорів обумовлює доцільність їхньої класифікації [167, с. 213].

Як зазначає В. С. Щербина, різноманітність господарської діяльності обумовлює існування широкого кола господарських договорів. Кожному господарському договору властиві і загальні риси цієї правової категорії, і специфічні ознаки, притаманні саме цьому виду господарських договорів. Тому для їхнього (договорів) розмежування застосовується доктринальна і нормативна класифікація господарських договорів, основою яких є їхні юридичні (внутрішні) властивості [352, с. 296].

В. В. Мачуський притримується цивілістичної класифікації підприємницьких договорів. Він зауважує, що важливе практичне значення має поділ договорів на консенсуальні і реальні [205, с. 174].

Як правильно зауважує В. В. Луць, наукову класифікацію договорів можна проводити за різними ознаками (критеріями) залежно від цілей, які при цьому ставляться. Класифікація договорів має сприяти глибокому з'ясуванню їх природи і змісту, виявленню властивих їм спільних рис і особливостей, подальшому вдосконаленню законодавства про договори. Систематизацію (групування) цивільно-правових договорів, зазначає він, здійснюють, зокрема, за ознаками: наявності чи відсутності у договорі зустрічного задоволення (договори оплатні чи безоплатні), за розподілом прав та обов'язків між сторонами (односторонні чи двосторонні), за моментом у часі, коли договір вважається укладеним (реальні і консенсуальні), тощо [192, с. 55].

В. К. Мамутов зазначає, що у західній науковій та навчальній літературі залежно від засадничих критеріїв наводяться різноманітні класифікації угод: односторонні та двосторонні, відплатні та безвідплатні, угоди дійсні, заперечувальні та недійсні, квазіугоди та ін. Загалом такі класифікації застосовні й до господарських угод, оскільки вони є одним з різновидів угод. Але господарські угоди численні й також потребують систематизації. В. К. Мамутов поділяє їх на такі різновиди:

— торговельні угоди. До них належать численні угоди, пов'язані з виробництвом продукції та наданням послуг систематично та на професійних засадах;

— організаційні угоди (про створення товариств, груп підприємств, корпорацій, компаній та ін.);

— угоди за участю споживачів (угоди приєднання, угоди на виконання представницьких та посередницьких функцій та ін.);

— адміністративні угоди [200, с. 240].

Вище ми вже зазначали, що не підтримуємо точку зору, згідно з якою договори за участю споживачів (споживчі договори) належать до господарських, у тому числі підприємницьких договорів. Вважаємо, що такі договори слід виокремлювати з-поміж договорів між підприємцями чи іншими суб'єктами господарювання.

Поклавши в основу класифікації правовий наслідок (мету) договорів, В. В. Луць пропонує виділити такі групи цивільно-правових договорів, що їх застосовують у підприємницькій діяльності:

1) договори про передачу майна у власність, повне господарське відання або оперативне управління (купівля-продаж, поставка, контрактиція, позика, міна (бартер), постачання енергетичних ресурсів тощо);

2) договори про передачу майна у тимчасове користування (майновий найм, оренда, лізинг, прокат тощо);

3) договори про виконання робіт (підряд, будівельний підряд, на виконання проектних і пошукових робіт, на проведення аудиту тощо);

4) договори на передачу результатів інтелектуальної діяльності (ліцензійні договори, доручення, комісія, зберігання, консигнація, кредитний договір, факторинг, страхування підприємницьких ризиків тощо);

5) договори на передачу результатів інтелектуальної діяльності (ліцензійні договори, договори на передачу науково-технічної продукції, комерційна концесія тощо);

6) договори про спільну діяльність (засновницький договір, договір простого товариства, угоди про науково-технічне співробітництво тощо);

7) забезпечувальні договори (договори застави, поруки, гарантії, задатку, притримання тощо [192, с. 63].

Очевидно, що дана класифікація не є вичерпною, перш за все, з огляду на застосування принципу свободи підприємницького договору, постійного розвитку ринкових відносин та виникнення нових, непоіменованих договірних конструкцій.

Теорія зобов'язального права класифікує господарські договори за кількома критеріями, зазначає В. С. Щербина. За суб'єктним складом розрізняють дво- і багатосторонні договори. Залежно від юридичної підстави укладення договору розрізняють два різновиди господарських договорів: договори, які укладаються на підставі державних замовлень і зміст яких повинен відповідати цим замовленням (плановані договори), та договори, які укладаються на поставку продукції, виконання робіт, надання послуг на підставі господарських намірів сторін (на основі вільного волевиявлення сторін), юридично виражених істотними умовами договору (регульовані договори) [352, с. 297]. Проте ознаки планованих договорів, які наводить В. С. Щербина, видаються недостатніми для того, щоб можна було однозначно стверджувати про їхню особливу юридичну значимість для класифікації. На нашу думку, лише в разі закріплення обов'язку суб'єкта підприємництва укладати договір на виконання державного замовлення він буде за юридичною підставою відрізнятися від звичайного підприємницького договору. Адже участь підприємця у виконанні державного замовлення за власною ініціативою юридичної підставою матиме волю сторін, оскільки воля сторін є зафіксованою підставою для укладення регульованих договорів. Коли ж ідеться про обов'язкову участь підприємця у забезпеченні державних потреб, тоді відсутні ознаки договору як диспозитивного інструменту, натомість діють імперативні приписи, і про цивільно-правову природу такого договору говорити було б безпідставно.

Залежно від способу виникнення В. С. Щербина розрізняє формальні, реальні і консенсуальні договори. За способом оферти і визначення змісту договору — договори приєднання та договори, зміст яких сторони визначають при укладенні. За регулятивними функціями договори, на його думку, поділяються на попередні і основні, генеральні і поточні. Нормативна ж класифікація господарських договорів здійснюється за предметною ознакою, тобто залежно від видів майнових відносин, які є предметом відповідних договорів. Їх системно визначає ГК України як основний закон щодо господарських договорів. Однак, як правильно

зазначає В. С. Щербина, слід мати на увазі, що деякі види господарських договорів не увійшли до ГК, а регулюються нормами ЦК України, який систематизує господарські договори разом з цивільними. За предметною ознакою закон розрізняє господарські договори на передачу майна у власність (господарське відання, оперативне управління), на передачу майна у строкове платне користування, на виконання робіт, на перевезення вантажів та надання інших господарських послуг [352, с. 298—299].

Отже, підприємницький договір — це двосторонній правочин, що вчиняється суб'єктами підприємницької діяльності з метою забезпечення виробництва товарів, виконання робіт, надання послуг. Для правильного розуміння цієї дефініції слід постійно мати на увазі, що правочин — категорія цивільного права. Саме тому укладення підприємницького договору спрямоване на виникнення, зміну або припинення саме цивільних, переважно майнових, прав та обов'язків.

Підприємницький договір є одним з видів господарського договору, так само як підприємницька діяльність є видом господарської діяльності. Саме тому при дослідженні правової природи підприємницького договору слід брати до уваги також норми господарського законодавства. Однак це не змінює приватноправової природи цього регулятора підприємницьких відносин. ГК України є комплексним кодифікованим актом, який містить як приватноправові, так і публічно-правові норми. Тому не можна говорити про виключно господарсько-правову природу підприємницького договору. Суб'єкти підприємницької діяльності, як юридичні особи та фізичні особи — підприємці, правосуб'єктність яких визначається цивільним законодавством, реалізують через укладення підприємницьких договорів саме цивільну правосуб'єктність.

Підприємницьким (а так само господарським) не може називатись договір, однією із сторін якого є споживач, оскільки споживач не володіє спеціальною правосуб'єктністю, необхідною для здійснення підприємницької або іншої господарської діяльності, та не може брати участі у відповідних правовідносинах.

Для укладення деяких підприємницьких договорів як договорів господарських чинним законодавством передбачено обмеження свободи договору, що відрізняє їх від класичних цивільно-правових договорів. Однак питання співвідношення свободи договору та договорів, укладених з обмеженням свободи договору, потребує подальшого, глибшого дослідження.

Доктринальні класифікації підприємницьких договорів у своїй переважній більшості відповідають нормативним класифікаціям цивільно-правових договорів. Однак деякі науковці більше диференціюють їх і за ознакою правової мети правочину та поділяють за видами підприємницької діяльності, для здійснення якої укладається договір.

3.3. Звичай ділового обороту як джерело виникнення та регулювання підприємницьких відносин

Без сумнівів, реформування правової системи України триває, коригуються та змінюються певні підходи до визначення тих чи інших правових явищ та інститутів. Проте певні підходи до правотворення та правореалізації і досі залишаються досить консервативними, а інколи й рудиментарними і реакційними. Актуальним завданням є зміна поглядів на зміст і значення певних стереотипів у праві. Саме до таких класичних стереотипів слід віднести усталену у цивілізованому світі думку про торговий звичай як джерело підприємницького (комерційного) права. Точніше сказати, певного стереотипного оформлення набули підходи до розуміння та ролі звичаю у комерційному обороті як джерела регулювання підприємницьких відносин.

У цьому відношенні для проведення відповідного аналізу перш за все слід визначитись із категоріальним апаратом. Нині поширеними та вживаними у науковій літературі є такі терміни: «торговий звичай», «звичай торгового обороту» та «звичай ділового обороту». Вони найчастіше вживаються як замітники і жодної відмінності у змістовному навантаженні не несуть. На противагу їм вживається термін «торгові узвичаєння» («торговые обыкновения»), суть та значення якого будуть розглянуті нижче.

У цьому дослідженні вживатиметься загальний єдиний термін щодо позначення звичаїв у підприємницькій діяльності — «звичай ділового обороту» (далі — ЗДО), аналогом якого в англійській мові є «customs of trade».

Загальновідомо, що виникнення та поширення ЗДО безпосередньо пов'язані із звичаєвим правом, яке передувало праву писаному. Не вдаючись в подробиці вивчення цього явища як такого, слід лише зазначити, що ЗДО виникли і набули своєї важливої ролі як джерело на той час торгового, а пізніше — комерційного права задовго до становлення систем писаного права, уявлення про яке ми маємо нині.

Слід зазначити, що чинне українське законодавство містить чимало відсилань до ЗДО. Зокрема до таких відсилань слід віднести, перш за все, норму, яка міститься у ст. 7 «Звичай» ЦК України щодо ЗДО як джерела регулювання майнових відносин у сфері підприємництва. Зазначена норма визначає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Визначено також, що звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Чи не найбільшого розвитку звичаї ділового обороту отримали у відносинах торговельного мореплавства. До звичаїв у сфері торговельного мореплавства відсилають законодавчі норми, закріплені у статтях 6,

78, 146, 293, 295 Кодексу торговельного мореплавства України (далі — КТМ). Наприклад, ст. 293 КТМ регулює порядок застосування звичаїв: «...у процесі визначення виду аварії, обчислення розмірів загальної аварії та складання диспаші диспашер у разі неповноти закону керується міжнародними звичаями торговельного мореплавства». У торговельному мореплавстві склалися й інші звичаї: порядок перевезення вантажів на палубі (так званий палубний вантаж), розподіл збитків від спільної аварії.

Використовувати торговельні звичаї українське законодавство надає можливість (і зобов'язує) не лише суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності, а й судовим органам, які вирішують їхні суперечки з іноземними контрагентами. Це є можливим, якщо відносини між сторонами не врегульовано ані законодавчими актами, ані умовами контракту. Таке положення закріплене у ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Практично аналогічну норму містить і ч. 5 ст. 4 ГПК України: «У разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосувати міжнародні торгові звичаї».

Порядок застосування норми ч. 5 ст. 4 ГПК визначив Вищий господарський суд України в п. 3.2 Роз'яснень Президії ВГС України «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 31 травня 2002 р. № 05/-4/608. Президія ВГС України дійшла висновку, що господарські суди у вирішенні спору мають застосовувати звичаї у сфері міжнародної торгівлі у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини або якщо угодою сторін передбачено застосування цих звичаїв; крім того, наведено приклади таких звичаїв. «Торгові та інші чесні звичаї» застосовуються і у сфері захисту економічної конкуренції згідно зі статтями 6, 8, 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. Ці положення законодавчих актів свідчать про те, що міжнародні звичаї визнаються джерелом приватного права в Україні.

Питання посилення значення звичаю торгового обороту як важливого регулятора підприємницьких відносин на сьогодні викликає надзвичайно багато суперечок, проте залишається одним із потенційно сильних регуляторів підприємницьких відносин, особливо у вигляді формування відповідних корпоративних практик [42, с. 86]. Навряд чи однозначно можна погодитись із О. А. Беяневич, яка з приводу торгового звичаю зазначає таке: «Вопрос об обычаях делового оборота и их значимости для регулирования отношений, складывающихся в сфере хозяйствования (предпринимательства), имеет сегодня, скорее, теоретическое, нежели прикладное значение в силу исторических причин. В частности, как отмечает М. Н. Марченко со ссылкой на зарубежные источники, в настоящее время внимание академических кругов к обычаям может рас-

смагиваються скорее как проявление «научной инерции», дань давней традиции, согласно которой обычай выступал важнейшим и основополагающим источником романо-германской правовой системы, нежели отражение современного положения обычая в иерархии источников права» [49]. О. А. Беяневич, очевидно, виходить із того, що застосування торгових звичаїв (звичаїв ділового обороту) спричинить значне розширення дискретних повноважень суду, що може призвести до можливості зловживань. Проте чи варто тоді вести мову про посилення ролі морально-етичних категорій у правозастосовній практиці, про що йшлося вище? Та чи можна вести мову про оцінку можливості удосконалення правового (приватноправового) регулювання підприємницьких відносин, відштовхуючись від наявності зловживань у судовій системі? Такий аспект має обов'язково враховуватись, але чи варто його класти в основу прийняття того чи іншого рішення. Зокрема російські науковці, посилаючись на згадану Концепцію реформування цивільного законодавства РФ, наголошують на необхідності не лише посилення ролі ЗДО у підприємницьких відносинах, а й розширення його тлумачення. Зокрема вони пишуть: «В статье 5 ГК в качестве источника гражданского права назван обычай делового оборота. Между тем обычай широко применяется не только в предпринимательской деятельности, например, в отношениях, связанных с определением гражданами порядка пользования общим имуществом. А не стоит ли пойти дальше? Расширить область применения понятия «правовой обычай» в контексте гражданского законодательства (но не семейного!) и санкционировать данную область за счет религиозных канонов. Хотя они и относятся к самостоятельной форме права в России, в чистом виде применены быть не могут, однако в результате сложившейся договорной практики между *коммерческими партнерами — единоверцами* вплетаются в отношения, возникающие между ними, и влияют на правовое регулирование...» [74, с. 29—30]. Таким чином, з точки зору інших науковців ЗДО не лише є таким, що заслуговує на увагу як потенційно сильний регулятор підприємницьких відносин, а й як приватноправове явище (чинник) регулювання, застосування якого потребує розширення.

Поряд із ЗДО у законодавстві часто трапляється термін «інші вимоги, що звичайно ставляться». Граматичне тлумачення заключної частини норми ст. 526 ЦК України дає підстави для висновку, що звичаї ділового обороту є частиною більш широкого поняття «інші вимоги, що звичайно ставляться», при цьому «звичайне» не є синонімом «звичаю». «Звичайні» вимоги стосуються, зокрема, ціни договору (ст. 632 ЦК України), якості та комплектації товару (статті 673, 682 ЦК України), тари та упаковки (ст. 685 ЦК України), ціни товару (ст. 691 ЦК України), «звичайної» практики морського агентування, доставки та прийняття вантажу (статті 117, 160, 166 Кодексу торговельного мореплавства України) та інших відносин.

Відповідно, характерним для ЗДО є те, що:

- це правило (алгоритм) певної поведінки;
- така поведінка має бути ustalеною, іншими словами, відомою і досить поширеною у певному середовищі (зокрема серед підприємців);
- поведінка не обов'язково має легальне (нормативне) закріплення;
- поведінка (певний порядок вчинення дій), як типова для певної ситуації, може бути зафіксована у певному документі;
- своєю сутністю така поведінка не може суперечити змісту договору та/або актам цивільного законодавства.

Виходячи із загальних характеристик ЗДО, постає низка запитань, пов'язаних зі ЗДО:

- чи є підстави вважати ЗДО потенційно важливим джерелом підприємницьких (комерційних) відносин;
- у чому полягає цінність ЗДО для регулювання комерційного обороту порівняно з нормативним регулюванням;
- чому національна судова практика майже не використовує ЗДО;
- які подальші перспективи для використання ЗДО у правозастосовній практиці в Україні

Задля розуміння значення ЗДО у сучасному підприємницькому праві можна навести слова Р. З. Зумбулідзе: «...В условиях развития договорных отношений, особенно в сфере предпринимательской деятельности, законодательство не всегда способно урегулировать все элементы имущественных отношений. Здесь на помощь приходит формирующееся стихийно, но с учетом интересов отдельных групп лиц, обычное право» [136, с. 11—12]. Слід зазначити, що у сучасній підприємницькій практиці використання звичаїв ділового обороту є досить поширеним явищем, проте переважна частина такого застосування стосується міжнародного приватного права. Відкритим залишається питання щодо застосування ЗДО не лише на міжнародному, а й на національному рівні. Іншими словами, правило, що досить часто використовується на практиці, наприклад щодо обміну факсовими текстами договорів, має знайти своє адекватне відображення і у судовій практиці. Питання стосовно повсякденного встановлення (фіксування) ціни та розрахунків у іноземній валюті має адекватно сприйматися і судовою практикою, виходячи з того, що фактично ми маємо справу з класичним ЗДО на сьогодні в Україні. Комплексний і всебічний підхід до з'ясування суті питання під час судового розгляду має виключити можливості зловживання недобросовісною стороною ЗДО.

Аналізуючи сучасний стан речей у практиці застосування ЗДО, зокрема і судовій практиці, необхідно пам'ятати про попереднє сприйняття цього явища у радянський період. Він характеризується майже суцільною відсутністю звичаїв у праві як таких, так і ЗДО, підміною останніх так званими принципами комуністичного співжиття. Відповідь на запитання про причини такого сприйняття звичаїв у радянський

період очевидна і полягає у несприйнятті державою практики вільного трактування певних обставин без всеосяжної доброї волі владного апарату. Зокрема свого часу С. Н. Братусь писав з цього приводу: «..В социалистическом праве, где основным источником права являются нормативные акты, правовой обычай (т. е. обычай, санкционированный Советским государством, осуществление которого обеспечивается принудительной силой государства), применяется лишь в качестве исключения» [59, с. 277].

На сьогодні ситуація з регулюванням підприємницької діяльності за допомогою ЗДО як такого докорінно змінилась. Проте певні негативні наслідки минулого ми спостерігаємо донині.

Нині досить важко, якщо взагалі можливо, навести хоча б кілька ЗДО, які усталено мають місце у комерційному обороті в Україні. Це пояснюється насамперед:

— вітчизняною юридичною спадщиною, яка тривалий час не сприймала ЗДО як джерело права;

— досить пізньою ратифікацією міжнародних конвенцій та угод, які фактично закріплюють ті чи інші ЗДО (зокрема йдеться про ІНКО-ТЕРМС);

— певною судовою заангажованістю щодо застосування ЗДО при винесенні (ухвали) судового рішення, що певною мірою стосується і наявної практики прийняття роз'яснень та узагальнень практики вищими судами, які, в свою чергу, не приділяють ЗДО належної уваги;

— незначним поширенням в Україні корпоративних практик, які закріплюють ті чи інші ЗДО;

— відсутністю належної науково-викладацької роботи щодо роз'яснення та поширення серед майбутніх юристів знань про ЗДО як важливого джерела підприємницького (комерційного) права.

З нормативно закріплених ЗДО в Україні щонайперше і останнє з недалекого минулого можна назвати вищезазначені положення КТМ щодо практики розвантажування суден у портах. З більш давнього історичного досвіду — положення ст. 77 Земельного кодексу УРСР 1922 р. стосовно поділу селянського двору (подвір'я), який містив таку норму до 1970 р. Насправді жодних інших конкретних положень щодо звичаїв чи ЗДО за чинним законодавством України навести не можна саме через їхню відсутність.

Проте постає запитання, чи дійсно можна і треба сприймати ЗДО у такому дещо усіченому розумінні? Можливо, варто розглядати ЗДО у більш широкому визначенні?

Говорячи про звичаї у праві як такі, слід також пам'ятати, що існують кілька видів звичаїв, які можуть використовуватись у цивільному (приватному) праві як регулятори суспільних відносин. Зокрема О. М. Родіонова, пишучи про систему джерел цивільного права Росії і цивільно-правові звичаї, зазначає, що до звичаїв слід віднести:

- звичаї ділового обороту (ст. 5 ЦК РФ);
- місцеві звичаї (ст. 221 ЦК РФ);
- національні звичаї (ст. 19 ЦК РФ) [280, с. 167].

Слід також погодитись і з тим, що існує і певний різновид (система) звичаїв у підприємницькій діяльності, зокрема до них, на думку автора, слід віднести такі.

1. Найпростіші торгові звичаї, притаманні періоду існування певного торгового стану, перш за все, так зване купецьке слово. На сьогодні такий вид ЗДО майже себе вичерпав і не має перспектив щодо широкого застосування через об'єктивні причини.

2. Класичні звичаї торгового обороту як усталені правила поведінки серед комерсантів, яких майже неможливо в даний час віднайти у практиці правозастосування. Парадокс ситуації полягає в тому, що класичні ЗДО мають бути не писаними, а просто усталеними у практиці. Проте саме відсутність цього епістолярного елемента породжує подвійне тлумачення і можливі непорозуміння. Відтак підприємців не влаштовує і не може влаштовувати така ситуація. Слід зазначити, що саме через об'єктивні складнощі у правозастосовній діяльності такі ЗДО спеціально збиралися, описувалися та систематизувалися. Зокрема варто згадати так звані узагальнення торгових звичаїв бірж, поширених наприкінці ХІХ ст. (на території Російської імперії): «Обычаи (торговые) Рижской биржи» [222], «Обычаи торговые Кенигсбергской биржи» [223], «Свод Либавских торговых обычаев, утвержденных и исправленных общим собранием Либавской биржи» [289] тощо.

3. Усталені ЗДО, які зафіксовано певним чином у писаному вигляді. Перш за все, це стосується Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів ІНКОТЕРМС. У літературі існують різні думки стосовно того, чи можна останні вважати класичними ЗДО. Зокрема серед аргументів contra наводяться такі твердження, що класичні ЗДО не можуть мати писаного вигляду. Проте більшість науковців визнають за ІНКОТЕРМС саме певне писане закріплення звичаїв торгового обороту. Видається, що висвітленню ролі ІНКОТЕРМС у міжнародній практиці доцільно було б присвятити окрему увагу.

4. ЗДО, які знайшли своє відображення у різноманітних корпоративних кодексах поведінки у різних сферах комерційного обороту. Порівняно з попередньою формою документарного узагальнення ЗДО слід відзначити значно вужчу сферу застосування останніх та їхню певну корпоративність і специфічність.

Віднесення правил ІНКОТЕРМС та корпоративних кодексів поведінки до різновидів ЗДО узгоджується та кореспондується із положенням п. 3 ч. 1 ст. 7 ЦК України, згідно з яким звичай може бути зафіксованим у відповідному *документі*.

Єдине, що варто відзначити саме щодо ролі Правил ІНКОТЕРМС у контексті правозастосування на національному рівні, це суттєві змі-

ни, що сталися нещодавно стосовно розуміння та сприйняття Правил ІНКОТЕРМС для національного правозастосування. Зокрема йдеться про останню редакцію ІНКОТЕРМС 2010 року [322], яка набула чинності з 01.01.2011 року. Слід зазначити, що вперше більш ніж за 70-річну історію існування збірника його коротка аббревіатура була авторами розшифрована як «ICC Rules for the Use of *Domestic* and International Trade Terms» — «Правила ІСС (міжнародної торгової палати) з використання *національних* і міжнародних торгових термінів». Іншим словами, правила ІНКОТЕРМС вперше за 70-річну історію свого існування були представлені Міжнародною торговою палатою (МТП) саме як правила для застосування на національному рівні. Тим самим упорядники зайвий раз наголосили на тому, що Правила ІНКОТЕРМС передбачають не лише теоретичну, а й практичну можливість використання торгових термінів (як відображення певних звичаїв ділового обороту) як у договорах міжнародної купівлі-продажу товарів, так і (що вкрай важливо) стосовно внутрішньої торгівлі. Єдине, що слід враховувати при застосуванні останніх на національному рівні, це специфіка самих Правил ІНКОТЕРМС, а саме: вид перевезення — морським транспортом. Як справедливо зазначає з цього приводу О. В. Фонотова: «Поместив указание на «национальные торговые термины и включив необходимые редакционные дополнения в толкования самих условий, МТП формально сделала ИНКОТЕРМС доступными и полностью пригодными для применения в национальной торговле» [329, с. 165].

Не вдаючись в детальну характеристику новел Правил ІНКОТЕРМС-2010, чому має бути, на нашу думку, присвячене окреме дослідження, слід ще раз наголосити на тому, що залишається проблема відповідного їхнього сприйняття підприємцями на національному рівні для належного використання та застосування. Така практика існує майже на всьому пострадянському просторі. Та сама О. В. Фонотова з цього приводу зазначає: «В свете новых изменений, призванных облегчить осуществление коммерческих операций и снизить соответствующие риски для предпринимателей, хочется надеяться, что отечественным коммерсантам не понадобится еще один десяток лет, чтобы освоиться с особенностями торговых терминов. Успешному введению ИНКОТЕРМС-2010 в российскую практику способствовало бы скорейшее принятие ряда мер на национальном уровне, направленных на ознакомление деловых кругов с действующей редакцией сборника и создание условий для более последовательного, грамотного и регулярного применения новейших торговых условий в деловых отношениях, особенно для регулирования внутренней купли-продажи товаров» [329, с. 168].

Посилання вищезазначеного автора на певні проблеми у сфері правозастосування та правосвідомлення суб'єктами підприємницького обороту положень ІНКОТЕРМС має під собою досить тривалі історичні процеси та передумови. Зокрема в Україні Правила ІНКОТЕРМС було

введено нещодавно, а до цього вони взагалі не застосовувались у правозастосовній практиці на національному рівні.

Указ Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» (ІНКОТЕРМС. — В. М.) був прийнятий 4 жовтня 1994 р. Зокрема у ньому було зазначено, що з метою однакового тлумачення комерційних термінів суб'єктами підприємницької діяльності України при укладанні договорів, а також учасниками відносин, що виникають у зв'язку з такими договорами:

1) при укладанні суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів), предметом яких є товари, застосовуються Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів, підготовлені Міжнародною торговою палатою у 1953 р. (далі — Правила ІНКОТЕРМС);

2) суб'єктам підприємницької діяльності України при укладанні договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів), забезпечувати додержання Правил ІНКОТЕРМС;

3) дію Указу поширити на відносини, що виникають у зв'язку з договорами, в тому числі зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними після набуття чинності цим Указом.

Зрозуміло, що навіть з огляду на можливість застосування цих правил виключно до зовнішньоекономічних контрактів позиція законодавця на той час була досить прогресивною.

Незважаючи на широку популярність і практичну застосовність, за своєю правовою природою ІНКОТЕРМС не є джерелом права в об'єктивному сенсі, тобто ці правила не виражені як норми права. Разом з тим, вони можуть отримати юридично обов'язкове значення, якщо у договорі на них сторонами буде зроблене посилання. Іншими словами, таке посилання, будучи договірною умовою, надасть ІНКОТЕРМС зобов'язуючий характер для контрагентів. У подібній ситуації ІНКОТЕРМС набувають якості джерела права у суб'єктивному сенсі — джерела суб'єктивних прав і обов'язків сторін через вимогу закону.

Вкотре звертаючись до питання досить пасивного використання Правил ІНКОТЕРМС вітчизняними підприємцями, слід шукати корені цього в тій історичній правовій спадщині, що залишилась нам від періоду радянського права.

Очікувати за часів СРСР активного застосування ІНКОТЕРМС не було жодного підґрунтя. Навпаки, складалась постійна практика обмеження дискретних повноважень суб'єктів господарювання. З іншого боку, СРСР укладав двосторонні угоди з поставок, тим самим обмежуючи саму можливість використання ІНКОТЕРМС. Доречно тут навести цитату одного з ідеологів радянського права А. Я. Вишинського, який писав з цього приводу: «Закон есть форма, в которой выражается воля господствующего класса. Право это не один закон, а вся сумма или вся совокупность законов» [68, с. 421]. Шкода, проте результати такого трак-

тування права подекуди спостерігаємо і нині. Зокрема і насамперед це стосується судової практики. Хоча певні позитивні моменти вже спостерігаються навіть у тому, що допущена сама можливість застосування ЗДО як джерела регулювання певних правовідносин. Р. З. Замбулідзе пише з цього приводу: «Существенным нововведением является признание государством в качестве одного из источников гражданского права наряду с нормативным актом обычая делового оборота и других правовых обычаев. Тем самым государство допустило возможность формирования гражданско-правовых норм в децентрализованном порядке, за рамками законотворческого процесса» [136, с. 10]. Аналогічної думки дотримується і М. І. Брагінський, який зазначає з цього приводу: «Несомненно, что ниша в правовом регулировании, оставленная для обычаев делового оборота, является признанием роли децентрализованных мер правового регулирования в целом и свободно складывающихся на нем договорных отношений» [58, с. 66].

Останнім видом джерела ЗДО є так звані корпоративні кодекси, або кодекси корпоративної поведінки, в тій чи іншій сфері підприємницької діяльності. Саме з ними пов'язують наступний етап розвитку застосування ЗДО у вітчизняній практиці. Чинниками, що сприяють такому розумінню, є, насамперед, такі.

1. Суб'єкти тієї чи іншої сфери комерційного обороту добровільно створюють такі кодекси поведінки за відсутності будь-якого адміністративного тиску чи державного впливу.

2. Кодекси корпоративної поведінки, як правило, створюються під егідою певної громадської структури (асоціації), що об'єднує більшість учасників тієї чи іншої сфери комерційного обороту.

3. Такі кодекси значно більше та повніше деталізують і формалізують відповідні ЗДО у певній конкретній сфері, чим якісно відрізняються від загальних засад ЦК чи ГК України.

4. Кодекси корпоративної поведінки, формалізуючи ті чи інші ЗДО, сприяють усуненню їхнього неоднозначного тлумачення.

5. Корпоративні кодекси, як правило, включають у себе ті ЗДО у конкретній сфері, які пройшли «перевірку» часом та практикою і відповідають вимогам «неодноразовості» та «систематичності» у їхньому застосуванні.

6. Кодекси корпоративної поведінки спрямовані на максимальне обмеження втручання державних органів і сприяють вільному та автономному волевиявленню учасників певного сегменту ринку.

7. Корпоративні кодекси дедалі більше набувають у світі визнання як джерела регулювання відносин у комерційній сфері (як вид джерела ЗДО).

Наразі в Україні можна навести за приклад такі кодекси корпоративної поведінки:

— Кодекс професійної етики UAPR;

- Кодекс професійної етики Українського товариства оцінювачів (затверджено радою УТО. Протокол № 46 від 12.12.2004 року);
- Регламент спільноти професійних електронних медіа (ухвалений 19 липня 2011 р.);
- Кодекс професійної етики аудиторів тощо.

Свого часу ще М. І. Кулагін писав про формулярне право, під яким він розумів типові договори, а їхнім різновидом вважав вищезазначені кодекси поведінки. «Сходным образом приобретаю юридическое значение и некоторые правила, содержащиеся в актах, которые издаются частными организациями. Они признаются правовыми обычаями. Это могут быть общие условия ведения той или иной предпринимательской деятельности, правила, принимаемые торговыми палатами, кодексы поведения, регулирующие принципы действия представителей определенных профессий (в частности, деонтологические кодексы врачей и фармацевтов). С учетом норм, содержащихся в них, решаются иногда правовые вопросы, например, нарушил или нет врач свои профессиональные обязанности» [177, с. 235].

Досить детальну оцінку таких кодексів професійної етики та їх значення у регулюванні сучасної підприємницької діяльності як ЗДО було надано Т. О. Батровою. З цього приводу вона зазначає: «Учитывая, что корни многих существующих в российской торговле проблем лежат в сложившейся практике ведения бизнеса, особую роль среди механизмов регламентации торговой деятельности призвано играть саморегулирование, представляющее собой самостоятельную и инициативную деятельность, осуществляемую профессиональными участниками товарного рынка, содержанием которой являются разработка и установление стандартов и правил осуществление торговой и торгово-посреднической деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил» [42, с. 88].

Розглядаючи ЗДО, необхідно чітко відмежовувати їх від так званих узвичаєнь (в російській мові усталеним є термін «обыкновения», в англійському праві аналогом є термін «usage»). Проте, говорячи про узвичаєння та ЗДО, слід чітко розуміти принципову відмінність і суттєву різницю між цими поняттями. Якщо ЗДО, навіть не маючи певного письмового закріплення, володіє властивістю нормативності (саме в силу загальних характеристик ЗДО: загальної відомості, обізнаності, повторюваності, періодичності повторювання у часі і т. ін.), то узвичаєння такої нормативності не мають, не володіють і не потребують. У класичному розумінні торгової узвичаєння — це та певна поведінка суб'єкта підприємницької діяльності, яка має ознаки повторюваності, вживаності у певному бізнесовому проєкті та/або певній бізнесовій ситуації (зокрема за приклад можна навести певні узвичаєння у будівельному бізнесі: передача функцій замовника-забудовника; у готельному: здавання у довготривалу оренду перших поверхів не для проживання, а для організації торговель-

них точок, проведення розпродажів товарів з нагоди свят тощо). Тобто це певні усталені форми поведінки суб'єктів підприємницької діяльності, які мають ознаки повторюваності, регулярності, широкої вживаності, є зрозумілими та широковідомими серед учасників певного сегмента ринку, проте не володіють ознаками нормативності та не можуть виступати прямим джерелом регулювання підприємницьких відносин і поширюватись на множину її суб'єктів.

Зокрема з цього приводу актуальним є висловлювання М. І. Кулагіна: «От обычая следует отличить торговые обыкновения. Под торговыми обыкновениями понимается правило, фактически установившееся между участниками договора, которое используется для определения воли сторон, не нашедшей прямого выражения в договоре. Если обычай является источником права, то обыкновения им не познаются. Это лишь способ толкования договора, исходя из предшествующего поведения участников договорных отношений» [177, с. 233—234].

Н. Ю. Круглова підтримує тезу стосовно значення та ролі узвичаєння у торговому обороті: «В коммерческой практике также используются *торговые обыкновения* (commercial usages), которые означают заведенный порядок или фактически установившееся в торговых отношениях правило, которое служит для определения воли сторон, прямо не выраженной в договоре... Чаще всего обыкновения применяются в области морских перевозок. Например, обыкновения могут регулировать отношения сторон в случае, когда они в той или иной форме признали необходимым применение обыкновений какого-либо порта. Исходя из общих положений разграничение понятий возможно провести по следующим признакам: обычаи — правила поведения, являющиеся источником права, обыкновения — не являются источником права, их применение в фактических отношениях зависит от воли сторон, прямо не выраженной в договоре» [166, с. 267].

У науковій літературі існує також думка стосовно того, що на практиці розрізнити ці два поняття (ЗДО і узвичаєння) майже неможливо, а подекуди і недоцільно. О. В. Малова з цього приводу зазначає, що: «...есть основания утверждать, что если государство допускает санкционирование обычаев посредством соглашения сторон, то обыкновение выступает в качестве источника права, как разновидность правовых обычаев... Обыкновения в ходе их применения зачастую перерастают в другие виды правовых обычаев» [197, с. 54]. Поділяє цю точку зору і В. С. Бєлих: «...в современном экономическом обороте провести границу между обычаем и обыкновением — вопрос непростой, особенно если учесть, что в реальной действительности обыкновения зачастую перерастают в обычаи» [48, с. 135].

Важко погодитись з Н. Ю. Кругловою, яка, розглядаючи питання застосування ЗДО, дійшла такого висновку: «Функціональне призначення торговельних звичаїв полягає в їх застосуванні у діловій (підприєм-

ницькій) сфері та сфері обороту (договірних відносинах). Уявляється доцільним обмежити ці сфери не усією підприємницькою діяльністю, а певною її галуззю, наприклад, торгівлею, страховою справою чи банківською практикою» [166, с. 269]. Аргументи *contra* полягають у тому, що, говорячи про ЗДО, ми, перш за все, ведемо мову про певні дискретні повноваження суб'єктів підприємницької діяльності, про реалізацію цих повноважень шляхом привнесення у відому сферу загальних засад свободи підприємницької діяльності. Відповідно, не варто одночасно з цим намагатись знову поєднувати все із посиленням державного втручання, а точніше, із введенням обмежень. По-друге, сама практика комерційного обороту визначить ті сфери обороту, в яких застосування ЗДО є найбільш прийнятним, доцільним і можливим. По-третє, вже історично склалось так, що сама практика підприємницького обороту виконує саморегуляційну функцію: визначаючи ті сфери, в яких застосування ЗДО склалось історично (зокрема сфера торгового мореплавства) і широко практикується.

Відсутність в Україні системи ЗДО та практики їхнього широкого застосування пояснюється і тим, що самі комерсанти досить обережно ставляться до неписаних правил. Можливість застосування ЗДО у повсякденній підприємницькій практиці стримується та гальмується відсутністю відповідного досвіду. Необхідно враховувати і той факт, що саме комерсанти зацікавлені в одноманітному, правильному тлумаченні тих чи інших ЗДО, адже саме вони ризикують власними коштами при здійсненні певних операцій і прагнуть уникнути неоднозначного тлумачення умов тієї чи іншої комерційної операції (правочину). Відповідно, подальше ретельне розроблення проблеми ЗДО, їх систематизація та застосування мають сприяти утвердженню справжніх ринкових відносин в Україні.

3.4. Значення приватноправових принципів правового регулювання підприємницької діяльності

Важливою особливістю підприємницьких відносин є автономія волі їхніх суб'єктів, яка зумовлює потребу у збільшенні обсягу їхніх прав, посиленні гарантій їхнього здійснення. Однак, як правильно зауважував Ю. С. Гамбаров, якщо взяти до уваги, що з ростом суб'єктивних прав особи відбувається і посилення її відповідальності, як це помічаємо, наприклад, на інститутах сучасного оборотного права, на нових законах про відповідальність підприємців і т. д., то стане зрозуміло, чому розширенню захисту особи відповідає чи, вірніше, має відповідати таке саме розширення її обов'язків щодо юридичної сфери інших, і така особиста відповідальність, яка передбачає відповідальність за порушення чужого права [71, с. 44].

Говорячи про принципи регулювання підприємницької діяльності загалом, необхідно розділяти кілька близьких, проте відмінних за своєю сутністю категорій: принципи, безпосередньо визначені чинним законодавством; основні правові засади здійснення підприємницької діяльності, визначені, як правило, конституційними та кодифікованими актами; принципи корпоративної політики, визначені у певному бізнес-середовищі у кодексах корпоративного управління та/або кодексах зразкової практики; морально-етичні (релігійні) установки (заповіді), які досить часто мають визначальне (чільне) місце у регулюванні підприємницької діяльності. Проте вони мають більш територіальний (національно-релігійний) характер. Зокрема значний вплив релігійні норми мають у країнах Близького Сходу, де іноді спостерігається конвергенція правових та релігійних засад у регулюванні підприємницької діяльності. Усі перелічені норми так чи інакше впливають на регулювання підприємницької діяльності. Визнання, усвідомлення та застосування останніх на практиці має важливе значення. Наприклад, усі без винятку спори, які є предметом розгляду судових органів, мають вирішуватись з обов'язковим урахуванням тієї категоріальної сітки (принципів), яка, по-перше, регулює підприємницьку діяльність як таку, а по-друге, унормовує та визначає засади відносин між суб'єктами певного виду підприємницької діяльності. Саме останній аспект набуває визначальної ролі під час розгляду та вирішення господарських спорів. Визначальним фактором при віднесенні того чи іншого положення до принципу регулювання підприємницької діяльності має слугувати його нормативність та можливість до одноманітного правозастосування. Саме тому розгляд різноманітних кодексів корпоративної практики, підходів до визначення морально-етичних імперативів виходить за межі цього дослідження.

Принципи правового регулювання є визначальними поруч (наряду) із системоутворюючими факторами (методом і предметом) для вироблення (створення) відповідного адекватного механізму правового регулювання підприємницької діяльності.

Загальновідомо, що принципи у праві — це найбільш загальні положення, які визначають зміст та вектор правового регулювання явища. Так, М. В. Кравчук зазначає з цього приводу: «Принципи права — це провідні засади, ідеї права, які в конкретному вигляді характеризують його зміст, визначають спрямованість правового регулювання. Вони зумовлені об'єктивними закономірностями існування і розвитку людини та суспільства» [163, с. 46].

Слід погодитися з думкою В. Е. Севрюгіна, який зазначає, що в загальному вигляді правові принципи — це виражені в праві вихідні нормативно-керівні засади, які характеризують його зміст (основи) і закріплені в них закономірності суспільного життя [264, с. 9]. Розвиваючи цю тезу, В. С. Белих, у свою чергу, стверджує, що принципи права — це його наскрізні «ідеї, які пронизують право» [48, с. 66]. Проте, під-

креслює О. А. Красавчиков, зазначені засади не являють собою щось абстрактне. Навпаки, вони є нічим іншим, як *ідеологічним (надбудовним)* відображенням потреб суспільного розвитку. В них отримують відображення (вираження) не тільки основи (засади) права, а й закономірності соціально-економічного життя суспільства [299, с. 30].

Відповідно, неможливо і навіть шкідливо розглядати принципи права, а тим більше, принципи правового регулювання підприємництва, у відриві від конкретного контексту суспільного буття, у відриві від реалій суспільного життя, в рамках якого функціонує такий надзвичайно релевантний феномен суспільного розвитку, як підприємництво.

Як приклад «дисонансу» у розумінні принципів правового регулювання підприємницької діяльності на сьогодні і сприйняття відповідної системи принципів господарювання у СРСР можна навести думку авторів одного із підручників господарського права за 1970 р.: «Принципами господарського права (в рамках якого було визначено поняття господарювання на той час як такого. — **В. М.**) є:

- єдність політичного і господарського керівництва;
- соціалістична власність як основа господарювання;
- демократичний централізм;
- плановість;
- господарський розрахунок;
- законність в господарській діяльності» [336, с. 27].

Розвиваючи принцип єдності політичного і господарського керівництва, автори зазначеного підручника наголошували: «Єдність політичного і господарського керівництва характерна для соціалістичного устрою і немислима для капіталізму. Такий стан пояснюється тим, що основу соціалістичного господарства складає соціалістична власність на засоби виробництва, а її провідною формою є державна власність. Соціалістична держава одночасно виступає і як носій політичної влади, і як власник найважливіших засобів виробництва» [336, с. 28].

Стосовно цього Л. Т. Бакуліна пише, що характер та спрямованість реалізації основних ідей, принципів, установок і т. ін. у сфері приватного права, без сумнівів, задає економічна підсистема суспільства [38, с. 71]. На думку Ю. С. Решетова, правореалізація в економічній сфері є первинним, функціональним рівнем реалізації права... Її оновлення багато у чому залежить від правореалізації в умовах ринкової економіки, яка формується та заснована на багатоманітні форм права власності, існуванні різноманітних організаційно-правових форм підприємницької діяльності, наявності складної структури ринку» [276, с. 138—139]. У наведеному підході простежується тісний зв'язок правового регулювання підприємницької діяльності з тією парадигмою, правовою політикою (та системою принципів як її складовою), яка панує у певному конкретному суспільстві. Саме тому так важливо «відчувати» та відобразити адекватно відповідні актуальні положення щодо регулювання підприєм-

ницької діяльності у положеннях, які прийнято називати «принципами регулювання підприємницької діяльності».

Зокрема має йтися про відповідні принципи регулювання підприємницьких відносин, їх активне впровадження у практику та правозастосування судів, зокрема господарських. При цьому слід розглядати принципи приватноправового регулювання дещо ширше, порівняно із текстувальним викладенням їх у законодавстві. Зокрема йдеться про принцип добросовісності та більш глибоке застосування господарськими судами України морально-етичних засад задля оцінки таких явищ у правовій площині, як зловживання правом. Прослідковуючи аналогічну ситуацію в РФ, цивіліст Д. Н. Горшунов пише: «В Концепции [320] предлагается широкий спектр мер, направленных на укрепление нравственных начал *гражданско-правового регулювання*, — введение в гражданское законодательство принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права, конкретизацию лишаемых правовой защиты «иных форм злоупотребления правом» [74, с. 27].

Досить актуальним, з огляду на необхідність посилення морально-етичних засад у цивільному законодавстві і правозастосовній практиці, є питання запровадження в ЦК України інституту переддоговірної відповідальності за принципом *culpa in contrahendo* («помилка в укладенні договору»). На сьогодні такий принцип дещо «розчинений» у деяких нормах ЦК [36, с. 766—768], проте саме із розвитком підприємницьких відносин він набув поширення у таких індустріально розвинених країнах як Німеччина та Франція. Д. Г. Павленко пише з цього приводу: «...Активізація та ускладнення торгового обороту сприяли тому, що висунута Р. Ієрінгом концепція переддоговірної відповідальності була розширена і почала застосовуватись до інших питань переддоговірного процесу. Зокрема *culpa in contrahendo* була поширена на випадки, коли винна поведінка однієї із сторін призвела до неукладення (не обов'язково лише до неможливості укладення) договору» [227, с. 769].

Інколи ми можемо спостерігати й інший бік цього питання, а саме, цілковитий відхід від положень «*ius naturalis*» (*jus naturale*) як глибинного природного права, що має відношення до Творця, до Всесвітнього правопорядку як такого, який за будь-яких умов має бути вищим за нормативне (легістське) розуміння права. Такий стан речей несе в собі низку негативних наслідків. Зокрема на цей аспект, говорячи про принципи правового регулювання приватного права в цілому, звертає увагу І. В. Спасибо-Фатєєва: «...Те начала (закономерности — в смысле безусловности в своем стремлении к истокам и движении к ним же), которые мы приписываем праву, должны исходить из тех начал (закономерностей Божьего закона), которые нам даны свыше. Наиболее важны из них — принципы гражданского права и в особенности добросовестности, разумности и справедливости... Именно к названным мы уповаем, обычно стремясь объяснить нечто спорное, а уж после — подтверждая

ету свою позицію положеннями закону» [300, с. 104]. Аналізуючи принципи приватного права України і безпосередньо принципи підприємницької діяльності (корпоративного права), І. В. Спасибо-Фатеева доходить висновку про дедалі зростаючий вплив природно-правових понять, категорій та цінностей на поняття у праві, приватному праві. Вона звертає увагу на дещо схоластичний підхід та певну дискретність в оцінюванні природно-правових понять у правозастосовній площині та певні об'єктивні складнощі, що присутні тут. Зокрема вона звертається до такої категорії як «милосердя», яка є «однопорядковою» та «однолінійною» із зазначеними трьома принципами сучасного приватного права України. Проте, зазначає І. В. Спасибо-Фатеева, «в отличие от воцерковленных людей, цивилисты им (милосердиям. — В. М.) вообще не оперируют... У Е. В. Васильковского мы находим очень важные мысли, которые, к сожалению, не нашли своего развития и поддержки у наших прагматичных современников» [299, с. 105]. Розмірковуючи над проблемою правозастосування, одноманітного (єдиного, уніфікованого) тлумачення вищезазначених принципів, І. В. Спасибо-Фатеева не приховує усієї складності проблеми застосування таких досить складних в оціночному судженні категорій як «добросовісність», «розумність» і «справедливість». Проте вона робить надзвичайно цікавий висновок, з яким ми цілком погоджуємось: «Думается, что проблема не в опасности их размышления, а в построении такой правовой системы, которая смогла бы учесть все их тонкости во благо их же действительности, а не напротив — применяя их грубую проекцию на современные реалии. Для этого есть насущная необходимость соединить усилия правовой науки и религии для оценки какой-либо сложной правовой ситуации во избежание крена в ту или иную сторону и вынесения решения, явно несправедливого либо немилосердного при кажущейся его справедливости» [301, с. 103—105]. Вочевидь, що, розглядаючи питання принципів приватного права, які є застосовними і базовими для підприємницької діяльності, І. В. Спасибо-Фатеева робить два важливих застереження:

— у будь-якій системі принципів, включаючи і принципи приватного права, мають бути включені положення на кшталт «моральних «імперативів», які мають відігравати певну стримуючу роль та функцію щодо формального (а інколи і протиправного) застосування законодавчих положень;

— критерієм ефективності того чи іншого принципу та й усієї системи принципів приватного права є їхній правозастосовний аспект. Без останнього вся система принципів, якими б вони не були релевантними та «передовими», не працює, а самі принципи залишаються лише гаслами, а не керівними засадами до дії (на нашу думку, не засадами до дії, а самої дії. — В. М.).

Не розглядаючи наразі конкретні принципи, визначені чинним законодавством, зазначимо лише деякі важливі новели, пов'язані з ними.

Зокрема принципи добросовісності, розумності та справедливості є відносно новими не лише для українського цивільного законодавства, а й для «пострадянського» законодавства в цілому. Тривалий час радянська правова доктрина абсолютно відкидала можливість застосування таких оціночних категорій, як добросовісність, розумність та справедливність у цивільному праві, називаючи їх «каучуковими», «гумовими», такими, що призводять до безмежного судового розсуду і, зрештою, — до можливого свавілля у прийнятті (постановленні) відповідних рішень. Проте, як пишуть автори коментаря до ЦК України: «...практика застосування у західних правових системах таких категорій як «добрі звичаї», «добросовісність», «справедливість» надає судам більше можливостей враховувати повною мірою фактичні обставини справи і, насамкінець, встановлювати об'єктивну істину». Для того щоб визначити, чого вимагають «справедливість» і «розумність», слід звертатися до тлумачення загальноновизнаних принципів права, сучасних правових поглядів, враховуючи реальні соціальні й приватні інтереси. Поняття ж «добросовісності» більшою мірою пов'язане, на відміну від категорій розумності і справедливості, із суб'єктивними чинниками і застосовується для визначення психічних намірів сторони» [217, с. 16]. Також слід наголосити на тому, що зазначені принципи, які мають природно-правову сутність, кореспондуються із положенням, закріпленим у ст. 8 Конституції України щодо принципу верховенства права. Останній у загальних рисах означає те, «що позитивне право, яке створюється людьми, має ґрунтуватися на природному (об'єктивному, позадержавному) праві, що обмежує державну владу і є своєрідним фільтром позитивного права» [216, с. 9]. Іншими словами, саме об'єктивація принципів справедливості, розумності та добросовісності має означати те, що застосування всіх інших принципів права не має призводити до несправедливого, нерозумного та недобросовісного результату (зокрема до винесення відповідного рішення судом).

Детальніше проблему застосування системи принципів регулювання підприємницької діяльності ми маємо намір розглянути в подальшому, а нині наголосимо, що такі принципи впроваджуються в матерію права (законодавства) саме з метою їхнього подальшого ефективного застосування та використання у практичній площині. Мірилом їх ефективності, не в останню чергу, є показник «частоти» їхнього застосування, зокрема у судовій практиці. На жаль, доводиться констатувати, що нині в Україні, у судовій системі, правові принципи загалом та приватноправові принципи регулювання підприємницької діяльності зокрема, як правило, не мають сили прямої дії, а, частіше за все, використовуються у мотивувальних частинах судових рішень задля надання їм більшої значущості та теоретичної обґрунтованості.

Ведучи мову про принципи регулювання підприємницької діяльності, не можна оминати питання системи правових принципів, оскільки

ки вони є базовими для всіх інститутів (галузей) права. Принципи права до деякої міри можна класифікувати на певні види.

1. Загальнолюдські принципи — це державні юридичні ідеали, які зумовлені певним рівнем всесвітнього розвитку цивілізації, втілюють найкращі прогресивні здобутки правової історії людства і вказані в нормативно-правових (як правило, міжнародних) документах.

2. Типологічні принципи — такі засади й ідеї, які притаманні всім правовим системам на певних етапах історичного розвитку.

3. Конкретно-історичні принципи права — засади, що відображають специфіку правової системи певної країни в реальних соціальних умовах.

4. Галузеві й міжгалузеві принципи права — засади, що охоплюють одну або кілька галузей права певної держави. До них належать такі як: принцип диспозитивності — у цивільному праві; принцип імперативності — у адміністративному праві тощо.

Існують й інші класифікації принципів права: наприклад, загально-соціальні та спеціально-соціальні (юридичні). На думку деяких українських вчених, зокрема В. О. Котюка, сьогодні загальносоціальні принципи проходять певну зміну, переорієнтацію. До них можна віднести: пріоритет загальнолюдських цінностей над класовими (груповими); верховенство громадянського суспільства над державою; верховенство правових законів над політичною і матеріальною силою держави; різноманітність і рівноправність різних форм власності; свобода підприємницької діяльності; пріоритет прав і свобод людини над правами держави або рівноправність прав і обов'язків держави й особи [162, с. 68].

До спеціально-юридичних принципів, які також мають значення у регулюванні підприємницької діяльності, належать: принцип розподілу влади на законодавчу, виконавчу, судову; відповідальність держави перед людиною та суспільством і навпаки, людини перед державою; верховенство права й Конституції України над усіма законами та підзаконними актами; *принцип законності*; принцип демократизму; принцип справедливості; принцип гуманізму; загальнодозвільні принципи — громадяни здійснюють свої права за принципом «громадянам дозволено робити все, що не заборонено законом», а державі в особі її органів — «дозволено лише те, що визначене законом». Проте останні відіграють важливу роль для утвердження відповідної правової системи в цілому, утвердження відповідних прав та інтересів людини і громадянина. Іншими словами, загальноправові принципи якнайкраще мають сприяти, перш за все, реалізації та впровадженню в повсякденне життя конституційного права на зайняття підприємницькою діяльністю, як першооснови її здійснення. Зокрема Конституція України у ст. 42 проголошує і гарантує право кожного на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом, яка у системному аналізі ст. 43 Конституції України ство-

рює конституційні передумови до реалізації кожним свого особистого (суб'єктивного) права на підприємницьку діяльність.

Можна навести досить широку палітру підходів до поділу самих принципів права, проте слід зосередитись на тому, що є загальновизнані принципи права, а є спеціальні, які безпосередньо регулюють підприємницьку діяльність. З огляду на роль, етап та значення їхнього застосування слід визнати і погодитися з тим, що і спеціальні принципи регулювання підприємницької діяльності відповідним чином можна згрупувати за певними критеріями задля кращого дослідження та усвідомлення їхньої природи. Зокрема автор пропонує такий підхід до поділу принципів регулювання підприємницької діяльності.

1. Принципи, що забезпечують організацію підприємницької справи та взаємовідносини підприємців з органами влади, іншими словами, засади організації підприємництва в Україні. У відповідній групі має превалювати публічно-адміністративна природа таких принципів.

2. Принципи, які безпосередньо забезпечують взаємостосунки у підприємницькому середовищі (підприємець—підприємець). Слід припустити, що у цьому випадку варто вести мову про перевагу приватно-правової природи таких принципів, що, перш за все, зумовлено рівністю суб'єктів підприємницької діяльності і відсутністю адміністративного впливу.

3. Принципи державного нагляду (контролю) у сфері підприємницької господарської діяльності. Ця група принципів має безпосереднє відношення і до захисту прав та законних інтересів всіх учасників торговельного обороту.

Системний розгляд принципів регулювання підприємницької діяльності, які наявні на сьогодні (чи були закріплені свого часу) у законодавстві України, перш за все, надасть нам можливість виявити певні спільні (відмінні) риси та особливості кожної із їхніх груп та, за необхідності, надасть можливість визначити критерій щодо умовного віднесення їх до конкретних груп. Це важливо саме для наступного ефективного застосування відповідних принципів на практиці.

Проте з особливою увагою слід дослідити приватноправові принципи регулювання підприємницької діяльності, оскільки саме вони виступають складовою механізму приватноправового регулювання підприємницької діяльності. Подальший розгляд цього питання має показати нам, що поруч із приватноправовими принципами регулювання підприємницької діяльності існує ціла низка адміністративно-правових (публічно-правових) принципів регулювання підприємництва. Але останні мають іншу правову природу, залежать від відповідного ставлення (позиції) владно-адміністративного апарату та переслідують інші цілі. Зокрема вони безпосередньо не використовуються у самій площині підприємницької діяльності, а слугують для «зовнішнього» впорядкування комерційного обороту (торгового обороту), захисту прав та інтересів третіх осіб

(споживачів, держави та її відповідних органів, самих суб'єктів комерційного обороту), недопущення зловживань з боку суб'єктів підприємницької діяльності, недобросовісної конкуренції, монополізації ринку тощо.

Очевидно, що у питанні принципів регулювання підприємницької діяльності, як ніде, спостерігається еволюція публічно-правових принципів регулювання підприємницької діяльності від приватного до публічного. Первинною і засадничою вихідною точкою було приватноправове нормування, оскільки в основі самого підприємництва знаходиться приватноправова природа.

Залежно від зміни формації, суспільно-політичної діяльності і суспільної думки в цілому могли і таки змінювалися адміністративно-правові принципи регулювання підприємництва в той чи інший час та спосіб, але приватноправові принципи (засади) підприємництва залишаються незмінними протягом тривалого часу, що вимірюється сотнями років. Останні, як правило, можуть лише доповнюватися через значне поступове об'єктивне ускладнення самих суспільних відносин і, як рефлексії на них, підприємницьких відносин.

Первинність приватних засад у підприємницькій діяльності полягає у самій природі підприємницької діяльності, яка стала втіленням результатів розвитку і традицій торговельних відносин. Не випадково у багатьох країнах підприємницьку діяльність урегульовано за допомогою Торгового кодексу або торгового закону, тобто ці поняття вживаються як тотожні або дуже близькі за змістом. Сама ж торгівля, у її первинних формах, якраз і проявлялась в операціях з обміну натуральними товарами у первісному суспільстві. Для обміну та торгівлі на первинних стадіях розвитку суспільства достатньо було досягнути виконання простих неписаних правил, які самі по собі мали приватноправову природу. І лише в процесі ускладнення самої торгівлі, виникнення таких специфічних її форм, як гуртова торгівля, зовнішня торгівля, державна торгівля, виникла потреба у застосуванні адміністративно-владних засад і принципів.

Сьогодні ми можемо спостерігати, як законодавство, рефлексуючи на відповідні зміни у суспільних процесах, інколи навіть «вимушено» повертається до проявів простих, приватноправових форм здійснення підприємницької діяльності. Це спостерігається на прикладі введення в нормативний оборот поняття «бартер» у підприємницькій діяльності. Воно було викликане браком оборотових коштів на початку 90-х років в Україні і, як неординарний крок, не лише фізичні особи, а й підприємства вимушені були повернутися до найпростішої форми ведення підприємницької (господарської) діяльності — товарного обміну, який увійшов до нашого законодавства під терміном «бартер». Так, у пік економічної кризи та галопуючої інфляції було прийнято Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28 грудня 1994 р. за № 334/94-ВР, який закріпив таку форму розрахунків як «бартер» на законодавчому рівні. Визначалось, що бартер (товарний обмін) — це гос-

подарська операція, яка передбачає проведення розрахунків за товари (роботи, послуги) у будь-якій формі, іншій, ніж грошова, включаючи будь-які види заліку та погашення взаємної заборгованості, в результаті яких не передбачається зарахування коштів на рахунки продавця для компенсації вартості таких товарів (робіт, послуг).

Розвиваючи тезу щодо рефлексії права на регулятивні явища у підприємницькій діяльності, зосередимо увагу на тому, як у подальшому вищезазначений бартер набув оформлення і у сфері зовнішньоекономічної: ст. 1 Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» визначає, що товарообмінна (бартерна) операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності — це один з видів експортно-імпорتنих операцій, оформлених бартерним договором або договором із змішаною формою оплати, яким часткова оплата експортних (імпорتنих) поставок передбачена в натуральній формі, між суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України та іноземним суб'єктом господарської діяльності, що передбачає збалансований за вартістю обмін товарами, роботами, послугами у будь-якому поєднанні, не опосередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі.

Також ч. 2 зазначеної статті встановлено правила проведення фактичного обміну товарами на зовнішньоекономічному рівні. Зазначено, що оцінка товарів за бартерними договорами здійснюється з метою створення умов для забезпечення еквівалентності обміну та для митного обліку, визначення страхових сум, оцінки претензій, застосування санкцій. Умовою еквівалентності обміну за бартерним договором є обмін товарами (роботами, послугами) за цінами, що визначаються суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України на договірних засадах з урахуванням попиту та пропозиції, а також інших факторів, які діють на відповідних ринках на час укладення бартерних договорів. У випадках, передбачених законодавством України, контрактні ціни визначаються суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України відповідно до індикативних цін. Тобто, первинно, приватноправовий характер такої операції, як міна (бартер) було оформлено у законодавчому акті, а подальше адміністративно-правове регулювання надане за допомогою нормативного акта. З цього приводу Л. В. Орленко зазначає: «До стихійно-натурального обміну люди повертаються і нині. У міжнародній торгівлі і на сьогодні здійснюються бартерні операції, у яких гроші виступають лише як рахункова одиниця» [225, с. 56]. Тобто приватноправові засади здійснення підприємництва закладені в самій природі підприємництва, торгівлі, операцій обміну та застосування еквівалентного (узгодженого на взаємовигідних умовах) підходу до вчинення останніх.

З огляду на вищевикладене очевидно, що мають бути виявлені та визначені саме приватноправові принципи регулювання підприємницької діяльності як окремих блоків, що складає серцевину (стрижень) само-

го регулювання підприємництва і прагне певної автономності та незалежності від тих чи інших проявів адміністративного впливу. У свою чергу, вже навколо приватноправових мають з'являтися (оточувати, «обростати») відповідні адміністративно-правові принципи, які забезпечують стабільність та ефективність перших саме за допомогою відповідних методів і заходів впливу (примусу та переконання) та відповідних механізмів, які ніколи не були притаманні безпосередньо підприємству як такому.

Можна припустити, що у ринковому середовищі, у ринковій економіці роль та значення приватноправових принципів регулювання економіки можна прирівняти за своїм значенням до економічних законів самої ринкової економіки. Адже, як ми вже зазначали, приватноправові принципи регулювання підприємницької діяльності у своїй природі є природно-правовими і мають відповідне суспільне та економічне підґрунтя.

Інакше, наявність великої кількості адміністративно-правових принципів та/або положень, які тим чи іншим чином (способом) покладаються на роль та значення держави (державних органів) у регулюванні підприємницької діяльності та/або участі останніх безпосередньо у підприємницькій діяльності (досить часто на пільгових умовах), з одного боку, створює несприятливі умови у веденні рівної конкурентної боротьби між підприємцями, а з іншого — породжує комплекс «сподівання на державу» у підприємницькій справі, відповідні дотації, субсидії, субвенції і т. ін., що в принципі, за певних винятків, мусить бути виключено з ринкової економіки.

У нормативному вигляді вперше принципи регулювання підприємницької діяльності знайшли своє закріплення у Законі України «Про підприємництво», який набув чинності ще 7 лютого 1990 р. Він вперше закріпив норму, що присвячувалась саме принципам регулювання підприємницької діяльності. Стаття 5 цього Закону так і називалась «Принципи підприємницької діяльності». У ній вперше було закріплено, що підприємництво здійснюється на основі таких принципів:

- 1) вільний вибір видів діяльності;
- 2) залучення на добровільних засадах до здійснення підприємницької діяльності майна та коштів юридичних осіб і громадян;
- 3) самостійне формування програми діяльності та вибір постачальників і споживачів продукції, що виробляється, встановлення цін відповідно до законодавства;
- 4) вільний найм працівників;
- 5) залучення і використання матеріально-технічних, фінансових, трудових, природних та інших видів ресурсів, використання яких не заборонено або не обмежено законодавством;
- 6) вільне розпорядження прибутком, що залишається після внесення платежів, установлених законодавством;

7) самостійне здійснення підприємцем — юридичною особою зовнішньоекономічної діяльності, використання будь-яким підприємцем належної йому частки валютної виручки на власний розсуд.

Слід зазначити, що за станом на початок 1990 р. цей Закон і визначені ним принципи провадження підприємницької діяльності були значним кроком вперед, адже ЦК УРСР 1963 р. не містив спеціальних норм щодо здійснення підприємницької діяльності. Проте завдяки відповідній редакції ст. 1 ЦК УРСР від 1963 р. стосовно єдності майнових відносин у механізмі цивільно-правового (приватноправового) регулювання, підприємницькі відносини, що народжувалися на початку незалежності України, досить успішно охоплювалися існуючим на той момент законодавством щодо майнових (приватноправових) відносин.

Спеціальних принципів регулювання підприємницької діяльності ЦК УРСР 1963 р. не містив, саме тому і постало питання щодо необхідності прийняття вищезазначеного Закону із відповідною систематикою спеціальних принципів та вироблення спеціального механізму регулювання підприємницьких відносин. На той час діяло кілька базових законів, які тим чи іншим чином як спеціальні закони врегульовували певні аспекти здійснення підприємницької діяльності в Україні. До таких належали закони України «Про власність» від 07.02.1991 р., «Про підприємства в Україні» від 07.02.1991 р., «Про господарські товариства» від 19.09.1991 р., «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. Проте, незважаючи на доволі велику кількість інших нормативно-правових актів, які деталізували той чи інший аспект підприємництва, роль системоутворюючого, як спеціального закону, базового нормативного акта щодо підприємницької справи виконував саме закон про підприємство. На його розвиток аж до 2004 р. було прийнято чимало документів, проте визначену систему принципів вони не зачіпали та не змінювали.

Принципи регулювання підприємництва є питанням значно глибшим та складнішим, аніж це може здаватися на перший погляд. Принципи регулювання не слід розглядати як певні декларативні гасла, саме принципи мають стати нормами прямої дії, якою б мірою абстракції вони не володіли. Принципи підприємництва визначають природу та тип регулювання підприємництва, утворюють конкурентне ринкове середовище, створюють відповідні передумови до захисту законних прав та інтересів суб'єктів господарювання. Можна стверджувати, що саме принципи підприємництва постають тією квінтесенцією (проявом та певним чином зовнішнім сприйняттям), через яку підприємство як певний суспільний феномен, сприймається пересічним громадянином. Отже, слід погодитись з тим, що, з одного боку, самі принципи виступають як рефлексії на суспільну свідомість, відображаючи відповідні настрої та тренди подальшого суспільного розвитку, а з іншого боку, ці самі принципи можуть слугувати і орієнтиром для розвитку, зокрема і самої суспільної свідомості. Адже не можна применшувати роль та зна-

чення правових інститутів як регуляторів та каталізаторів до позитивного поштовху у розвитку суспільної свідомості.

На жаль, досить мала застосованість останніх у повсякденному житті, залишення ситуації щодо застосування останніх, як правило, у роз'ясненнях чи відповідних рішеннях виключно вищих судів та Верховного Суду України, певний формалізм у використанні зайвий раз свідчить про невикористаний величезний потенціал цих принципів для регулювання підприємницької діяльності.

Як відомо, із набуттям чинності ЦК і ГК України з 01.01.2004 р. Закон України «Про підприємництво» втратив чинність, а його ідеї та основні засади мали б бути інкорпоровані до двох вищезазначених кодексів. Відповідно, не заглиблюючись наразі в дискусію щодо правової природи ГК України, можливості останнього відігравати класичну спеціальну роль щодо ЦК України, спробуємо розглянути систему визначених принципів регулювання підприємницької діяльності у ЦК та ГК України.

Розгляд сучасних принципів регулювання підприємницької діяльності слід розпочати із базового документа — Цивільного кодексу України. Зокрема у його ст. 3 визначаються «загальні засади цивільного законодавства». Засадами фактично поійменовані самі принципи, оскільки в українській мові ці слова вживаються як синоніми. До таких принципів (засад) віднесено такі принципи (засади):

1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;

2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом;

3) свобода договору;

4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом;

5) судовий захист цивільного права та інтересу;

6) справедливість, добросовісність та розумність.

Значення принципів підприємницької діяльності полягає в їхній здатності в інтегрованій формі відображати основні ідеї, закладені в правову норму, що сприяє і правильному застосуванню цих норм, і усуненню прогалин у правовому регулюванні. Таким чином, принципи підвищують вплив правового регулювання та сприяють його стабілізації. Як відомо, стабільність правового регулювання є однією із запорок ефективного правового регулювання. Певною мірою це відображає відомий вислів із комерційного обороту — «гроші люблять спокій».

Стаття, що розглядається, деталізує зміст вищезазначеного конституційного права громадян на підприємницьку діяльність, не заборонену законом. Свобода вибору виду підприємницької діяльності дістає вия у праві підприємця самостійно, без обмежень, приймати рішення щодо вибору тієї сфери підприємницької діяльності, яку він вважає найбільш привабливою для інвестування капіталу та реалізації власних підприєм-

ницьких здібностей. Обмеження цієї свободи стосуються лише деяких видів діяльності, підприємство в яких заборонено згідно із законом, а також певного кола осіб, яким на законодавчому рівні заборонено підприємство.

Ще один принцип підприємницької діяльності визначає межі незалежності підприємницької ініціативи. Враховуючи творчий характер підприємницької діяльності, який дістає вияв у пошуку нових можливостей, орієнтації на нововведення (інновації), підприємець самостійно формує програму власної діяльності (стратегічні (перспективні), тактичні (середньострокові), поточні, оперативні та інші плани), їхня реалізація передбачає залучення певних ресурсів (матеріально-технічних, фінансових, трудових, сировинних тощо), які, за вибором підприємця, можуть бути як власними, так і запозиченими. Для залучення ресурсів, використання яких обмежено законом (земля, ліс, надра тощо), передбачається особливий порядок. Свобода вибору контрагентів (споживачів та постачальників) надає можливість підприємцю формувати оптимальне коло «бізнес-спілкування», яке, у свою чергу, надає можливості найбільшою мірою реалізувати мету діяльності. Вирішення питань кадрового забезпечення власної діяльності також віднесено до виключних прав підприємця. У межах цього права він самостійно визначає доцільність залучення найманих працівників, їхню кількість, штатний розпис, функціональні обов'язки кожної категорії працівників. Загальні обмеження даного права пов'язані з обов'язком дотримання положень КЗпП України щодо прав та гарантій працівникам. Досягненню мети підприємництва слугує й цінова політика підприємця. Свобода у визначенні ціни може бути обмежена лише у випадках, передбачених законом. Такі обмеження мають як прямий (встановлення державних (комунальних) фіксованих цін на окремі види продукції), так і непрямий (обмеження рентабельності, визначення граничних рівнів цін, зведення процедури обов'язкового декларування змін ціни) характер. Суттєвим фактором, що обмежує вільні ціни, є конкуренція. Тісно пов'язаним з принципом вільного (самостійного) встановлення цін на продукцію є принцип комерційного розрахунку та власного комерційного ризику. Сутність комерційного розрахунку як методу ведення господарства полягає у порівнянні вартісної (грошової) форми витрат і результатів господарської діяльності. Мінімізація витрат та оптимізація прибутку можуть бути досягнуті шляхом скорочення витрат виробництва, адекватного нормування трудових та інших ресурсів, зваженої цінової політики тощо. Однією з ознак підприємництва є його ризикований характер. Під власним комерційним ризиком розуміють можливі негативні майнові наслідки підприємницької діяльності, що виникають у процесі її здійснення і не пов'язані з будь-якими упущеннями з боку підприємця. Причинами таких наслідків можуть стати зміни в законодавстві, порушення обов'язків контрагентами, зміни умов підприємницької діяльності тощо.

Свобода здійснення підприємницької діяльності передбачає й свободу розпорядження її результатами незалежно від того, на території якої держави вони отримані. Відправним моментом визначення маси прибутку, який залишається у повному розпорядженні підприємця, є сплата передбачених законом податків, зборів та інших обов'язкових платежів.

Слід зазначити, що у західній правовій доктрині підприємництва принципи регулювання останнього ніколи не набували такого значення, як у нашій країні та країнах східної парадигми. Це пояснюється тим, що стало ринкове середовище там існує протягом століть, а, відповідно, приватноправові принципи його регулювання ніхто і ніколи не підміняв нічим іншим, а відповідну роль та значення адміністративних принципів ніхто не оспорує через те, що вони мають сприяти досягненню максимального ефекту від діяльності підприємця. Значно більша увага у західній концепції підприємництва приділяється персональним рисам, здібностям та характеристикам особи-підприємця та/або менеджменту відповідного підприємства.

Відповідно, можна вести мову і про певну східну та західну парадигму (концепцію) підприємництва, які відрізняються підходами до розуміння принципів підприємницької діяльності, ролі та значення в них приватноправових та публічно-правових засад. Зокрема західні школи бізнесу приділяють значну увагу саме особі-підприємцю, характеризуючи його як людину, яка вмє бачити можливості й діяти на основі цих можливостей реалізувавши свій потенціал. У західних теоріях підприємництва багато уваги приділяється і мотивам, які виступають рушійними силами щодо того чи іншого аспекту підприємницької діяльності. Особливо акцентується увага на етапі започаткування того чи іншого бізнесу (власної справи). До таких мотивів, зокрема, відносять: прагнення до інновацій, використання певних змін (зокрема і негативних) як можливості досягнення чогось нового тощо. У західній парадигмі підприємництва окремої уваги заслуговують ділові якості особи-підприємця: креативність, цілеспрямованість, рішучість, гнучкість, лідерство, пристрасть, впевненість в собі. Відповідно, саме ці риси особистості нарівні з базовими приватноправовими принципами регулювання підприємництва, мають привести до значного ефекту у здійсненні підприємницької справи.

Визначаючи, що згадані підходи до психологічних аспектів особистості підприємця є досить значущими для реалізації конкретного бізнес-проекту (певного проекту у підприємницькій сфері та/або певної фірми), слід зазначити, що безпосередньо вони не стосуються правового регулювання підприємницької діяльності, проте відіграють неабияку роль у підприємницькій діяльності загалом. Водночас, на рівні з відповідним належним правовим регулюванням підприємницької діяльності саме цим аспектам приділяється значна увага. Адже, по суті, саме вони

у кінцевому підсумку визначають, наскільки конкретна підприємницька справа може бути успішною та який конкретний результат буде досягнуто. Як пише з цього приводу Ю. Ф. Пачковський, з яким погоджуються чимало дослідників, одним із вихідних пунктів розуміння підприємництва є розгляд цього феномена як процесу творчої діяльності, здатного змінити обличчя суспільства, сприяти його науково-технічному та економічному розвитку. Підприємництво передбачає вихід за межі буденних проявів ділової активності людей, спрямовує їх на ініціативні перетворюючі дії не лише у сфері реальної економічної доцільності, а й у сферах освіти, науки, культури. Адже підприємництво — це універсальне явище, що ґрунтується на одвічному прагненні людини змінити себе і навколишній світ. Тим самим створюються передумови для загальнолюдського поступу, для розвитку самої особистості через розкриття її здібностей, нахилів, досягнення вищого соціального статусу, набуття нових знань, досвіду тощо [230, с. 5].

Відзначаючи досить різку відмінність у підходах до значення принципів підприємницької діяльності у східній і західній парадигмі та ролі особистих якостей у підприємницькій діяльності, слід припустити, що вона пов'язана саме із усвідомленням самого феномена підприємництва. Для вітчизняного історичного досвіду це пов'язано з певним «дозволом» держави здійснювати таку діяльність, для західного світу підприємництво — це, перш за все, невід'ємне право, яке гарантується безпечелісно державою і залежить від особистих зусиль, вмінь та здібностей особи, яка займається підприємництвом. Яскравим прикладом цього слугує Загальна декларація прав людини (1948 р.), ст. 23 якої визначає, що кожна людина має право на працю, вільний вибір роботи, справедливі і сприятливі умови праці та захист від безробіття, і Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), ч. 2 ст. 2 якої визначає, що ніхто не може бути присилуваний виконувати примусову чи обов'язкову працю. Ці основоположні акти гарантують право на працю, одним із проявів якого і є право на вільну підприємницьку діяльність.

Але фактори, що характеризують підприємця, не варто розглядати відокремлено, а виключно у взаємозв'язку з іншими складовими, які формують відповідний вплив на економічні відносини в країні. Зокрема відомий економіст О. Б. Чернега зазначає з цього приводу, що приналежність України до перехідної моделі цивілізації, наявність системи цінностей, що має більше спільних ознак із моделлю західної цивілізації, ніж зі східною, надає можливість стверджувати, що країна має значний цивілізаційний потенціал розвитку підприємництва. Проте, у той самий час, гетерогенність і, як наслідок, відсутність усвідомлення приналежності до певної спільноти, функціонування у континуумі якісно нестійких станів, притаманних даній моделі цивілізації, а також тривалий період розвитку України у складі СРСР, визнання «проросійської

політики» як головної домінанти та стратегічного курсу країни, не надають можливості реалізувати даний потенціал повною мірою. Саме це обумовлює формування несприятливих для розвитку бізнесу інститутів та мотиваційних механізмів [343, с. 84—85]. Аналогічних висновків доходять і автори іншої праці, стверджуючи, що «...хоча більшість громадян вірить у примат приватної власності, хоче чесної економічної конкуренції та адаптуватися до умов вільного ринку, українці досі перебувають у полоні радянських стереотипів... Для усунення означених проблем і забезпечення ефективного використання цивілізаційного потенціалу розвитку підприємництва України необхідно використовувати селективний підхід до вибору механізмів його підтримки. Механізм повинен, перш за все, бути спрямований на формування особистої ініціативи, зменшення негативного ставлення до ризиків та інновацій, позитивного відношення до підприємництва в цілому та підприємців зокрема» [302].

Можна стверджувати, що публічно-правові принципи (регулювання) підприємництва у максималізованому (гіпертрофованому) вигляді з точки зору адміністративного апарату — це та модель, яку хотіла би бачити держава і якої вона прагне у стосунках із бізнесом, а також окреслення певних завдань бізнесу з точки зору державних контролюючих органів і адміністративного апарату в цілому.

Аналіз чинного законодавства України дає змогу виявити низку приватноправових та публічно-правових принципів регулювання підприємницької діяльності. Досліджуючи нижченаведені принципи, доходимо висновку стосовно того, що навряд чи ці групи певним чином протиставляються одна одній, скоріше за все, вони доповнюють одна одну. Інша справа, що у певному контексті (судовий розгляд справи, вирішення питання щодо визнання правочину недійсним чи неукладеним і т. ін.) превалювання тих чи інших принципів може відігравати вирішальну роль і впливати на кінцевий результат.

Визначивши, що публічно-правові принципи є похідними від приватноправових, неможливо і досить небезпечно намагатись применшити роль та значення останніх. Єдиною стовідсотковою цариною приватноправових принципів у підприємницькій діяльності є сфера взаємостосунків двох (трьох) суб'єктів підприємництва. Але, коли йдеться про права та інтереси третіх осіб (у тому числі як результат первинних взаємостосунків двох суб'єктів підприємництва), провідна роль та значення публічно-правових принципів є беззаперечними і дуже важливими. Можна навіть визначити ті аспекти підприємницької діяльності та/або результати такої діяльності, які потребують правового регулювання із перевагою (провідною роллю) саме публічно-правових принципів. В економічній теорії такі явища відомі як «випадки неефективності ринкового механізму» [142, с. 31], до них слід віднести:

— забруднення навколишнього середовища як приклад надвиробництва і необхідність вжиття відповідних заходів;

- піратське використання об'єктів захисту інтелектуальної власності;
- необхідність проведення важливих науково-дослідних робіт;
- участь у ринку природних монополій;
- необхідність фінансування суспільних благ (міліція, суд, армія тощо);
- боротьба з «чорним» (нелегальним) ринком.

Відповідно, роль та значення публічно-правових принципів регулювання підприємницької діяльності, навіть в умовах ринкового середовища, досить висока, проте вони знову-таки потребують окремого дослідження.

Важливим висновком дослідження принципів регулювання підприємницької діяльності має стати теза про те, що роль саме приватноправових принципів регулювання підприємницької діяльності є беззаперечною, а важливим завданням залишається питання формування системи, приведення її до реалій сучасності та активне впровадження у правозастосовну діяльність.

Ось що пише з цього приводу В. В. Долінська: «Правильність вибору головних напрямків розвитку цивільного законодавства значною мірою обумовлюється виявом фундаментальних засад права і закономірностей його розвитку. Теоретичний та практичний інтерес представляють такі тенденції, як пошук адекватних принципів та методів регулювання підприємницьких відносин» [97, с. 21].

Головним узагальненням проведеного дослідження є те, що публічно-правові принципи регулювання підприємницької діяльності, не втручаючись у царину приватноправових відносин, мають відігравати важливу роль у регулюванні підприємницької діяльності загалом. При цьому слід також визнати, що дублювання норм-принципів, які є приватноправовими за своєю природою, у ГК України недоцільно.

Чітке визначення приватноправових принципів регулювання підприємницької діяльності потрібне для їхнього розмежування з публічно-правовими принципами, а вироблення, у кінцевому результаті, ефективного механізму регулювання підприємницьких відносин — питання, яке заслуговує на окреме дослідження.

Отже, зробимо такі висновки.

1. Принципи регулювання підприємницької діяльності — це наріжні положення, вектори розвитку відповідного законодавства, основою та підґрунтям якого є відповідна правова політика, суспільна парадигма, яка, в свою чергу, відображає (рефлексує) стан суспільного виробництва та суспільного розвитку в цілому (відповідну економічну формацію).

2. Відповідні принципи правового регулювання підприємницької діяльності у ринковому середовищі, якими б суворими та жорсткими вони не були, є логічним породженням суспільно-економічної формації та економічного розвитку країни.

3. Принципи регулювання підприємницької діяльності, які мають певний морально-етичний аспект (розумність, справедливість, добросовісність), якими б на перший погляд «неозброєними» та «інфантильними» не були, насправді володіють значно більшим потенціалом (що підтверджує практика Європейського суду). Інша справа, що відповідні принципи, закріплені у матеріальному праві, мають знайти своє відповідне відображення у правозастосовній практиці.

4. Говорячи про певну «відірваність» принципів приватного права (як базового матеріалу для вироблення відповідних принципів і відповідного механізму регулювання підприємництва), слід наголосити на необхідності їхнього комплексного, системного застосування для виявлення значення та важливості кожного з них.

5. Принципи регулювання підприємницької діяльності, визначені законодавством, володіють значним потенціалом у відносинах між підприємцями та державою і її відповідними органами. Значною мірою ці принципи визначають (мають визначати) поведінку органів державного управління у взаємостосунках з підприємцями, з урахуванням специфіки та значення торгового обороту.

6. У відносинах між учасниками ринку (торгового обороту) дедалі більшого значення мають набувати принципи, що є породженнями різноманітних корпоративних середовищ, ділових звичаїв, практик тощо.

7. Слід пам'ятати, що біблейська істина «закон—правда—справедливість—милосердя—любов» повинна знаходити свій прояв у принципах підприємництва. Подекуди дії певних підприємців, які зовні є законними, суперечать і діють у розріз із принципами розумності, справедливості та добросовісності.

8. Говорячи про принципи правового регулювання і певну їхню морально-етичну складову, не слід плутати її з певними класовими та політичними гаслами, які мають зовсім інший характер, а головне не володіють нормативністю та здатністю до належного правозастосування.

9. Слід розрізняти принципи державного регулювання підприємництва, зокрема принципи державного нагляду (контролю) за підприємницькою діяльністю (господарюванням) як певного суспільного інституту, соціального утворення, що розвивається, та принципи підприємницької діяльності, де підприємці мають справу з такими самими (рівними) підприємцями, як феномена ринкового середовища (комерції).

10. Лакмусовим папірцем дієвості та ефективності тієї чи іншої системи принципів регулювання підприємницької діяльності є їхній правозастосовний аспект, але слід виокремити правозастосовну діяльність судових органів.

11. Мірилом ефективності принципів не в останню чергу є показник «частотності» їхнього застосування, зокрема у судовій практиці. На жаль, доводиться констатувати, що нині в Україні у судовій системі правові принципи загалом та принципи регулювання підприємницької ді-

альності зокрема, як правило, не мають прямої сили, а найчастіше використовуються у мотивувальних частинах судових рішень задля надання останнім більшої значущості та обґрунтованості.

12. Запровадження в нормативній площині принципів, які за своєю природою є природно-правовими (позадержавними), зайвий раз визнає роль, яку мають відігравати природно-правові засади у регулюванні приватноправових (включаючи і майнові) відносин, складовою яких і є підприємницькі відносини. Посилення значення природно-правових засад на рівні принципів регулювання підприємницької діяльності має своєю метою утвердження і універсальність принципу свободи людини, та, як одного із його проявів, принципу свободи підприємницької діяльності.

13. Питання усіякого роду можливих зловживань на стадії розгляду судових справ та аналізу вищезазначених категорій не має безпосереднього відношення до питання принципів регулювання підприємницької діяльності, відповідно, не потребує окремого висвітлення. Зазначений важливий аспект стосується побудови системи судочинства та гарантій його справедливого відправлення.

14. Можна припустити, що у ринковому середовищі, у ринковій економіці роль та значення приватноправових принципів регулювання економіки можна прирівняти до економічних законів самої ринкової економіки. Адже, як ми вже зазначали, приватноправові принципи регулювання підприємницької діяльності є природно-правовими і мають відповідне суспільне та економічне підґрунтя.

15. У західній правовій доктрині підприємництва принципи його регулювання ніколи не набували такого значення як у нашій країні чи країнах східної парадигми, країнах постсоціалістичного та посткомуністичного характеру. Це пояснюється тим, що ринкове середовище там існує протягом століть, відповідно, приватноправові принципи його регулювання ніхто і ніколи не підміняв нічим іншим, а відповідну роль та значення адміністративних принципів ніхто не оспорує через те, що вони мають сприяти досягненню максимального ефекту від діяльності підприємця. Значно більша увага у західній концепції підприємництва приділяється персональним рисам, здібностям та характеристикам особи підприємця та/або менеджменту відповідного підприємства.

16. Наявність великої кількості адміністративно-правових принципів та/або положень, які тим чи іншим чином (способом) покладаються на роль та значення держави (державних органів) у регулюванні підприємницької діяльності та/або участі останніх безпосередньо у підприємницькій діяльності (досить часто на пільгових умовах), з одного боку, створює несприятливі умови у веденні рівної конкурентної боротьби між підприємцями, а з іншого — породжує комплекс «сподівання на державу» у підприємницькій справі, відповідні дотації, субсидії, субвен-

ції і т. ін., що в принципі, за певними винятками, мусить бути виключено з ринкової економіки.

17. Не слід ставити за мету виявлення та/або створення (винайдення) певних нових принципів приватноправового регулювання підприємницької діяльності, оскільки їхня кількість і зміст обумовлені самим ринковим середовищем і є адекватними (релевантними) тим умовам, в яких здійснюється підприємницька діяльність. «Винайдення» певних нових принципів, які не «породжені» самою практикою ринкового середовища та/або комерційного обороту, призведе до того, що вони будуть «мертвими» для практичного застосування. Через це не варто скептично ставитись до незначної кількості принципів приватноправового регулювання підприємницької діяльності, оскільки вони є об'єктивно існуючими, породженими самою практикою комерційного обороту, а, відповідно, їхня кількість є суто об'єктивною.

3.5. Поняття і сутність саморегулювання підприємницької діяльності

Саморегуляція як властивість певної природної системи полягає у здатності до відновлення внутрішніх параметрів і структур після будь-яких природних або антропогенних змін. Якщо ж екстраполювати це явище на суспільні процеси, то результатом буде властивість певної організації без впливу ззовні функціонувати та забезпечувати себе відповідними змінами на виклики, що виникають всередині організації або ззовні. Як зазначає Є. В. Талапіна: «Економіка — це самостійний феномен із значною часткою саморегуляції, і суб'єкти економічної діяльності використовують різноманітні можливості подібних (схожих) регуляцій. З давніх часів відомі і об'єднання за професійним принципом (наприклад, середньовічні цехи у Європі). А нещодавно такі об'єднання стали залучатися державою до справжнього управління» [310, с. 241—242].

Видається, що саме питання саморегуляції на сьогодні є вкрай актуальним з огляду на пошуки альтернативних до державного регулювання форм регулювання підприємницьких відносин.

У світі питанню саморегуляції підприємницьких відносин приділяється значна увага і на цьому робляться акценти на перспективу. Зокрема і сама абревіатура СРО — саморегулювнi організації — є перекладом із англійської *self regulatory organization*, оскільки була запозичена із законодавства США та Великої Британії. У США СРО з'явилися із прийняттям Закону про фондові біржі (1934 р). В 1938 р. був прийнятий закон Мелоуні, який, по суті, був поправкою до вищезазначеного Закону і передбачав можливість створення професійних галузевих асоціацій для внутрішнього саморегулювання торгівлі цінними паперами як виду підприємницької діяльності [327].

Як слушно зазначає з цього приводу В. І. Полухович, саморегулювання впливає з особливих синергетичних властивостей економіко-правової системи, до числа яких належать її самоорганізація, взаємозв'язок та взаємозалежність елементів, поєднання адміністративних та цивільно-правових методів регулювання [240, с. 123].

У подальшому практика поширення саморегулювальних моделей у світі набула трьох форм.

Перша форма моделі — делеговане саморегулювання передбачає передачу державою частини функцій (ліцензування, контроль, нагляд) органу, що контролюється членами організації, які, в свою чергу, є об'єктом регулювання.

Друга форма моделі — добровільне саморегулювання, що засноване на волевиявленні окремих учасників ринку, які беруть на себе зобов'язання щодо функціонування відповідно до вироблених ним умов, що виходять за межі нормативних вимог (норм права). Метою такого саморегулювання є досягнення конкурентних переваг завдяки демонстрації відповідності більш високим стандартам, іншими словами — позитивного впливу участі в СРО на ділову репутацію. Роль держави у цьому випадку обмежується антимонопольним регулюванням.

Третя форма моделі — змішана форма моделі саморегулювання, що передбачає передачу державою частини своїх функцій органу саморегулювання, тоді як за державою залишається частина повноважень передусім примусового характеру.

Саме на реалізацію однієї з трьох вказаних вище форм моделей саморегулювання були спрямовані розроблені проекти спеціальних законів про саморегулювальні (самоврядні) організації. Тексти п'яти таких законопроектів можна проаналізувати на офіційному сайті Держкомпідприємництва, проте жоден з них так і не був ухвалений як закон.

На сьогодні певні кроки щодо реалізації стратегії на посилення ролі СРО в Україні активно відбуваються на підзаконному рівні, зокрема на фондовому ринку України. Так, слід відзначити рішення ДКЦПФР «Про затвердження Положення про діяльність саморегулювальної організації ринку цінних паперів, яка об'єднує компанії з управління активами» [277]. На його розвиток відповідна норма була закріплена в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок», згідно з яким саморегулювальна організація професійних учасників фондового ринку — це неприбуткове об'єднання учасників фондового ринку, що провадять професійну діяльність на фондовому ринку з торгівлі цінними паперами, управління активами інституційних інвесторів, депозитарну діяльність (діяльність реєстраторів та зберігачів), утворене відповідно до критеріїв та вимог, установлених Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. Хоча до прийняття положень стосовно СРО на фондовому ринку у законодавстві України існувала норма щодо саморегулювальної організації на ринку фінансових послуг, яка визнавалась як

неприбуткове об'єднання фінансових установ, створене з метою захисту інтересів своїх членів та інших учасників ринків фінансових послуг та якому делегуються відповідними державними органами, що здійснюють регулювання ринків фінансових послуг, повноваження щодо розроблення і впровадження правил поведінки на ринках фінансових послуг та/або сертифікації фахівців ринку фінансових послуг. Законами України з питань регулювання ринків фінансових послуг передбачаються додаткові повноваження, які можуть делегуватися саморегульвним організаціям [131].

Положення щодо СРО в агропромисловому комплексі України було закріплено і в Законі України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» [117], згідно з яким саморегульвна організація оптового ринку сільськогосподарської продукції — це асоціація оптових ринків сільськогосподарської продукції, що набула статусу саморегульвної організації в порядку, визначеному цим Законом. Певні кроки щодо розвитку СРО були зроблені і на страховому ринку України. Зокрема рішенням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України визначено, що саморегульвна організація страховиків (далі — саморегульвна організація) — це об'єднання, якому за рішенням Держфінпослуг делеговано окремі повноваження та інформація про яке внесена до реєстру саморегульвних організацій фінансових установ [282].

У розвиток системи підзаконних актів стосовно СРО було закріплено відповідне положення для учасників ринку оцінювачів. Зокрема було закріплено: саморегульвними організаціями оцінювачів є всеукраїнські громадські організації, що об'єднують фізичних осіб, які визнані оцінювачами в порядку, встановленому цим Законом, отримали свій статус відповідно до вимог цього Закону та здійснюють повноваження з громадського регулювання оціночної діяльності [119]. Тобто ми бачимо сталу тенденцію до того, що самі учасники того чи іншого сегмента ринку лобіюють положення щодо створення СРО у відповідній сфері підприємницьких відносин, як правило, переслідуючи мету розширення певної незалежності та автономності у виробленні правил гри та в становленні стандартів для відповідних учасників.

Знову ж, як слушно зауважує В. І. Полюхович, ми виходимо з позиції, що фактична наявність у країні значного числа некомерційних організацій (союзів, асоціацій), що вже об'єднують підприємців не тільки з метою захисту й лобіювання їхніх інтересів, а й з метою саморегулювання їхньої діяльності, створює практичну основу для передачі СРО, що перебувають під контролем держави, тих функцій, які вимагають більш тонких і специфічних механізмів регулювання конкретних видів діяльності. Водночас використання інституту саморегулювання в сучасних умовах надає можливість розвантажити державу як єдиного регулятора на ринку [239, с. 124].

Відповідно до роз'яснення Міністерства юстиції України «Взаємодія держави та інститутів громадянського суспільства» від 03.02.2011 р. [281], інститути громадянського суспільства беруть участь у правозастосовній діяльності (п. 2), яка забезпечується шляхом передачі всіх повноважень державних органів; передачі часткових повноважень державних органів; громадського контролю.

В економічному сенсі під саморегулюванням господарської діяльності розуміється легітимне об'єднання бізнесу з метою розробки правил господарської діяльності та контролю за дотриманням їх. Як індикатор суспільної значимості організації саморегулювання (СРО) приймається виконання ними функцій з розгляду скарг аутсайдерів і позасудового вирішення спорів. Регулювання, як воно розуміється у світі, складається з трьох частин.

Перша — це регулювання законами (нормативне регулювання);

Друга — сфера діяльності, що належить до компетенції саморегулювальних організацій, включаючи звичаї ділового обороту, кодекси корпоративної поведінки тощо;

Третя — це сфера, в якій здійснюється оперативне регулювання органом виконавчої влади.

Якщо провести порівняння систем регулювання на розвинених ринках і в Україні, то маємо такий результат. Відповідні закони, що були вказані вище, носять переважно дискретний характер, а відповідно, їм притаманна відсутність єдиного підходу до ролі та значення СРО у регулюванні підприємницьких відносин, що породжує певне розбалансування діяльності СРО у функціонуванні відповідних ринків. Де-факто саморегулювання в Україні практично відсутнє у тому обсязі, який воно могло б займати, хоча деякі звичаї ділового обороту за роки розвитку ринкової економіки вже подекуди сформувалися. Тому питання регулювання на сьогодні в усіх галузях професійної діяльності є переважно предметом органів виконавчої влади. Нині наглядові функції всіх державних органів збігаються або поєднуються з регулюючими функціями, тобто правостановлюючими. Таким чином, наявний конфлікт інтересів, про який сьогодні говорять дедалі активніше. Недоцільне і недоречне суміщення правостановлюючих та наглядових функцій в одному органі. В усьому світі сфери діяльності, які важко регулювати «зверху», віддають під саморегулювання, за винятками, коли це стосується питань національної безпеки, надзвичайних ситуацій і т. п. Наприклад, одна з форм регулювання, яку можна визначити як функцію державного регулятора (представника) на біржі, необхідна в ситуації нестабільності організованого ринку. Тобто, коли ринок виходить за рамки заданих параметрів, тоді держава, виконуючи свої владні функції, може відповідним чином зупинити торги. Виходить, що в особливих обставинах (умовах), які мають бути виписані в законі, виникають спеціальні права у державного органу. Це і є ліберальна модель регулювання підприємницьких

відносин зокрема і економічних процесів у цілому, яка застосовується в багатьох країнах. За такого типу правового регулювання приватноправові засади, зазвичай, виходять на перший план.

Намагаючись удосконалити законодавство стосовно фінансових ринків частинами, окремими поправками, ми стикаємося з проблемою відсутності єдиного розуміння, що таке регулювання на фінансових ринках як таке. Існує різна термінологія у текстах різних законів. Сформований відомчий підхід до регулювання фінансових ринків створює перешкоду для їхнього розвитку. Зокрема фінансові ринки в Україні існують не як єдиний, цілісний фінансовий ринок зі спеціальними розділами — іпотека, лізинг, цінні папери тощо, а як сукупність гранично розрізних ринків за термінологією, принципами, правилами сегментів. Наприклад, за розвиток іпотеки в Україні чомусь відповідає Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства і Державна іпотечна установа, тому вся термінологія в іпотечній сфері носить, м'яко кажучи, не зовсім професійний характер. У кращому випадку це переклади елементів західних моделей регулювання іпотеки. Чомусь говориться тільки про житлову іпотеку, що повинна стимулювати будівництво житла. Це правильно, але це не єдина мета. В іпотечі може бути не тільки житло, а й будь-яка інша нерухомість, зокрема земля. Різноманітні державні органи, «займаючись» іпотекою, створили саме таке, дещо спотворене, сприйняття іпотеки, хоча вона є класичним інструментом більш широкого спектра підприємницьких відносин і не може обмежуватись виключно «квартирним питанням». На сьогодні підприємницьке співтовариство, об'єднане у всілякі асоціації за професійною ознакою — оцінювачів, аудиторів і т. д., існує на основі закону про некомерційні організації, тобто на тому самому праві, на якому існує, наприклад, товариство рибалок-любителів. Ризикнемо припустити, що для цілей економічного розвитку це не може бути одне і те саме право. *По-перше*, некомерційні організації — це добровільні об'єднання, а членство в саморегульованій організації в ряді випадків є (мало б бути) обов'язковим. Наприклад для нотаріусів. *По-друге*, право встановлювати стандарти поведінки для своїх членів у некомерційних організаціях може бути тільки в тому випадку, коли члени делегували це право самій організації. Але вони як його делегували, так можуть і відібрати. З цієї причини ми сьогодні маємо закріпити в законопроекті про СРО для тих організацій, які отримують статус саморегульованих, обов'язок встановлювати стандарти ринкової поведінки для своїх членів. Саморегульовані організації повинні, на нашу думку, брати участь у формуванні нормативної бази, тобто бути дійсно кваліфікованими опонентами (а краще за все — партнерами) виконавчої влади, тому що, треба визнати, сьогодні влада регулює ринок так, як їй це здається правильним. І основна причина, за якою у нас і досі спостерігається певний ухил до адміністративних важелів регулювання підприємницьких відносин, якраз і полягає

в тому, що виконавча влада намагається зменшити свої власні повноваження, діючи зсередини системи, що практично неможливо.

У ряді країн національні торговельні палати також є саморегульованими організаціями, що представляють підприємницькі спільноти, в тому числі і ті, які побудовані за професійною ознакою. Їхні представники беруть участь у засіданнях урядів своїх країн, і законопроект не може бути направлений до парламенту для прийняття, якщо він не пройшов через національну торговельну палату — це розглядається як необхідний процес громадської експертизи законопроектів. В Україні профспілки та їхні представники беруть участь у засіданнях уряду України, а от представників підприємницького співтовариства, високопрофесіоналізованих сегментів ринку рідко туди запрошують, оскільки для них створений орган, який має виключно дорадчий характер. У зв'язку з цим прийняття зваженого закону про СРО є доволі важливим на нинішньому етапі реформування механізму регулювання підприємницьких відносин та посилення приватноправових елементів у ньому.

Мета, що наразі стоїть перед розробниками проекту закону про СРО, це повноцінне наділення спеціальними правами інститутів професійного громадського регулювання (СРО), правами, не ідентичними правам органів виконавчої влади, проте такими, що складають значущий елемент системи регулювання підприємницької діяльності, зокрема і в стосунках з органами влади. Тобто створення повноцінних саморегульованих організацій — це фактично створення інститутів, які будуть, опонуючи владі, оптимізувати і деталізувати регулювання у певній специфічній сфері економічного життя і відповідних підприємницьких відносин.

З огляду на це можна зробити висновок, що суспільно корисні товариства, що мають владні повноваження, можуть реалізовувати їх або для охорони передбачених законодавством об'єктів відносин, або для регулювання діяльності передбачених законодавством суб'єктів. Таким чином, вважаємо за доцільне поділяти ці суспільно корисні товариства на: а) громадські формування (організації); б) саморегульовані організації.

Термін «саморегульовані організації» передбачено, зокрема, у таких законодавчих актах України:

— саморегульована організація адміністраторів недержавних пенсійних фондів — Закон України «Про недержавне пенсійне забезпечення» [116];

— саморегульована організація кредитних спілок — Закон України «Про кредитні спілки» [113];

— саморегульовані організації на ринку фінансових послуг — Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [131];

— саморегульовані організації оцінювачів — Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» [119];

— саморегулівні організації у сфері оцінки земель — Закон України «Про оцінку земель» [118];

— саморегулівні організації фондового ринку — Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» [133].

Для визначення поняття «саморегулівна організація» доцільно звернутися до Модельного закону СНД «Про саморегулівні організації» від 31.10.2007 р. [210], яким визначено, що вони є невідприємницькими організаціями, створеними з метою здійснення самостійної й ініціативної діяльності, яка реалізується суб'єктами підприємницької чи професійної діяльності чи недержавними пенсійними фондами, під якими розуміється розроблення та встановлення правил та стандартів у цій діяльності, а також контроль за дотриманням вимог цих правил та стандартів (статті 2, 3 Модельного закону).

Аналіз вітчизняних нормативно-правових актів, а також названого Модельного закону СНД надає підстави стверджувати, що саморегулівна організація є фактично приватно корисним товариством, що має владні повноваження, встановлені законодавцем чи корпоративними правилами.

Законодавче закріплення повноважень саморегулівної організації є, на нашу думку, специфічним засобом державного регулювання господарської діяльності, який також не позбавлений недоліків, що впливають на їхню організаційно-правову форму.

Так, В. І. Полюхович, аналізуючи розвиток саморегулювання на фондовому ринку України, стверджує, що примусове зобов'язання учасників до членства у саморегулівних організаціях є прямим порушенням норм господарського та цивільного законодавства [239, с. 140]. Проте такий висновок, на нашу думку, є поспішним, оскільки: по-перше, суспільно корисним товариствам, як уже наголошувалося, притаманна ознака ієрархічності та інституційності; по-друге, така законодавча вимога забезпечує належне здійснення прав та обов'язків учасників відповідного ринку; по-третє, делегування державою повноважень має бути виваженим і зі збалансованими публічними та приватними інтересами.

Крім того, В. І. Полюхович стверджує, що саморегулівні організації в Україні існують «у формі асоціацій» [239, с. 140]. Використання такої конструкції приводить його до неоднозначного висновку про договірну природу їхнього існування (передбачену ГК України), що не відповідає дійсності, адже вони є юридичними особами (у розумінні ЦК України), а не об'єднаннями підприємств (у розумінні ГК України).

Аналіз статутів саморегулівних організацій фондового ринку наводить на думку, що вони є асоціаціями, окресленими у межах приватно корисних товариств. Відмінністю є лише створення в системі юридичної особи таких органів як дисциплінарний комітет (ст. 8 Статуту Української асоціації інвестиційного бізнесу [305]) або ж комітет фінансового контролю (ст. 8 Статуту Асоціації «Українські фондові торговці» [303])

для реалізації владних повноважень, тому за цією ознакою їх необхідно відносити до суспільно корисних непідприємницьких товариств.

Так, *торгово-промислова* палата визначається як недержавна неприбуткова самоврядна організація, що об'єднує юридичних осіб, які створені і діють відповідно до законодавства України, громадян України, зареєстрованих як підприємці, та їхні об'єднання [128], а *товарна біржа* — організація, що об'єднує юридичних і фізичних осіб, які здійснюють виробничу і комерційну діяльність, і має за мету надання послуг в укладенні біржових угод, виявлення товарних цін, попиту і пропозицій на товари, вивчення, упорядкування і полегшення товарообороту і пов'язаних з ним торговельних операцій [322].

Наукові пропозиції, які були висловлені ще на початку розбудови незалежної України, знайшли своє відображення лише на законодавчому рівні [98, с. 6, 11], натомість практика залишилася незмінною — біржі в Україні утворюються у формі господарських товариств, що підтверджується їхніми статутами [304; 306].

Слід підкреслити, що біржа є організаційно оформленим, постійно діючим ринком, на якому здійснюється торгівля (товарами чи цінними паперами), участь же у біржі породжена потребою в організації, яка могла б концентрувати у своїх стінах численні заявки [174, с. 94, 97]. Саме тому обґрунтованою є позиція І. В. Плахіної щодо неможливості існування таких видів організаційно-правових форм юридичних осіб як товарна та аграрна біржа [235, с. 3], до чого необхідно додати, що названий поділ характеризує лише специфіку самого ринку, а не юридичної особи.

На законодавчому рівні для *фондової біржі* (так само, як і товарної) визначено організаційно-правову форму товариства (крім повного, командитного товариства і товариства з додатковою відповідальністю) або дочірнього підприємства об'єднання торговців цінними паперами. Така біржа провадить свою діяльність відповідно до ЦК України, законів, що регулюють питання утворення, діяльності та припинення юридичних осіб, з особливостями, визначеними цим абз. 1 ч. 1 ст. 21 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок». Однак господарське товариство не може створюватися у контексті абз. 2 цієї самої норми, оскільки «прибуток фондової біржі спрямовується на її розвиток та не підлягає розподілу між її засновниками (учасниками)».

Вважаємо, що у визначенні організаційно-правової форми біржі як ринку та юридичної особи має бути принцип побудови непідприємницького товариства зі створенням визначеного законодавством статутного фонду. Це надасть можливість уникнути непорозумінь та намагання пристосувати господарське товариство до виключної непідприємницької діяльності.

Таким чином, суспільно корисне товариство до отримання делегованих повноважень та реєстрації як суспільно корисного товариства створюється як відповідний вид організаційно-правової форми (асоціація чи

громадська організація). Виділення цих непідприємницьких товариств надає можливість визначити коло осіб та відносин, на які поширюються повноваження цих юридичних осіб, а також такі приватноправові особливості як: підстави набуття ними права власності, державно-приватного партнерства, а також визначення юридичної долі майна після їхньої ліквідації.

Розвиток саморегулювання може розглядатися як один з пріоритетних напрямів оптимізації державного втручання та вдосконалення якості регулювання підприємництва в Україні. Розвиток саморегулювання бізнесу в різних формах, по-перше, розширює можливості вибору ефективних форм регулювання ринку (надає можливість розглядати саморегулювання як реальну альтернативу державному регулюванню), по-друге, створює можливості подолання провалів ринку без використання держави як на добровільній, так і нормативній основі; по-третє, створює інфраструктуру, що надає можливість консультиватися з учасниками ринку при виробленні регулюючих рішень (у галузях, де кількість господарюючих суб'єктів велика, об'єктивно неможливо проводити консультації з окремими учасниками ринку, оскільки консультації з усіма вимагають заборонно високих витрат, а консультації з окремими представниками галузі можуть не забезпечити репрезентативності — ефективніше консультиватися з об'єднаннями бізнесу).

Розділ 4

МІЖНАРОДНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ВІДНОСИН

4.1. Загальна характеристика міжнародно-правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин

Ідея вироблення певного уніфікованого механізму регулювання комерційних відносин у цілому світі, вочевидь, має своїм підґрунтям положення стосовно об'єктивного існування всесвітнього ринку як системи економічних відносин, побудованих на фундаментальному принципі попиту та пропозиції. Ті ж країни, які не визнають превалюючого місця попиту/пропозиції в економічному механізмі, об'єктивно не можуть прагнути вільного ринку з огляду на посилений елемент публічно-правового регулювання економічних відносин. Проте з часом таких стає дедалі менше, і їх можна порахувати вже на пальцях однієї руки. Це такі соціалістичні чи комуністичні країни: Куба, КНДР, Лаос, В'єтнам, Монголія, Китай. Китай, однак, належить до таких із значними застереженнями. Всі ж інші 188 держав світу створюють, хоч також із певним застереженнями, так званий світовий ринок, який іменується як світовий ринок товарів та послуг. Зокрема М. О. Ажнюк зазначає, що світовий ринок товарів і послуг — це сфера торгових відносин між різними країнами, що ґрунтується на основі розвитку міжнародного поділу праці. Міжнародний же поділ праці сформувався на основі розвитку міжнародної торгівлі як форми економічних зв'язків між країнами, що спеціалізувалися на виробництві певних видів продукції [30, с. 102]. К. С. Солонінко зазначає, що саме розвиток міжнародного поділу праці поклав основу для виникнення світового ринку. Під останнім він розуміє сукупність національних ринків окремих країн, пов'язаних між собою міжнародними економічними відносинами. Його становлення проходило на основі удосконалення внутрішніх ринків.

Світовий ринок як система національних ринків і певних наднаціональних органів (Рада Європи, Європейська Комісія) з необхідністю мусить мати певний правопорядок, який би певним чином узгоджував «правила гри» на ринку, тобто ми маємо вести мову про певний право-

порядок на більш значному просторі, аніж територія певної держави. Всі відомі спроби створення такого єдиного регуляторного (нормативно-го) акта, так званих всесвітніх кодексів приватного права, через об'єктивні обставини зазнали невдач.

Відповідно, основна увага наразі зосереджена на «регіональному рівні» кодифікації приватного права як рушія розвитку правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин. О. В. Дзера пише з цього приводу так: «У перспективі можливий уніформізм приватного права у всесвітньому масштабі. Але сьогодні вражаючих результатів досягла гармонізація приватного права на регіональному рівні (Скандинавські країни та Фінляндія, Європейський Союз тощо)». Говорячи ж, зокрема, і про проект так званого Європейського цивільного кодексу, О. В. Дзера зазначає: «Слід звернути особливу увагу на гармонізацію цивільного (приватного) права в Європі. Йдеться про розроблені Принципи європейського договірної права та перспективу створення Європейського цивільного кодексу (кодексу приватного права)» [86, с. 14]. Адже після спроби втілення в життя відомого Кодексу Бустаманте, прийнятого у 1928 р., який складався зі вступу і чотирьох книг: Міжнародне цивільне право, Міжнародне торговельне право, Міжнародне кримінальне право, Міжнародний процес, жодного іншого разу справа не дійшла навіть до розроблення відповідного проекту.

За великим рахунком, можна стверджувати, що розвиток саме міжнародного комерційного права як регулятора відповідних підприємницьких (комерційних) відносин відбувається у двох напрямках:

1) блоково-територіальному, тобто з поширенням дії відповідного (уніфікованого) джерела регулювання підприємницьких відносин, не за всесвітнім (планетарним) масштабом, а у контексті певної материкової обмеженості, а частіше і переважним чином — стосовно тих країн, які є членами того чи іншого військово-економічного блоку або союзу. Показовою є відповідна уніфікація в ЄС;

2) інституціональному, тобто розширеному, позакордонному регулюванню піддаються найбільш індиферентні до національно-культурних, релігійно-мовних аспектів відносини, тобто ті правовідносини, які володіють рисами усталеними, зрозумілими та подібними, незалежними від вищенаведених факторів. Таким чином, йдеться, насамперед, про так зване контрактне право, яке виступає, по суті, двигуном розширення міжнародного регулювання комерційних правовідносин. Недаремно під міжнародним комерційним правом, перш за все, розуміють міжнародне контрактне право [46, с. 45].

Цитуючи відомого грузинського економіста та підприємця К. Бендукізе: «...немає сил у природі, які можуть боротися з економічною правдою», слід погодитися з тим, що, незважаючи на жодні перепони, які виникають у розробленні так званих всесвітніх кодексів, процеси щодо вироблення певних уніфікованих правил стосовно підприємницьких від-

носин продовжують активно розвиватись. Це досить чітко видно на прикладі Європейського Союзу.

Важливим у цьому контексті, маючи на увазі розвиток саме міжнародного правового регулювання комерційних відносин, є усвідомлення того, що саме вони є стрижнем (ключовим елементом) так званого міжнародного економічного життя. Міжнародні підприємницькі відносини і їх приватноправовий спосіб регулювання є тим локомотивом, який «тягне» за собою розвиток інших, допоміжних, проте аж ніяк не другорядних, правовідносин, а відповідно, і способів регулювання. Так, О. К. Вишняков слушно зауважує, що для гармонізованого та уніфікованого комерційного права ЄС характерним є поєднання традиційних та «м'яких» нормативних інструментів, а також методів регулювання — захисту, координації, організаційно-фінансової та іншої підтримки з боку влади та невтручання в певних диспозитивних рамках, що є притаманним методу приватноправового регулювання [46, с. 16]. Не применшуючи значення міжнародного економічного права, суб'єктами якого виступають держави і міжнародні організації, видається, що вони мають за кінцеву мету створення (становлення) такого сприятливого міжнародного економічного середовища, в якому якнайкраще можна буде реалізуватись суб'єктам міжнародних комерційних відносин: відповідним резидентам-підприємцям тієї країни, яка через відповідні міжнародні економічні засоби та інструменти лобіює інтереси власних компаній та підприємств. Адже саме в цьому полягає так звана міжнародна комерційна дипломатія. Досить зауважити, що сама держава як адміністративно-територіальне утворення та відповідний апарат покликана досягати за допомогою найрізноманітніших публічно-правових засобів та методів певного результату для національних суб'єктів міжнародних економічних відносин. Так, автори видання з комерційної дипломатії зазначають, що вона є офіційною діяльністю глав держав, урядів, торговельних і переговорних місій, спеціальних органів з питань і завдань торговельної політики, захисту внутрішнього ринку від кризових явищ у світовій економіці, надто жорсткої іноземної конкуренції, різкого зростання імпорту та інших несприятливих умов для розвитку національної економіки, а також захисту прав та економічних інтересів держави, вітчизняних підприємств та інших суб'єктів господарювання за кордоном [142, с. 8].

Свого часу К. А. Флейшиць досить жорстко критикувала саму ідею вироблення механізму приватноправового регулювання міжнародних комерційних відносин, уніфікаційні процеси у цивільному та торговому праві, підводячи під це зрозумілу на той час ідеологічну основу: «Експортуючи капітали за межі своєї вітчизни, монополісти прагнуть в одних випадках забезпечити собі, наскільки це можливо, єдиний (тотожний) правовий режим діяльності на територіях різних країн, в інших випадках вислизнути від застосування тих чи інших не лише вітчизняних, а й невігідних з тієї чи іншої причини іноземних законів. На цьому

грунті розвиваються до відомих меж уніфікація «формулярного права» (під якими К. А. Флейшиць розуміла вироблення певних уніфікованих законів. — В. М.), його «кодіфікація», яка проводиться різноманітними обслуговуючими міжнародну торгівлю організаціями юристів, якими є Міжнародна торгова палата, створена в Парижі, Міжнародна асоціація права, колишній Римський інститут для уніфікації приватного права Ліги Націй та ін.» [327, с. 42]. Цілком зрозуміло, що критика цих інститутів, покликаних сприяти уніфікаційним процесам, мала під собою ідеологічне підґрунтя — СРСР відмовлявся брати участь у будь-яких об'єднаннях, що мали за мету поживлення міжнародної торгівлі та уніфікацію норм, а це, перш за все, міжнародне приватне право як основа такої уніфікації. За умови тотальної власності держави СРСР знаходився осторонь цих процесів, більше того, був послідовним критиком розростання павутиння капіталістичної торгівлі і торгового обороту як такого. У СРСР, за винятком відповідної державної монополії на зовнішню торгівлю, яка здійснювалась відповідно уповноваженими органами та установами, не було потреби у розвитку повноцінного міжнародного торгового обороту. Ідея В. М. Корецького стосовно розширення сфери «міжнародного бойового господарського права», що стоїть на службі у великого капіталу (за словами В. М. Корецького — монополістичного капіталу), через 20 років після публікації [159] знайшла підтримку у К. А. Флейшиць. Вона зазначала, що «... поставивши собі на службу законодавство, яке створює право для всіх, монополісти у доповнення до цього права «для всіх» створюють собі привілейоване право, яке визнається і державою, апарат якої все більше і більше невід'ємний від цих самих монополістів» [327, с. 41].

Примітно, що як В. М. Корецький, так і К. А. Флейшиць не заперечували тенденції до поступового формування механізму міжнародного регулювання комерційних (господарських за їх висловом) відносин, в основі якого лежать саме приватноправові (торгові) принципи, проте обое були налаштовані досить агресивно виходячи суто з ідеологічних та блокових міркувань. Нині також трапляються схожі твердження щодо «новітнього міжнародного господарського права» і відповідного механізму регулювання. Так, О. В. Безух зазначає, що вступ України до СОТ, просування в європейському напрямі розвитку вимагає зміни принципів і способів правового регулювання господарської діяльності. Макро- і мікроекономіка, приватна підприємницька діяльність, юридична відповідальність суб'єктів господарської діяльності залежать від досконалості їх правового забезпечення. Це зумовлює потребу в систематизації наукових розробок проблем правового регулювання господарської діяльності, дослідження ефективності забезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів господарювання та соціальної спрямованості економіки, а також відповідності змісту правового регулювання реально існуючим суспільним відносинам, що виникають між учасниками господарських

відносин [43]. Намагаючись довести спроможність існування саме «господарських приватних (підприємницьких)» відносин, на противагу класичним приватноправовим (цивільним — за твердженням О. В. Безуха. — В. М.). О. В. Безух доходить висновку, що головною метою цивільного права є забезпечення реалізації прав і свобод особи. Їх називають цивільними, хоча переважна більшість з них закріплена Конституцією України. Але це не є метою побудови та організації економіки як сфери суспільних відносин. У цій сфері панують інші категорії та цінності.

Виводячи ці висновки на рівень формування відповідного механізму правового регулювання, О. В. Безух робить висновок стосовно того, що приватноправовий механізм не може бути адекватним сучасному міжнародному комерційному (у його варіанті — господарському) обороту. На підставі цього він доходить висновку, що відносини, які виникають у сфері приватного життя особи, у жодному разі не можна ототожнювати або порівнювати із приватними відносинами, в які вступають суб'єкти господарювання. Господарські відносини виникають у сфері суспільного виробництва та економічної конкуренції. Якщо розглядати ці відносини системно, то вони є складовою (підсистемою) більш складних систем: ринок, економіка, екологія. Враховуючи, що ринок, економіка є явищами публічними, організованими в певному порядку, то можна стверджувати, що приватні господарські відносини є елементом публічного порядку. Легального визначення публічного порядку немає, тому О. В. Безух розглядає господарські відносини як елемент, складову «правопорядку у сфері господарювання». Це поняття є нормативною складовою більш широкого поняття «правовий порядок», що існує у суспільстві [43].

Шляхом заперечень здатності приватного права бути належним правовим регулятором сучасних комерційних відносин з огляду на необхідність обмеження спекулятивних прагнень, ускладнення суспільних відносин, необхідність врахування фактичної нерівності сторін у господарському обороті науковець доходить висновку про необхідність врахування саме тенденцій розвитку так званого міжнародного господарського права. Зокрема це аргументується тим, що цивільно-правова школа залишає без уваги ту найсуттєвішу обставину, яка має бути домінуючою і стосується того, що юридичний механізм у сфері господарювання повинен відображати вимоги економічних законів, забезпечити застосування їх на рівні правових принципів та конкретних норм. Така теза з необхідністю і певною навіть внутрішньою логікою змушує О. В. Безуха зробити наступний висновок про те, що тенденцією є посилення інтеграція України у світову економіку, що приводить до збільшення впливу міжнародного господарського права на вимоги до правового регулювання господарських відносин в Україні.

Ставлячись з повагою до вищенаведеної аргументації, слід зауважити, що ключовим у наведених пропозиціях О. В. Безуха є теза стосовно міжнародного господарського права. Проте автор не розкриває змісту

вживаної ним категорії, а саме це є надзвичайно важливим, оскільки посідає провідне місце у формуванні відповідного правового механізму як в Україні, так і на міжнародному рівні. Тож, що ж таке міжнародне господарське право? Який зміст вкладається в це поняття і чи може воно здійснювати належне правове регулювання підприємницьких (господарсько-комерційних) відносин на міжнародному рівні?

Слід зазначити, що термін «міжнародне господарське право» (далі — МГП) взагалі досить важко віднайти у сучасній правовій літературі. Це, насамперед, пов'язано з тим, що усталеними і широкоживаними є такі поняття:

— міжнародне приватне право — регулює порядок урегулювання приватноправових відносин, які хоча б через один із своїх елементів пов'язані з одним або кількома правопорядками, іншими, ніж український правопорядок [114];

— міжнародне публічне право — регулює відносини між державами, а також між іншими учасниками міжнародних відносин у політичній, економічній, культурній та інших галузях [89, с. 9];

— міжнародне комерційне право — регулює міждержавні економічні відносини, які складаються між державами як суб'єктами влади, державами і міжнародними організаціями, а також між цими організаціями. Від них відмежовуються майнові відносини міжнародного характеру між фізичними і юридичними особами різних країн, а також майнові відносини, у яких як суб'єкти комерційного права особливого роду беруть участь держави [57, с. 7];

— міжнародне економічне право — регулює відносини між державами, між державами і міжнародними організаціями, між міжнародними організаціями в процесі міжнародного економічного співробітництва, що є самостійною галуззю міжнародного публічного права [224, с. 8].

Термін «міжнародне господарське право», як вже зазначалось вище, був, можливо, вперше широко вживаний В. М. Корецьким у 1928 р. у його відомій праці «Очерки международного хозяйственного права» [159]. Проте він вкладав у зміст міжнародного господарського права досить специфічний зміст, вважаючи, що воно формується державами як суб'єктами відповідних відносин, які, обстоюючи інтереси певних національних компаній (корпорацій), вимушені вступати у відповідні міжнародні відносини заради інтересів цих компаній, які, фактично лобіюючи свої інтереси, «штовхають» держави на відповідні дії щодо розподілу всесвітнього ринку задля домінування у всесвітньому господарському житті. Поступово таке міжнародне господарське право перетворюється, фактично, на міжнародне бойове право.

На сьогодні навіть глобальна пошукова система Google не в силах віднайти у всесвітній павутині відповідних результатів на запит «міжнародне господарське право», не говорячи вже про посилання хоч на якийсь нормативний чи регуляторний акт. Очевидно, це пояснюється

тим, що, відверто кажучи, такий термін використовується, можливо, виключно представниками української школи господарського права, виходячи з тієї «унікальності» самого існування ГКУ та необхідності поширення тези про «широко» відому доктрину «міжнародного господарського права», про «визначення останнього та проведення відмежування його від міжнародного економічного права, під яким *розуміється* система норм і принципів, які регулюють відносини, що виникають між державами та іншими суб'єктами міжнародного публічного права у сфері економічного співробітництва та, власне, так званим МГП. Інколи також простежується некоректний переклад іншомовних термінів: німецький термін «Wirtschaftsrecht» досить часто перекладають як «господарське право», хоча дослівно воно має перекладатися «економічне право», в англійській мові для нього використовується відповідник «business law», який аж ніяк не можна перекласти іншим чином, як тільки «комерційне, інколи торговельне, право».

При цьому досить часто можна чути посилання, мов би, на аналог МГП у німецькій правовій доктрині. Зокрема йдеться про широко відомий в Україні підручник з основ германського міжнародного економічного права. Однак у ньому не вживається власне термін МГП, а використовується виключно поняття «приватне господарське право» і «господарсько-адміністративне право». Лише в одному місці йдеться про співвідношення приватного господарського права, публічного господарського права і власне міжнародного господарського права. Воно ж зводиться до того, що «міжнародне господарське право регулює економічні відносини між державами і міжнародними організаціями між собою» [226, с. 47], тобто фактично йдеться про міжнародне економічне право у нашому вітчизняному розумінні, що є відокремленою специфічною частиною міжнародного публічного права.

Відповідно, вищенаведене дає всі підстави стверджувати, що міжнародне правове регулювання підприємницьких (комерційних) відносин, перш за все, здійснюється на підставі та за допомогою міжнародного комерційного права, яке є певним специфічним утворенням приватно-правового характеру.

Слід зазначити, що таке критичне вітчизняне сприйняття МКП пояснювалось глибокими не економічними, а саме ідеологічними розбіжностями та відсутністю потреби у такому регулюванні для радянських підприємств. На сьогодні також досить часто можна почути подібні критичні зауваження та застереження стосовно певних аспектів розвитку міжнародного комерційного обороту, уніфікації та/чи адаптації підприємницького законодавства до вимог, зокрема, ЄС тощо. Однак наразі в основі таких зауважень знаходяться не тільки ідеологічні, а й сучасні політичні постулати та гасла українських політичних партій. Так, Комуністична партія України, яку на виборах 2012 р. підтримали 13,18% виборців України [66], відкрито у своїй програмній платформі виступає

проти приєднання України до міжнародного торгового обороту, проти приєднання до ВТО, ЄС тощо [267].

Іншим словами, ведучи мову про розвиток міжнародного регулювання підприємницьких (комерційних) відносин, слід пам'ятати, що право, законодавство, попри все, є похідним явищем від курсу політики у зовнішньополітичному аспекті. При цьому слід згадати, що на нормативному рівні досить багато чого вже зроблено для успішної подальшої роботи у напрямі повноцінного входження до системи міжнародного правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин. Так, прийнято базові документи щодо визначення векторів розвитку як законодавства України в частині регулювання підприємницьких відносин, так і щодо подальших дій задля повноцінної інтеграції у відповідні міжнародні процеси, в тому числі і щодо регулювання підприємницьких відносин за участі українських суб'єктів на міжнародному рівні [110; 112; 243; 250; 323].

Мову також треба вести про необхідність подальшого визначення зовнішньополітичного курсу України з урахуванням відповідних геополітичних інтересів країн-учасниць тих чи інших економічних чи військово-політичних блоків і вчинення реальних дій, а саме підписання остаточних необхідних дво- та багатосторонніх угод про членство.

Але ж і досі спостерігається «протистояння» між вибором щодо приєднання до ЄС або Митного Союзу, які в той чи інший спосіб захищають (є адвокатами) своїх національних представників бізнесу. При цьому всередині самої України слід враховувати такі фактори, як бізнесові кола, які впливають на вибір того чи іншого вектору у процесах подальшого розвитку законодавства стосовно регулювання підприємницьких відносин.

Не виходячи за межі наукового дослідження, варто наголосити, що досить часто спостерігається певне використання термінів, у тому числі і щодо подальшого розвитку законодавства стосовно підприємницьких відносин, участі та ролі публічно-правових механізмів, про які йтиметься нижче. Однак, говорячи про міжнародне регулювання підприємницьких відносин, не можна оминати питання змісту міжнародної політики у сфері підприємництва.

Видається, що примітивно думати та/або припускати, що міжнародна спільнота та окремо взяті країни в особі їх урядів та центробанків переймаються, говорячи про розвиток підприємницьких відносин, виключно питаннями створення найбільш сприятливих умов та передумов для вчинення відповідними підприємцями певних спекулятивних дій та отримання прибутку. Іншими словами, мають на меті виключно сприяння реалізації визначення підприємництва як вільної, на власний ризик, систематичної діяльності з метою отримання прибутку. Насправді, політика регулювання підприємницьких відносин є набагато складнішою та неоднозначною, аби припускати, що в ній панує виключно приватно-правовий дух та прагнення до надприбутків. Слід при цьому акцентува-

ти увагу на таких вихідних, принципових положеннях, які значною мірою впливають на характер та зміст міжнародного регулювання підприємницьких відносин. За приклад візьмемо економічну політику ЄС.

1. Реалізація підприємницької діяльності в ЄС є проявом реалізації всіх чотирьох так званих свобод спільного ринку, а саме: свобода руху товарів, послуг, людей та капіталу у спільному ринку.

2. ЄС у розвитку підприємницьких відносин, саме у контексті регулюванні останніх, робить значний акцент на малому та середньому підприємстві, оскільки великі та транснаціональні компанії виходять за межі прискіпливої регуляторної політики, окрім податкової.

3. Визнаються та презюмуються на регуляторному рівні випадки неефективності ринкового механізму, що потребує досить значного втручання публічно-правових засад та інструментів.

4. Відбувається досить стрімкий розвиток нових форм співробітництва підприємницьких кіл (приватного сектора) з державою (публічний сектор) у контексті державно-приватного партнерства (public private partnership).

5. Регулювання підприємницьких відносин в ЄС здійснюється у контексті розвитку концепції сталого суспільного розвитку.

6. Для ЄС одним із ключових понять є спільний ринок, який визначає вектори регулювання підприємницьких відносин і слугує домінантою при ухваленні того чи іншого рішення стосовно регулювання підприємницьких відносин.

Отже, не варто абсолютизувати приватноправову природу регулювання підприємницьких відносин в ЄС, оскільки вона реалізується з досить значними застереженнями, включаючи і публічно-правові методи. Проте це не ставить під сумнів саму природу регулювання підприємницьких відносин та виключно допоміжний, певним чином стримуючий фактор публічно-правових засад у їх регулюванні. При цьому слід враховувати, що насправді значний вплив на регулювання підприємницьких відносин справляють і засадничі цілі, задля яких свого часу створювався ЄС. Так, відповідно до ст. 2 Договору про створення Європейського Економічного Співтовариства 1957 р. (далі — Договір про ЄЕС) завданням Співтовариства, через створення спільного ринку та прогресивного зближення економічної політики держав-членів, є: сприяння гармонійному розвитку економічної діяльності; підвищення стабільності та рівня життя; встановлення більш тісних відносин між державами-членами. Для досягнення цієї мети діяльність держав-членів мала спрямовуватися на:

- скасування між ними митних зборів та кількісних обмежень при експорті та імпорті товарів, а також інших заходів еквівалентного характеру;

- встановлення спільного митного тарифу та спільної комерційної політики з третіми країнами;

- усунення між державами-членами перешкод для вільного руху осіб, послуг та капіталу;

- прийняття спільної політики у сфері сільського господарства та транспорту;
- зближення законодавства держав-членів з метою належного функціонування спільного ринку;
- асоціацію з третіми країнами для збільшення обсягів торгівлі та сприяння спільному економічному та соціальному розвитку.

Сучасне уявлення про спільний ринок сформувалося на основі уявлень про всесвітній ринок та приписів Договору про ЄЕС, відповідно до яких спільний ринок можна визначити як економічний простір без внутрішніх кордонів, у межах якого всі види товарів, а також особи, послуги і капітал вільно пересуваються за умови встановлення єдиних для всіх держав-членів правил заборони дискримінації. Спільний ринок, створений Договором про ЄЕС у 1958 р., мав скасувати перешкоди у торгівлі між державами-членами з метою економічного процвітання та сприяння «ближчому об'єднанню жителів Європи», як було передбачено авторами Договору про ЄЕС. При цьому саме розвитку підприємницьких відносин, розвитку торгівлі, як потужним інтегруючим факторам, приділялася і приділяється нині значна увага.

Зазначена теза стосовно важливості спільного ринку ЄС, який являє собою ніщо інше, як об'єднання всіх ринкових економік учасників ЄС під «одним дахом», має порушити відповідні питання для розроблення подальшої політики регулювання підприємницьких відносин з урахуванням досвіду ЄС і прагнень України до набуття повноцінного членства у ньому.

Також слід чітко усвідомлювати, що спільний правопорядок ЄС як система визначається через низку окремих «спільних політик» країн-членів ЄС за різноманітними напрямками. Як пише з цього приводу О. К. Вишняков, європейський ринковий правопорядок визначається загальною політикою внутрішнього ринку та певними пов'язаними з нею та між собою «політиками», тобто окремими напрямками правового регулювання з боку інституцій ЄС [65, с. 14]. Зокрема серед таких політик слід відзначити політику у сфері промисловості та підприємництва. Вона охоплює питання створення спільного ринку промислової продукції, подолання спільних структурних та секторальних проблем незалежно від галузі. Останнє є надзвичайно важливим, адже політика реалізується на принципових засадах, не будучи «обмеженою» певною галуззю виробництва, а відповідно є максимально дистанційованою від певного занадто відкритого лобювання та/або проявів корупції.

Стосовно такої складової «спільних» політик, як «промислова політика», слід зазначити, що основною метою тут виступає стимулювання конкурентоспроможності промисловості ЄС як з боку самого ЄС, так і відповідних його членів. Окремими цілями є: прискорення адаптації промисловості до структурних зрушень; створення сприятливого середовища розвитку підприємницьких відносин та підприємництва з акцен-

том на мале та середнє підприємництво; створення сприятливих умов для співробітництва між суб'єктами торгового обороту; сприяння кращому використанню промислового потенціалу політики інновацій; розвитку досліджень і технологій.

Розвиваючи тезу О. В. Вишнякова стосовно «спільних політик», зауважимо, що у випадку з регулюванням підприємницьких відносин слід також згадати (вести мову) про спільну торговельну політику як одну із складових «спільних політик», і важливий елемент розвитку підприємницьких відносин у спільному європейському ринку. Адже і надзвичайно великий масив *acquis communautaire* присвячено саме торгівлі та торговельній політиці, яка від підприємництва (комерції) невіддільна. Тут доречно навести навіть такий приклад, як спільні заяви та узгоджені документи ЄС стосовно визначення нормативів (сертифікатів, стандартів, технічних регламентів) у торгівлі, які значною мірою впливають на всі підприємницькі відносини, та їх значення у формуванні відповідної законодавчої бази в Україні, а також приклад реалізації вимог стосовно сертифікації товарів на відповідність «технічним регламентам» ЄС.

Українські уряди протягом останніх 10 років визначили одним з головних пріоритетів зовнішньоекономічної політики України подальший розвиток співпраці зі Світовою організацією торгівлі (СОТ) та інтеграцію до Європейського Союзу.

Перспективи подальшого повномасштабного співробітництва України з СОТ безпосередньо залежать від рівня приведення національної системи технічного регулювання у відповідність до міжнародних стандартів, норм і правил як однієї із форм взаємодії приватних та публічних засад у регулюванні підприємницьких відносин [109; 244; 245; 246; 248; 251; 252].

Прийняті на розвиток цього стратегічного напрямку закони України «Про стандартизацію» [125], «Про підтвердження відповідності» [122], «Про акредитацію органів з оцінки відповідності» [105] започаткували новий етап реформування національної системи технічного регулювання і розвитку в Україні нової системи оцінки відповідності. Вона має поступово замінити діючу в Україні Систему обов'язкової сертифікації — УкрСЕПРО. Це відбуватиметься в міру розроблення і введення в дію технічних регламентів з підтвердження відповідності з одночасним скороченням переліку продукції, що підлягає обов'язковій сертифікації. Такий вплив міжнародного регулювання підприємницьких (комерційних) відносин, крізь призму скорочення відповідних адміністративно-контрольних бар'єрів, слід розцінювати як надзвичайно позитивний вплив міжнародного досвіду регулювання підприємницьких відносин для української практики.

У зв'язку з цим створюється низка нових для України нормативно-правових актів — національних технічних регламентів з підтвердження відповідності. Для того щоб зрозуміти, для чого це робиться, слід роз-

глянути детальніше як функціонує технічне регулювання як складовий елемент комплексного регулюванні підприємницьких відносин в умовах світової торгівлі.

При вступі до СОТ держава має укласти низку угод, необхідних для ефективного функціонування світової торгівлі. Серед них і Угода про технічні бар'єри в торгівлі. Якщо говорити в загальному, то держава, що її підписала, декларує регулювання імпорту тільки шляхом перегляду митних тарифів, а технічні перепони (сертифікація, оцінка відповідності, акредитація тощо) мають бути однакові для вітчизняного та іноземного виробника (імпортера) продукції (саме продукції, оскільки Угода не поширюється на послуги). Ці технічні бар'єри є важливими для кінцевого споживача, оскільки кожен з нас хоче бути впевненим, що отримує безпечну продукцію. В даному випадку слід розрізняти поняття «якісна продукція» і «безпечна продукція». Угода СОТ (ГАТТ) передбачає якнайширший і якнайпрозоріший доступ товарів на світовий ринок і ринок країн — членів СОТ. Наявність широкого вибору однотипних товарів надає змогу споживачу вибирати найкращий (найякісніший) з його точки зору. І тому сам ринок регулює, які товари будуть продаватись краще, які з них найкраще задовольняють потреби людей. І це вже справа підприємця (виробника), чи дотримуватись стандартів, чи ні. Все це робиться для розвитку світової торгівлі, що приносить збільшення доходів для виробників, а для споживачів якісніші товари за нижчими цінами.

Але є така продукція, яка може становити небезпеку для здоров'я людей чи тварин, негативно впливати на оточуюче середовище (продукти харчування, мінеральні добрива, автомобілі та багато іншого). На жаль, ринок, з огляду на вказані вище випадки його неефективності, не виправдовує очікування людей щодо продукції, яка не є безпечною. Прикладами цього є продаж м'яса хворих тварин у Європі, що призвів до захворювання коров'ячим сказом, продаж шин для автомобілів у Америці, що розривались на середній швидкості руху, призводячи до аварій. Саме тому уряд повинен втручатись у ринкові справи, вимагаючи, щоб споживчі товари відповідали мінімальним стандартам безпеки. Такі обов'язкові стандарти називаються технічними регламентами. На даний час в Україні затверджено близько 70 технічних регламентів (у світовій практиці їх приблизно 400—500). Побудова технічного регламенту вимагає (якщо це можливо) описувати вимоги до продукції на основі експлуатаційних характеристик, а не конструкцію чи надавати характеристики. Варто зазначити, що створюючи технічні регламенти при описанні експлуатаційних характеристик необхідно посилатись на існуючі стандарти (оскільки гармонізувати стандарт легше, ніж технічний регламент). І це є той випадок, коли добровільний стандарт стає обов'язковим. Серед прийнятих в Україні технічних регламентів такі як: «Технічний регламент з підтвердження відповідності лічильників гарячої води», «Технічний регламент з підтвердження відповідності безпеки ма-

шин і механізмів», «Технічний регламент з підтвердження відповідності щодо безпеки іграшок» та інші.

Впровадження в Україні технічних регламентів пов'язане з визначенням, розробкою та публікуванням переліків чинних в Україні стандартів, застосування яких може сприйматись як доказ відповідності вимогам технічних регламентів, приведенням нормативно-правових актів міністерств та інших центральних органів виконавчої влади у відповідність до положень технічних регламентів, підготовкою органів з оцінки відповідності та інше. Впровадження буде відбуватися поетапно згідно з затвердженими планами і, за оцінкою фахівців, триматиме до 2015 р. Такий крок має стати ефективним з точки зору усунення перешкод до подальшої інтеграції України до системи міжнародного регулювання підприємницьких відносин.

У прийнятому Указі Президента України «Про заходи щодо вдосконалення діяльності у сфері технічного регулювання та споживчої політики» № 1105/2005 [324] передбачено заходи щодо прискорення впровадження технічних регламентів, розроблених відповідно до європейських директив, і врахування фінансування цих заходів з Держбюджету України. Тому є підстави сподіватись, що процес розробки і затвердження нових технічних регламентів як складової інтеграції до міжнародної системи правового регулювання підприємницьких відносин буде прискорено у подальшому, а разом з цим буде відбуватись адаптація нашої системи стандартизації до європейської моделі.

Таким чином, політика в ЄС з регулювання підприємницьких відносин являє собою специфічне комплексне утворення так званих спеціальних політик, серед яких, можливо, слід виокремити такі:

- політика у сфері промисловості;
- політика у сфері підприємництва;
- політика у сфері визначення стандартів.

Аналіз таких документів, як Директива 98/34/ЄС «Про процедуру надання інформації у сфері технічних стандартів та регламентів, а також правил надання послуг у інформаційному суспільстві» [11], Директива 2001/95/ЄС «Про загальну безпеку продукції» [7], Директива 2006/95/ЄС «Низьковольтне обладнання» [7], Директива 2009/48/ЄС «Безпека іграшок» [10], Директива 305/105(ЄС) «Будівельні матеріали» [21], надає можливості зробити висновок, що політика ЄС у промисловості, підприємстві та торгівлі є невід'ємною складовою правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин. Хоча, як пише О. К. Вишняков, у цьому випадку йдеться не тільки про регулювання через втручання держав-членів у відносини приватноправового характеру, а й про підтримку та стимулювання промисловості, підприємництва [65, с. 14]. При цьому слід зазначити, що О. К. Вишняков, не виділяючи окремо політику у сфері торгівлі, включає її до політики підприємництва як структурний елемент. Іншим словами, приватноправовий код або дух

регулювання підприємницьких відносин залишається первинним і системоутворюючим, проте він тісно «вплетений» у більш складний механізм регулювання підприємницьких (комерційних) відносин, у тому числі і передусім з огляду на концепції панування «спільних» політик, функціонування спільного ринку, реалізації концепції сталого суспільного розвитку, про яку йтиметься нижче. Підтвердженням цього є низка документів ЄС стосовно регулювання підприємницьких відносин, які у своїй основі мають приватноправові методи.

Розглядаючи питання міжнародного регулювання підприємницьких відносин на прикладі ЄС, слід з'ясувати і структуру самого підприємництва, яке є первинним стосовно підприємницьких відносин. Йдеться про поділ суб'єктів підприємництва у ЄС на малі, середні та великі. Проте саме малому та середньому підприємству приділяється першочергова, можна сказати ключова, увага [1; 3; 6], а відповідно, саме вони утворюють і формують ту переважну масу підприємницьких відносин, які підлягають правовому регулюванню.

Стосовно малого та середнього підприємництва в Україні також існує спеціальна нормативна база, яка мала б забезпечити більш прискіпливу увагу до питань належного правового регулювання саме цього спектра відносин у підприємстві в цілому. Зокрема йдеться про Указ Президента України «Про державну підтримку малого підприємництва» 1998 р. [321], Закон України «Про державну підтримку малого підприємництва» [108], який у 2012 р. був замінений Законом України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» [124]. У 2000 р. було прийнято Закон України «Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні» [115], з наступними змінами, останні з яких прийнято у 2012 р. Цим Законом затверджено Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні. На виконання Національної програми України у кожній області України було прийнято відповідну обласну (регіональну) програму розвитку малого підприємництва [283; 284]. Фактично спільними у правовому регулюванні для вищезазначених нормативних актів є цілі, які переслідуються, а саме:

- 1) створення сприятливих умов для розвитку малого і середнього підприємництва;
- 2) забезпечення розвитку суб'єктів малого і середнього підприємництва з метою формування конкурентного середовища та підвищення рівня їх конкурентоспроможності;
- 3) стимулювання інвестиційної та інноваційної активності суб'єктів малого і середнього підприємництва;
- 4) сприяння провадженню суб'єктами малого і середнього підприємництва діяльності щодо просування вироблених ними товарів (робіт, послуг), результатів інтелектуальної діяльності на внутрішній і зовнішній ринки;

5) забезпечення зайнятості населення шляхом підтримки підприємницької ініціативи громадян.

Також майже дослівно перелічуються напрями, за якими має реалізовуватись державна політика з метою поживлення активності та ефективності функціонування малого та середнього підприємництва (бізнесу) в Україні:

1) удосконалення та спрощення порядку ведення обліку в цілях оподаткування;

2) запровадження спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності для суб'єктів малого підприємництва, що відповідають критеріям, встановленим у податковому законодавстві;

3) залучення суб'єктів малого підприємництва до виконання науково-технічних і соціально-економічних програм, здійснення постачання продукції (робіт, послуг) для державних та регіональних потреб;

4) забезпечення фінансової державної підтримки малих і середніх підприємств шляхом запровадження державних програм кредитування, надання гарантій для отримання кредитів, часткової компенсації відсоткових ставок за кредитами тощо;

5) сприяння розвитку інфраструктури підтримки малого і середнього підприємництва;

6) гарантування прав суб'єктів малого і середнього підприємництва під час здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності;

7) сприяння спрощенню дозвільних процедур та процедур здійснення державного нагляду (контролю), отримання документів дозвільного характеру для суб'єктів малого і середнього підприємництва та скороченню строку проведення таких процедур;

8) організація підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації кадрів для суб'єктів малого і середнього підприємництва;

9) впровадження механізмів сприяння та стимулювання до використання у виробництві суб'єктами малого і середнього підприємництва новітніх технологій, а також технологій, які забезпечують підвищення якості товарів (робіт, послуг).

Однак важливим фактором, який слід враховувати при прийнятті рішення про вектор розвитку національного законодавства, є наявність так званого середнього класу у підприємців, до якого відносять мале та середнє підприємництво, та їх вплив на формування відповідної національної політики. Так, за офіційними даними, в країнах ЄС малі та середні підприємства формують 30—50% національного ВВП, тоді як в Україні цей показник складає лише 7% [219].

Мізерно мала частка малих та середніх підприємств в Україні пояснюється переважно і, перш за все, не браком належного механізму правового регулювання, а, напевно, більше причинами та умовами, які знаходяться за межами правового поля, однак є важливими для враху-

вання при розробленні та впровадженні адекватного та ефективного механізму правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин як у світі, так і в Україні.

До таких причин слід віднести:

1) психологічний аспект, який полягає у відсутності впевненості у доцільності започаткування власної справи. Передумовою до формування такого негативного ставлення до власної справи, стосовно саме громадян України, є недалека патерналістська доба держави у економічному житті за цілковитої заборони приватної справи;

2) відсутність або значний брак фінансових інструментів, зокрема кредитної та пільгової податкової політики на час започаткування (становлення) відповідного бізнесу, незалежно від сфери прикладення зусиль;

3) досить велику декларативну складову відповідного правового регулювання з відсутністю справжнього дієвого простого механізму реалізації того чи іншого положення законодавства (зокрема, наприклад, можна навести норму щодо залучення суб'єктів малого підприємництва до виконання науково-технічних і соціально-економічних програм, здійснення постачання продукції (робіт, послуг) для державних та регіональних потреб).

Отже, міжнародне регулювання підприємницьких (комерційних) відносин свідчить про превалювання приватноправових засад у підприємницькому (комерційному) обороті. Вони, будучи реалізованими в контексті так званих спільних політик країн—учасниць ЄС, тісно взаємодіють та узгоджуються із значною публічно-правовою складовою.

Міжнародне правове регулювання підприємницьких відносин ґрунтується на таких визначальних категоріях, як «спільний» та «внутрішній» ринок, які визначають спрямованість такого регулювання, зосередженого на таких важливих та принципових положеннях, як чотири свободи: капіталів, пересування, товарів та послуг. Окрім поняття внутрішнього ринку (ст. 14.2 ДФЄС), яке перейшло без змін до Лісабонського договору, Амстердамський договір про заснування Європейського Співтовариства використовував термін «спільний ринок» (ст. 2 ДФЄС), однак він не містив визначення цього поняття, воно з'явилося у результаті практики Суду ЄС. У рішенні у справі 207/83 «Commission v. UK» [16] Суд ЄС зазначив, що «Договір, створюючи спільний ринок та поступово зближуючи економічну політику держав-членів, прагне об'єднати національні ринки в єдиний ринок, який мав би всі характеристики внутрішнього ринку». Таким чином, спільний ринок передбачав створення внутрішнього ринку та координацію економічної та інших видів політики держав-членів. Тим самим поняття спільного ринку було тісно пов'язано з поняттям внутрішнього ринку.

Лісабонський договір про функціонування Євросоюзу скасував термін «спільний ринок» і замінив його поняттям «внутрішній ринок».

Відмова від терміна «спільний ринок» пов'язана із завершенням формування внутрішнього ринку ЄС шляхом ліквідації перешкод для його нормального функціонування. Як пише В. І. Муравйов: «Завдяки поступовій лібералізації кожної із свобод внутрішнього ринку відбулося їх зближення. В практиці Євросоюзу склалися певні принципи функціонування внутрішнього ринку, які застосовуються до всіх чотирьох свобод. Це, зокрема, примат права ЄС, пряма дія певних норм права ЄС, забезпечення основних свобод внутрішнього ринку, заборона дискримінації на внутрішньому ринку, транскордонний характер трансакцій на внутрішньому ринку, зворотна дискримінація, гармонізація законодавства держав — членів ЄС» [258, с. 48].

Відповідно, Україна, розвиваючи своє законодавство щодо регулювання підприємницьких відносин, мусить враховувати загальні тенденції у правовому регулюванні підприємницьких відносин у ЄС, адже саме повноцінне партнерство в ньому проголошено стратегічною метою у зовнішній політиці України.

4.2. Уніфікація приватноправового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин як наслідок процесів глобалізації в економічному житті

Актуальність вироблення єдиних «правил гри» для регулювання підприємницьких відносин у Європі та світі полягає в тому, що інтеграційні процеси в світі розвиваються надзвичайно високими темпами і підприємницькі відносини у цьому випадку відіграють одну з провідних ролей. Адже їх «приватноправовий код», який ґрунтується на праві приватної власності та рівності сторін, зрозумілий усім учасникам світового ринку. На прикладі ЄС уніфікація підприємницьких відносин відбувається великою мірою і опосередковано шляхом усунення перешкод їх здійсненню. Як зазначалося, внутрішній ринок ЄС ґрунтується на чотирьох свободах, що забезпечують його динамічний розвиток: вільне переміщення товарів, робочої сили, послуг і капіталу. Інакше кажучи, однією із центральних ідей інтеграційних процесів у ЄС є усунення перешкод на єдиному спільному європейському ринку. Відповідно, можна стверджувати, що в основі гармонізаційних процесів лежить диспозитивний підхід, хоча певні імперативні засади здійснення підприємницької діяльності жодним чином не заперечуються, проте вони не є домінуючими. Наслідком цього є збільшення іноземних інвестицій і поживлення підприємницької діяльності. При цьому іноземні дослідження, присвячені питанням регулювання підприємницьких відносин, навіть не порушують питання щодо його характеру — приватноправового з необхідними

елементами адміністративно-владного обмеження свободи підприємництва, що ніколи та ніким не заперечувалось.

У працях, присвячених питанням інтеграційних процесів у сфері підприємницької діяльності, не виокремлюють проблеми правового регулювання в окремий блок [22]. Основна увага приділяється суто економічним факторам. При цьому первинним стоїть питання глобалізації економічних процесів, а вже як наслідок постає питання уніфікаційних процесів у праві, які покликані адекватно реагувати на відповідні глобалізаційні зміни в економічному житті.

Отже, слід визнати, що якщо глобалізаційні процеси (глобалізація) носять дійсно всесвітній характер, то уніфікаційні процеси у праві, зокрема стосовно регулювання підприємницьких відносин, як правило, обмежуються певною конкретною територією, нехай і масштабу материків. Така уніфікація часто відбувається на ґрунті певного військово-економічного блоку, союзу або іншого економіко-політичного утворення. Слід визнати, що на сьогодні уніфікаційні процеси у праві ще не можуть розраховувати на всесвітні масштаби з огляду на певні об'єктивні складнощі, хоча рух у цьому напрямі здійснюється повсякчасно. Зокрема нещодавно було оголошено рішення Європейської Комісії від 12 березня 2013 р. щодо погодження рекомендації, покликаної санкціонувати початок перемовин про створення Трансатлантичного торговельного та інвестиційного партнерства між ЄС та США (EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership). Найближчим часом їх має розглянути та схвалити Рада ЄС [24; 101].

Відповідно, сам термін «глобалізація» розглядається, перш за все, в економічному сенсі (значенні) як процес посилення взаємозалежності національних економік, переплетення соціально-економічних процесів, що відбуваються у різних регіонах світу і спонукають фірми до кращих умов діяльності.

Факторами, що сприяють розвитку глобалізації, є:

- 1) подолання нерівномірного розміщення ресурсів;
- 2) природно-кліматичні й економіко-географічні відмінності, що зумовлюють територіальний поділ праці і спеціалізації окремих країн і спричиняють розвиток взаємозв'язків між ними;
- 3) досягнення транспорту і комунікацій;
- 4) наростання відкритості ринку;
- 5) подолання економічних проблем.

Ведучи мову про уніфікаційні процеси у правовому регулюванні підприємницьких відносин, ми маємо розуміти, що суб'єкти, залучені до всесвітніх економічних глобалізаційних процесів, по суті, часто виступають ініціаторами наступних уніфікаційних процесів вже у праві, адже це є реакцією на так звані п'ять викликів глобалізаційних процесів. Цікавим видається і визначення глобалізації, яке наводиться в економічній іноземній літературі. Воно зводиться до об'єднання вільних та відкритих

ринків. Так, економісти зазначають, що глобальні економічні системи — невідокремлені, незалежні, автономні економіки націоналістичної парадигми... Економічні системи є радше розмитими, оскільки вони та місцеві економіки постійно трансформуються та зливаються одна з одною, унеможливаючи будь-яке чітке окреслення цього явища [39, с. 110]. Відповідно, питання про те, які фундаментальні ринкові правила там функціонують, також не стоїть. Це питання є давно розв'язаним і зрозумілим — у ринковій економіці діють принципи та правила, що ґрунтуються на засадах приватної власності і приватної ініціатива, звісно ж, з відповідними публічно-правовими застереженнями. Зазначається, що глобалізацію не можна зводити до простого посилення взаємозалежності господарських комплексів відповідних країн. Вона значно ширша, оскільки зачіпає всі сфери суспільного життя, вносить значні коригування в перспективи розвитку міжнародного співтовариства, веде до поступового перетворення світового простору на єдину фінансово-інформаційну, військово-політичну і соціально-культурну зону, в котрій вільно переміщуються товари, інформація, ідеї, інвестиції, нові технічні розробки, їх носії. Все це стимулює розвиток світу як цілісної системи [340, с. 233].

Ключовим та визначальним фактором визначення характеру уніфікації регулювання підприємницьких відносин виступає економічна система, в межах якої і функціонують відповідні підприємницькі відносини: по суті, питання можна ставити щодо тих секторів ринку, які мають інтегруватися в глобалізаційні процеси в першу чергу. Саме ці суспільні відносини у контексті глобалізації вимагають проведення заходів щодо уніфікації відповідного правового регулювання. І навпаки, якщо з тих чи інших причин певні відносини, зокрема і щодо підприємницьких відносин у тій чи іншій сфері, не породжують такого «запиту», то процеси стосовно уніфікації правового регулювання не відбуваються. Показовим у цьому випадку є приклад вироблення і запровадження технічних стандартів у ЄС стосовно товарів та відсутності таких стандартів стосовно послуг. Хоча і ті, і інші надаються та споживаються у єдиному, так званому внутрішньому ринку ЄС.

Уніфікаційні процеси у сфері регулювання підприємницьких відносин надзвичайно тісно пов'язані саме з уніфікацією торгівлі та торговельних відносин, адже вони є складовою підприємницьких. Підприємницькі ж прямо залежать від інвестиційного клімату у внутрішньому ринку ЄС. Як зазначають з цього приводу економісти, установлено, що залежність між торгівлею (детермінуючий фактор) та прямими інвестиціями має нелінійний характер. Необхідною умовою розвитку прямих іноземних інвестицій є досягнення певного мінімального рівня торговельних зв'язків, що свідчить про комплементарність (додатковість. — **В. М.**) цих потоків [102, с. 52—53]. Унаслідок інтеграційних процесів у ЄС створюється потужний внутрішній ринок, в якому, завдяки певним названим перевагам, підприємницька діяльність і підприємницькі

відносини перетворюються на потужний локомотив економічних процесів. Адже наслідком цих заходів у кінцевому результаті має стати збільшення саме експорту, яке означає збільшення обсягів виробництва, покращення торгового сальдо відповідної економічної зони [102, с. 109]. Як зазначає з цього приводу Н. Г. Вілкова: «Определение факторов, обуславливающих современные процессы «унификации и прогрессивного развития права международной торговли» (как указывается в резолюции ГА ООН о создании ЮНСИТРАЛ), предполагает обращение к истокам зарождения данной идеи и рассмотрение основных *факторов*, обусловивших движение за унификацию частного права, прежде всего права международной торговли».

До таких факторів вона відносить:

— *телекомунікаційний* (який проявляється шляхом втрати значення географічної відстані та часових поясів для здійснення, по суті, цілодобово підприємницької діяльності, в першу чергу завдяки Інтернету. Це призводить до визнання необхідності забезпечення, в тому числі правового, належних умов здійснення та реалізації підприємницьких (комерційних) відносин, включаючи укладання контрактів та вирішення можливих спорів з використанням мережі Інтернет);

— *еволюційний* (розвиток міжнародних економічних відносин та разом з ними міжнародних підприємницьких відносин, поява нових учасників (суб'єктів) міжнародних комерційних контактів у вигляді ТНК, нових об'єктів регулювання, а також появи нових договірних зв'язків раніше невідомих праву та практиці. Все це обумовило необхідність осмислення тих явищ, що відбуваються у сучасний період, виявлення їх місця у системі правового регулювання;

— *інституціональний*. Ідея всесвітньої уніфікації права міжнародної торгівлі знайшла своє визнання не лише серед фахівців, а й багато в чому саме завдяки їх зусиллям, була офіційно визнана державами, що знайшло своє відображення у створенні в 1966 р. Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСИТРАЛ). Це, у свою чергу, призвело до прийняття і ратифікації значного масиву нормативних актів з питань функціонування міжнародного торговельного обороту, купівлі-продажу товарів та надання послуг. Успішний розвиток цього процесу надав можливість спочатку на рівні наукової концепції, а потім на рівні практики виокремити сферу правового регулювання, що вже не є випадковим набором правил, а складається із відповідних норм, які формулюються авторитетними міжнародними організаціями;

— *суверенітету суб'єктів і їх автономності*. Це так званий четвертий етап уніфікації міжнародних комерційних контрактів, який пов'язаний позадоговірним та позаконвенційним способом уніфікації, результатом чого стало розроблення та запровадження ЮНСИТРАЛ модельних законів. Як основу правового регулювання було запропоновано нове транснаціональне міжнародне торгове право і *le mercatoria*, що породжує мак-

симальну незалежність та відстороненість комерсантів від національних судів та державних органів, виключаючи майже абсолютно їх вплив, що надає максимальну свободу дій учасникам комерційних відносин у міжнародному торговому обороті;

— *глобалізаційний*. Четвертий період уніфікації характеризується зменшенням ролі та значення міжнародно-правової уніфікації як такої і розвитком автономної системи регулювання міжнародних комерційних відносин, які випливають з міжнародних комерційних контрактів. Виокремлення цього етапу уніфікації з характерним методом регулювання пояснюється виникненням небаченого раніше економічного феномена у вигляді глобалізації економіки [64, с. 54].

Слід погодитись з тими авторами, які в основу уніфікації підприємницьких (комерційних) відносин кладуть право контрактів, або контрактне право [79]. Воно володіє тими необхідними рисами (комерційні контракти породжують правовідносини між суб'єктами підприємницьких відносин, виступають джерелами виникнення зобов'язань між сторонами і т. ін.), які сприяють зближенню регулювання комерційних відносин, а з іншого боку, саме контрактна площина позбавлена відповідних культурно-релігійних нашарувань, притаманних спадковому, сімейному, шлюбному праву.

Отже, провідну роль у цьому процесі відіграє приватне право як таке, принципи якого є досить «простими», одноманітними і зрозумілими всім учасникам вже всесвітнього глобалізованого ринку. Через це слід погодитися з Н. Г. Вілковою, яка підкреслює глобальний характер правовідносин: «Основной признак глобализации состоит в приобретении экономикой характера не интернационального, а глобализованного, в значительном снижении роли государства в осуществлении транснациональной экономической деятельности и ее приспособлении к потребностям мирового экономического взаимодействия. За государствами сохраняется активная роль в развитии Всемирной торговой организации, основной целью которой является создание единых условий осуществления торговли и предоставления услуг во всемирном масштабе. В сфере же международных коммерческих контрактов государство оказывается слишком маленьким, чтобы охватить глобальный рынок. Разделение экономически единого пространства на национальные правовые порядки становится тормозом в реализации экономических отношений между ними, а управление глобальным пространством предполагает единое, образное и адаптированное к потребностям экономики регулирование, не зависящее от национальных правовых систем» [64, с. 55].

Таким чином, можна зробити проміжний висновок щодо потужного потенціалу приватного права для уніфікаційних процесів у міжнародному комерційному (торговому) обороті. Відповідно, і сутність механізму правового регулювання підприємницьких відносин має бути приватноправовою, адже сам їх характер обумовлений природою ринкового середовища.

Проте деякі дослідники проблем контрактного права вважають, що можна використовувати іншу, окрім приватноправової, природу уніфікації приватного права. Так, О. О. Гайдулін, визначаючи роль та значення розвитку європейського контрактного права та його вплив на Україну, апелює до категорії «господарський», судячи з усього, вкладаючи в неї зміст, зазначений у ст. 1 ГК України. Проте подальше дослідження точки зору О. О. Гайдуліна стосовно положень, пов'язаних з «господарськими аспектами» уніфікації контрактного права, дає підстави для висновку, що вони розглядаються як повноцінний відповідник торговим правовідносинам. При цьому автор не розкриває, в чому ж саме проявляється уніфікація «господарських аспектів» [69, с. 48, 74, 91].

На нашу думку, господарські правовідносини не можуть бути уніфіковані у масштабі всесвітньому або хоча б європейському, оскільки вони виділяються у правовій системі України та, окрім українських, використовуються у правовій доктрині країн—учасниць СНД. Яскравим прикладом цього можуть бути такі дефініції, як «господарський договір» та «господарське зобов'язання», які невідомі законодавству інших країн та міжнародному праву і є незрозумілими для представників юридичної науки.

Для України питання уніфікації приватного та міжнародного комерційного права також видається на сьогодні одним із найактуальніших питань. Це підтверджується тим, що ще й досі в Україні доволі неоднозначно використовується чимала група термінів, пов'язаних із зближенням комерційних (підприємницьких) відносин. Так, О. О. Гайдулін у своєму монографічному дослідженні нарахував 12 термінів, що тією чи іншою мірою відображають процес зближення правового регулювання контрактного права [70, с. 39—40]. Але зміст такого зближення сьогодні визначається тим, який напрям економічної та політичної інтеграції обере Україна — Митний Союз чи ЄС. Ці напрями містять досить відмінні норми і підходи щодо засад та принципів уніфікації підприємницьких відносин. Так, у ЄС підґрунтям проведення такої уніфікації є ідея створення Європейського уніфікованого кодексу приватного права та вироблення принципів європейського права (у тому числі принципів контрактного права). Однак залишаються невизначеними принципи, які мають стати таким підґрунтям у Митному Союзі з Росією, Білоруссю і Казахстаном, адже більшість «модельних законів» так і залишилися проектами, які так і не було впроваджено на теренах Митного Союзу. Перспективи уніфікації підприємницьких відносин в СНД шляхом прийняття відповідних проектів модельних законів так і не були реалізовані. На імплементацію в національне законодавство модельних норм у різних сферах регулювання впливає безліч факторів. В економічній галузі впливають такі фактори: внутрішнє політичне протистояння еліт (Грузія, Україна, Киргизія); різний економічний рівень розвитку самих країн СНД; велика непогашена заборгованість перед міжнародними кредиторами (Молдова, Україна, Грузія). Розглядаючи тексти модельних докумен-

тів, зазначаємо, що вони склалися виходячи із цих позицій для задоволення *всіх* учасників Співдружності й копіювалися з іноземних зразків. У результаті цього вони виходили досить розмитими (розпливчастими), незрозумілими, будь-якого реально діючого правового регулювання від них очікувати було важко. Ще однією істотною, а можливо, й визначальною, перешкодою на шляху модельної законотворчості як основи економічної інтеграції є відсутність обов'язкової чинності й прямої дії модельних актів. Це дає підставу деяким авторам стверджувати, що вони не є правовими актами у класичному розумінні цього терміна. Однак інші дослідники вважають, що відсутність обов'язкової чинності таких актів не позбавляє їх юридичної характеристики, а лише виключає застосування прямих санкцій за їх невиконання [18, с. 376]. Сьогодні можна стверджувати, що модельне законодавство не виправдало себе як засіб гармонізації законодавства в економічній сфері. Цьому є чимало причин, як об'єктивних, так і суб'єктивних. Так, імплементація модельних законів передбачає вирішення комплексу міждержавних проблем, що вимагають, як свідчить світовий досвід, тривалих строків, великих фінансових витрат, нормальних умов функціонування національних економік, налагодженої, постійно діючої системи міждержавного спостереження за виконанням прийнятих зобов'язань [350]. У цілому можна сказати, що імплементація норм модельного законодавства знайшла своє відображення тільки у вузькоспеціалізованих програмах співробітництва. У цьому зв'язку можна констатувати, що вирішення існуючих економічних проблем, у тому числі і проблем підприємництва, шляхом лише ухвалення модельних законів видається неможливим.

Підприємницькі (комерційні) правовідносини становлять одну з важливих груп суспільних відносин, що досить «гнучко» піддаються уніфікації, зокрема через інститут договірного та зобов'язального права. Так, О. О. Мережко вважає, що розвиток *ius commune* єгоре варто також розглядати у контексті руху країн Європи до створення загальноєвропейського кодексу приватного права [208]. Першим же кроком на шляху до створення цивільного кодексу Європи стала розробка і прийняття Принципів європейського контрактного права (далі — ПЄКП). Ці Принципи було розроблено Комісією з європейського контрактного права, яку було засновано в 1980 р. на чолі з видатним датським ученим професором Оле Ландо. В 1976 р. О. Ландо вперше запропонував ідею створення проекту Європейського єдиного комерційного кодексу (European Uniform Commercial Code) або, якщо ця ідея виявиться занадто амбіційною, хоча б Європейського зводу контрактного права (European Restatement of Contract Law) на кшталт Американського зводу контрактного права.

Підприємницькі відносини опосередковано зіграли важливу роль і у створенні так званих Білих книг ЄС, які тим чи іншим чином торкаються і деяких аспектів здійснення підприємницької діяльності в межах ЄС. Попри усю повагу до зусиль, спрямованих на уніфікацію приватно-

правового регулювання ЄС, напевно, ще занадто рано говорити про близьке створення такого інструменту, як уніфіковане приватне право ЄС, і разом з ним підприємницьке (комерційне) право. Тут слід погодитись з О. О. Мережком, який вважає, що ідея Європи без кордонів просто немислима без єдиної, уніфікованої європейської системи приватного права. Саме на фундаменті, спільному для європейських держав, і відбувається процес гармонізації та уніфікації національних правових систем у Європі. Даний процес відбувається за двома основними напрямками. У першому випадку йдеться про зближення законодавств європейських країн у галузі міжнародної торгівлі, яке здійснюється в рамках ЄС за допомогою прийняття відповідних директив Радою ЄС. Згаданий спосіб уніфікації європейського права є, так би мовити, «уніфікацією зверху». Власне кажучи, кодифікація європейського права не є безпосередньою метою ЄС. Зближення і гармонізація національного законодавства держав-членів обмежена метою створення та функціонування спільного ринку, й у цьому сенсі директиви ЄС спрямовані на усунення перешкод на шляху до спільного ринку. На сьогодні у рамках ЄС ще не сформована єдина система приватного права у сфері міжнародного торгового і контрактного права.

Крім «уніфікації зверху», в рамках ЄС відбувається поступова «уніфікація знизу», що у перспективі цілком може призвести до виникнення повноцінного *jus commune europe*, створеного завдяки зусиллям ділових кіл і юристів шляхом порівняльного аналізу правових систем країн Європи. Наслідками цих процесів має стати створення максимально уніфікованої та ефективної системи правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин у ЄС.

Ведучи мову про уніфікаційні процеси у підприємницькому праві у світі, звертаємо увагу на *центри уніфікації*, які сприяють та/або безпосередньо займаються питаннями уніфікації, перш за все, міжнародного приватного та міжнародного комерційного права.

У світі існує кілька основних центрів уніфікації міжнародного приватного права. Це, передусім, Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), Конференція ООН з торгівлі та розвитку (ЮНКТАД), Гаазька конференція з міжнародного приватного права, Міжнародний інститут уніфікації приватного права (УНІДРУА), а також така міжнародна неурядова організація, як Міжнародна торговельна палата (МТП). Крім того, міжнародні конвенції з окремих питань у цій сфері розробляються в рамках Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ), Міжнародної організації праці (МОП), Світової організації торгівлі (СОТ), Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО) тощо. При цьому уніфікація відбувається у двох напрямках: уніфікація матеріальних норм міжнародного приватного права та уніфікація колізійних норм.

На жаль, Україна є членом не всіх згаданих організацій, тому її участь у процесі уніфікації міжнародного приватного права є дещо обмеженою.

У зв'язку з цим, з метою усунення розбіжностей у регламентації подібних відносин і спрощення міжнародно-правових відносин у торгівлі, прийнято, в міру можливості, усувати суперечності в різних правових положеннях шляхом їхньої уніфікації. Під такою уніфікацією розуміється створення за допомогою міжнародних договорів однакових норм.

Першими центрами, які виступали так званими системоутворюючими факторами в міжнародних уніфікаційних процесах, зокрема стосовно підприємницьких відносин, були ярмарки з їхніми внутрішніми положеннями та первинним регулятивним набором норм. Однак більш доцільним, видається, є звернення до таких утворень, як біржі.

Наступна активізація уніфікації міжнародного регулювання підприємницьких відносин була пов'язана зі створенням Ради Європи та її органів (підписання Римського договору). Адже уніфікаційні процеси в межах ЄС з необхідністю породжують питання упорядкування регулювання і підприємницьких відносин. До суто прагматичних, навіть природних передумов додаються і політико-економічні. Так, А. А. Гончаров зазначає, що географічне розташування і особливості розвитку окремих країн вимагають пошуку шляхів збуту товарів, якими вони володіють, і купівлі тих, яких не вистачає [73, с. 5].

Визначальним фактором розвитку міжнародного комерційного права останнім часом стало створення Комісії ООН з права міжнародної торгівлі ЮНСІТРАЛ, основним завданням якої стало вирішення питань прогресивного розвитку та уніфікації правових норм у сферах міжнародної купівлі-продажу товарів, міжнародних платежів, міжнародного комерційного арбітражу. Комісію ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) засновано Генеральною Асамблеєю на XXI сесії в 1966 р. з метою сприяння прогресивній уніфікації права міжнародної торгівлі. Вона почала свою роботу в 1968 р. Спочатку ЮНСІТРАЛ складалася з 29 держав-членів, що представляють різні географічні регіони і основні правові системи світу. На своїй XXVIII сесії Генеральна Асамблея розширила членський склад Комісії до 36 членів. Члени Комісії обираються на шестирічний термін. На сьомій сесії Генеральна Асамблея знову підтвердила мандат ЮНСІТРАЛ як центрального правового органу в рамках системи ООН у галузі права міжнародної торгівлі на координацію правової діяльності в цій галузі.

До завдань, доручених Генеральною Асамблеєю ЮНСІТРАЛ, входять: координація роботи міжнародних організацій, що займаються питаннями права міжнародної торгівлі, сприяння більш широкій участі держав у діючих міжнародних конвенціях і розробка нових конвенцій та інших документів, що належать до права міжнародної торгівлі. До функцій Комісії належать також підготовка кадрів і надання допомоги в галузі права міжнародної торгівлі шляхом проведення симпозіумів, семінарів та консультацій на національному та регіональному рівнях. ЮНСІТРАЛ

приділяє переважну увагу вивченню та підготовці спільних норм права в таких галузях: міжнародна купівля-продаж товарів, міжнародні платежі, включаючи правове регулювання переказу коштів за допомогою ЕОМ, міжнародний торговий арбітраж та міжнародне законодавство у галузі морських перевезень, бартерної торгівлі та поставок.

У рамках ЮНСІТРАЛ підготовлено низку важливих міжнародних конвенцій, в тому числі Конвенцію про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів (1974 р.) [157], Конвенцію ООН про перевезення вантажів морем (1978 р.) [152], Конвенцію ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.) [150], Конвенцію ООН про відповідальність операторів транспортних терміналів у міжнародній торгівлі (1991 р.) [155], Конвенцію про міжнародні переказні векселі і міжнародні прості векселі (1988 р.) [151], Конвенцію ООН про незалежні гарантії і резервні акредитиви (1995 р.) [153], Конвенцію ООН про поступки дебіторської заборгованості в міжнародній торгівлі (2001 р.) [156].

Крім конвенцій ЮНСІТРАЛ розробила тексти типових правил, які широко застосовуються у практиці міжнародної торгівлі. Серед них Типовий закон про міжнародний торговельний арбітраж (1985 р.) [313], Типовий закон про міжнародні кредитні перекази (1992 р.) [315], Типовий закон про порядок укладання контрактів про купівлю-продаж товарів, виконання будівельних робіт та надання послуг (1994 р.) [314], Правове керівництво по складанню міжнародних контрактів на будівництво промислових об'єктів (1987 р.) [262], Правове керівництво з міжнародних бартерних операцій (1992 р.) [261], Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронні підписи та керівництво з його прийняття (2001 р.) [316].

Звертаючи увагу на фактори, які обумовлюють досить потужні та інтенсивні процеси уніфікації та гармонізації саме підприємницьких (комерційних) відносин, слід наголосити на тісному взаємозв'язку останніх з класичним правом власності. Адже право власності є категорією «священною» в усіх або переважній більшості країн світу і є зрозумілою учасникам торгового обороту. З іншого боку, саме цим пояснюється проблемність уніфікації багатьох положень «господарського права», які мають проявлятися в господарських відносинах. Адже досить проблематично віднайти відповідники в інших правових системах таким категоріям, як «право господарського відання», «право оперативного управління», «право оперативного використання майна», за відсутності яких пояснити природу, сутність та значення для ринкового середовища та віднайти відповідники з метою гармонізації та/чи уніфікації таких правовідносин видається досить складним завданням.

Ведучи мову про інституції, які сприяють уніфікації правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин у світі, слід також звернутись до градації таких інституцій в економічній теорії. Зокрема економіст А. С. Філіпенко пише про так звані вісім нових основних суб'єктів, які помітно впливають на «світогосподарські» процеси:

1) міжнародні організації (Міжнародний валютний фонд (МВФ), Світовий Банк, Конференція ООН з питань торгівлі і розвитку (ЮНКТАД), Продовольча і сільськогосподарська організація ЮНСІТРАЛ, Міжнародна організація праці, Всесвітня торгова організація (ВТО) тощо);

2) країни «Великої вісімки»;

3) регіональні економічні і фінансові організації;

4) транснаціональні корпорації (ТНК; економісти називають їх «багатонаціональні корпорації»);

5) інституціональні інвестори (пенсійні та інвестиційні фонди, страхові компанії);

6) неурядові організації;

7) великі міста (Токіо, наприклад, виробляє удвічі більше продуктів і надає послуг, ніж вся Бразилія);

8) окремі видатні постаті (підприємці, фінансисти, лауреати Нобелівської премії тощо) [326, с. 18].

Виокремлюючи такий широкий спектр суб'єктів, які впливають на уніфікаційні процеси, як реакцію на глобалізаційні процеси, доходимо висновку, що питання правової уніфікації слід розглядати виключно як складову значно ширшого процесу, в основі якого лежать, насамперед, економічні чинники. Так, А. С. Філіпенко зазначає, що економіка глобалізується також внаслідок виникнення навіть нових форм конкуренції, за яких постійно зростає кількість суб'єктів «світогосподарських» зв'язків. Вона вже не має визначеної державної приналежності. Таким чином, глобалізація стає постійно діючим фактором і внутрішньої, і зовнішньої (міжнародної) уніфікації економічного життя [326, с. 19].

З огляду на це має формуватися вектор подальшого розвитку законодавчої бази в Україні в частині регулювання підприємницьких відносин. Однак аналіз динаміки ухвалення НПА, які спрямовані на уніфікаційні та апробаційні процеси в українському законодавстві, помітно уповільнилась, що викликає певне занепокоєння.

Отже, комерційні правовідносини прагнуть до уніфікації, адже капітал має прагнути до капіталу, гроші «люблять» гроші. І навпаки, гроші як основний фактор підприємництва не сприймають кордонів та перепон. Прагнення до уніфікації закладено в самій природі комерційних відносин як формі вираження грошових відносин та взаємозв'язків. Для правника такий висновок, можливо, буде дещо несподіваний. Проте практика регулювання економічних відносин, зокрема і підприємницьких, свідчить про те, що правове регулювання є похідним та таким, що фактично відображає, певним чином рефлектує, економічні чинники.

Свідченням цього явища якраз і є стрімкий розвиток регуляторів, які за своєю природою позбавлені нормативності у розумінні державного примусу, виникнення, функціонування та реалізація позавладним контролем та примусом, виходячи із практики ділового (торгового) обороту. Яскравим прикладом цього є *Lex mercatoria*.

4.3. Роль та значення публічно-правових засад у регулюванні підприємницьких відносин на міжнародному рівні

Аналіз норм законодавства країн ЄС та багатьох інших країн надає всі підстави стверджувати про наявність значного пласта норм публічно-правового характеру, які мають важливе значення у загальному механізмі регулювання підприємницьких відносин. Проте у цьому випадку не можна і не слід обмежуватись виключно загальноприйнятною тезою про необхідність вироблення певного механізму взаємодії між приватними та публічними засадами, пошуку певного механізму взаємодії між приватним та публічним у праві, пошуку нової концепції школи господарського права — новітнього господарського права. Мову слід вести про концептуально новий підхід до ролі публічних засад у регулюванні комерційних (підприємницьких відносин), з одного боку, та ролі держави як потужного гравця на ринку у ринковій економіці зі значними адміністративно-публічними повноваженнями, з іншого боку. По суті, йдеться про укладання між державою та бізнесом нового суспільного договору про співробітництво. Як пише Скотт Макінтайнер: «Для покращення відносин між державним та приватним сектором потребується змінити менталітет керівників з обох сторін і перейти до здійснення (реалізації) справжнього партнерства. Нам необхідний новий суспільний договір між бізнесом і державою для забезпечення здорового економічного зростання» [196]. Обґрунтовуючи необхідність переосмислення вихідних даних щодо організації нової концепції співвідношення приватного і публічного у регулюванні підприємницьких відносин, вищезазначений автор виділяє три фактори, які обумовлюють необхідність переосмислення роками існуючої моделі співвідношення цих засад. Компанія PricewaterhouseCoopers (PwC), провівши комплексне дослідження під назвою «Новий контракт між бізнесом та державою», до таких факторів відносить: наростаючий бюджетний дефіцит; борговий тягар та надмірне нормативно-правове регулювання. У висновку зазначено: «Настав час для укладання нового соціального договору між бізнесом і державою, що потребує докорінних змін в менталітеті організації державного сектора та лідерів бізнесу та переходу від простого співіснування до взаємовигідного співробітництва» [78]. По суті, наголошується на необхідності переосмислення функціональної ролі держави (державних органів) в організації підприємницьких відносин як важливої складової організації економічного життя суспільства.

Держава з нарощенням масштабів негативних факторів, які, по суті, є природними (закономірними) результатами такої «споживацької» політики держави, яка «покоїлась» на домінуючому становищі самої держави і державних органів, державних компаній тощо, фактично змінює або має змінювати не тільки свій статус, а й роль у організації економіч-

ного життя суспільства і учасника підприємницьких відносин. Від споглядацької (певною мірою відстороненої), пасивної ролі в економічному житті, що обмежувалась, зазвичай, суто адміністративно-публічними функціями, як то планування, нормування, квотування і т. ін., вона переходить до ролі активного учасника цих відносин із прийняттям на себе не тільки частини владних, адміністративних повноважень, як уособлення владної функції, а й добровільного взяття на себе зобов'язань у двосторонніх партнерських відносинах. При цьому держава у даному контексті виступає як рівноправний з однаковим обсягом прав та обов'язків партнер у дво- або багатосторонніх відносинах.

При цьому, якщо в межах окремо взятої держави йдеться саме про державу як уособлення адміністративно-владного апарату на конкретній території, обмеженій географічними кордонами, то стовно міжнародного регулювання підприємницьких відносин має йтися, насамперед, не лише про держави, а й про міжнародні, міждержавні організації та їх органи, добровільні та професійні об'єднання. Тут не завжди йдеться про адміністративний (обов'язковий) характер певних приписів та/або настанов вищезазначених органів. Досить часто саме у підприємницькій діяльності можна віднайти приписи як джерела регулювання підприємницьких відносин, які не володіють нормативністю у прямому розумінні цього слова та за невиконання і неналежне виконання яких відсутні санкції. Такі приписи приводяться в дію і забезпечуються переважно (виключно) добровільним застосуванням і виконанням останніх, тобто вони носять переважно рекомендаційний характер. До таких документів, перш за все, належать резолюції, що приймаються, наприклад, Радою Європи стосовно підприємницьких відносин у ЄС.

Ведучи мову про принципову зміну підходу до ролі держави не лише у регулюванні підприємницьких відносин, а й участі в них, ми маємо пам'ятати про ті обставини (чинники, фактори), які зумовлюють потребу у зміні підходів та поглядів до ролі та сутності участі держави у регулюванні підприємницьких відносин, зміну самого підходу: від пасивного до активного. Практика останніх 20 років дає достатньо підстав говорити про те, що перехід до концепції сталого розвитку (Sustainable development), необхідності укладення нового суспільного договору між бізнесом і державою багато в чому обумовлений необхідністю забезпечення стабільності торгового обороту як складової стабільності цивільного обороту та економічної системи в цілому. Тому сучасна класична ринкова економічна система, яка ґрунтується переважно на неокласичній економічній теорії і вкрай мало враховує обмеженість ресурсів довкілля, асиміляційну спроможність земної біосфери, глобальні екологічні загрози, не буде здатною у повному обсязі вирішувати проблему оптимального розвитку світової економіки за умов різних екологічних обмежень. Саме в цьому полягає роль та значення застосування публічно-правових засад для регулювання підприємницьких відносин. Зокрема Г. Дейлі зазначає:

«Ринок функціонує тільки в межах економічної підсистеми, де він робить єдину річ — вирішує проблему розміщення ресурсів шляхом надання необхідної інформації і стимулу. Але він нездатний розв'язати проблему справедливого, оптимального та стійкого масштабу розподілу, що не достатньо усвідомлюється сучасниками» [81, с. 59]. Тобто Г. Дейлі наголошує на так званій короткостроковій перспективі підприємницької діяльності — отримання прибутку будь-яким чином і незважаючи ні на що. Адже класичне підприємництво значною мірою обходить питання суспільної значимості, користі та необхідності тих чи інших підприємницьких операцій та підприємництва в цілому. Такий егоїстичний підхід має збалансовуватись податковою системою. Однак нині сплата податків розцінюється як первинний і, можливо, єдиний прямиий обов'язок підприємців. З огляду на величезні проблеми, породжені підприємством у сфері захисту навколишнього середовища, екології тощо, виникають інші аспекти взаємодії підприємництва і суспільних, громадських, людських інтересів. По-іншому сприймається і тлумачиться норма «власність зобов'язує» та «власність обмежує». Саме на це спрямована велика частка документів, що приймаються у ЄС стосовно підприємництва і його певних обмежень за допомогою публічно-правових методів.

У зв'язку з цим майбутня еволюція взаємостосунків (взаємозв'язку) підприємництва та публічно-правових засад у механізмі регулювання останніх переважно буде пов'язана з екзогенними та ендогенними аспектами розвитку НТП. Екзогенний аспект вважається зовнішньою соціально-економічною силою, що підвищує ефективність підприємництва. Ендогенний є внутрішньою енергією економічної системи, він характеризується впливом науки, інновацій, техніки на розвиток соціально-економічної ефективності підприємництва. І саме тому глобальний взаємозв'язок між ринками капіталу, інформації, інноваційних технологій буде посилювати, зокрема, і екологічну орієнтацію підприємництва під впливом трьох «типів логіки» розвитку НТП:

- 1) логіки інформаційної (збір, передача, обробка та маніпуляція різноманітною інформацією — від біржових курсів до генетичних кодів);
- 2) логіки міметизму (від гр. *mimos* — спадкування), тобто імітація живого (від штучного інтелекту до рекомбінації молекул ДНК);
- 3) логіки «руйнування—відновлення» (від розробки композиційних матеріалів до генетичних маніпуляцій) [160, с. 162].

Це, у свою чергу, сприятиме виникненню нових функціональних можливостей підприємництва, де будуть проявлятися такі еколого-інноваційні аспекти НТП: науковий — систематичне прогнозування та комплексне використання нових фундаментальних відкриттів у природознавстві та суспільних науках; технічний — застосування альтернативних джерел енергії, нових матеріалів, комплексно-автоматизованих систем виробництва, ресурсоощадливих, а також новітніх систем отриман-

ня, передачі та обробки інформації; соціальний — підвищення рівня екологічної освіченості, культури, свідомості підприємця у процесі нового технологічного оволодіння навколишнім природним середовищем.

Відповідно, слід констатувати, що підприємницькі відносини дедалі більше зазнаватимуть впливу суспільних інтересів за допомогою публічно-правових засад у контексті формування сталого ефективного розвитку.

Новітній процес розвитку підприємництва в контексті еколого-інноваційного спрямування буде поступово охоплювати всі сфери економіки, змінюючи тим самим середовище життєдіяльності суспільства в напрямі продукування конкурентоспроможної та екологічно безпечної продукції (послуг), раціонального використання й ефективного відтворення природних та енергетичних ресурсів, комплексного й системного впровадження інноваційних технологій у взаємопов'язаних екологічних сферах підприємництва.

Недарма наприкінці 2000 р. в Україні був прийнятий відповідний Закон «Про державно-приватне партнерство», який, по суті, заклав нові підвалини сприйняття ролі держави у підприємницьких відносинах, зокрема і в контексті міжнародних комерційних проектів. Серед тих, які знаходяться «на слуху» і яскраво змальовують новітні зміни у позиціонуванні держави як потенційного сильного та рівноправного учасника комерційних (підприємницьких) відносин, зокрема з іноземними контрагентами, слід виокремити реалізацію двох проектів в Україні: Проект з реалізації ЛНДЖ Терміналу (FSRU) та проект з компанією SHELL з видобутку сланцевого газу. Обидва проекти реалізуються у порядку здійснення державно-приватного партнерства, з відходом держави від класичного становища (положення) арбітра з великими повноваженнями та поверненням курсу до партнерських стосунків, заснованих на паритетних засадах.

Зокрема Закон України «Про державно-приватне партнерство» [107] визначає такі принципи здійснення державно-приватного партнерства:

- рівність перед законом державних та приватних партнерів;
- заборона будь-якої дискримінації прав державних чи приватних партнерів;
- узгодження інтересів державних та приватних партнерів з метою отримання взаємної вигоди;
- незмінність протягом усього строку дії договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, цільового призначення та форми власності об'єктів, що перебувають у державній або комунальній власності чи належать Автономній Республіці Крим, переданих приватному партнеру;
- визнання державними та приватними партнерами прав і обов'язків, передбачених законодавством України та визначених умовами договору, укладеного у рамках державно-приватного партнерства;

— справедливий розподіл між державними та приватними партнерами ризиків, пов'язаних з виконанням договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства;

— визначення приватного партнера на конкурсних засадах, крім випадків, встановлених законом.

Аналіз вищезазначених принципів дає всі підстави говорити про те, що вони пронизані саме приватноправовими ідеями, що і має визначати характер реалізації державно-приватного партнерства. На підтвердження примату приватного коду у цих відносинах слід проаналізувати, у яких же формах вони мають здійснюватися. Так, ст. 5 зазначеного Закону визначає, що у рамках державно-приватного партнерства відповідно до цього Закону та інших законодавчих актів України можуть укладатися договори про: концесію; спільну діяльність; інші договори. Іншими словами, законодавець сам підводить під реалізацію державно-приватного партнерства приватноправову основу.

Також слід зазначити, що прийняття цього Закону певною мірою було логічним продовженням прийнятого значно раніше Закону України «Про угоди про розподіл продукції» [130], який був прийнятий ще у 1999 р., проте так і не набув широкої практики реалізації, зокрема, можливо, і через економічну кризу, що набрала обертів наприкінці 1998 р. Однак він певним чином сприяв пошуків «активної» ролі держави у підприємницьких відносинах, хоч і обмежував сферу застосування угод про розподіл продукції виключно у сфері природних ресурсів, визначаючи, що його метою є створення сприятливих умов для інвестування пошуку, розвідки та видобування корисних копалин у межах території України, її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони на засадах, визначених угодами про розподіл продукції (ст. 1 Закону України «Про угоди про розподіл продукції»).

Проте визначальним у цьому є логіка дій щодо держави та її органів у стосунках з підприємцями та їх участі у підприємницьких проектах. Так, А. В. Беліцька зазначає з цього приводу: «Державно-приватне партнерство є унікальним явищем у сучасній економічній дійсності, особливим різновидом взаємостосунків публічної влади і приватного підприємництва. Воно сформувалось у визначений період економічного розвитку суспільства і з часом його значення тільки зростає. При цьому виникає потреба у його ефективному правовому регулюванні» [45, с. 7].

Розглядаючи питання взаємодії приватних та публічних складових у контексті державно-приватного партнерства, виявляємо, що приватно-правові норми хоча й відіграють найважливішу роль у регулюванні підприємницьких відносин, однак зовсім не виключають їхнього державного регулювання з метою дотримання публічного порядку й захисту суспільних інтересів. Правове регулювання визначається як «встановлення правових норм і підпорядкування останнім відповідних суспільних відносин шляхом направлення поведінки їх учасників» [43].

Видається, що категорія «публічного порядку» є вкрай важливою для регулювання підприємницьких відносин, адже дотримання вимог публічного порядку у ході здійснення підприємницької діяльності може привести до досягнення суспільного блага в цілому як необхідної складової сталого суспільного розвитку. Однак і в цьому випадку не слід «захоплюватися» насиченням приватноправової матерії, яка є природною та зрозумілою для підприємців, елементами, які не відповідають духу приватного права. Зокрема у цьому випадку йдеться про зміни, що були внесені до ЦК України стосовно можливості проведення конфіскації. Як відомо, ст. 354 ЦК України визначала, що до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Передбачалось також, що обсяг та порядок конфіскації майна встановлюються законом.

Проте подальші зміни, яких зазнала ст. 228 у 2010 р., вказують на те, що відбулось фактичне відтворення змісту ст. 48 ЦК УРСР 1963 р., хоча йшлося про принципове відхилення такої статті у редакції ЦК УРСР. Ці зміни до ч. 3 ст. 228 зводились до того, що у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним. Якщо визнаний судом недійсним правочин було вчинено з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то за наявності умислу в обох сторін — у разі виконання правочину обома сторонами — в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання правочину однією стороною з іншої сторони за рішенням суду стягується в дохід держави все одержане нею і все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. За наявності умислу лише у однієї із сторін все одержане нею за правочином повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного за рішенням суду стягується в дохід держави.

Такі зміни, при всій повазі до публічних засад у регулюванні підприємницьких відносин, слід визнати шкідливими і таким, що підривають приватну природу цивільних відносин та й самого приватноправового регулювання. Адже, якщо дійсно існує підозра стосовно вчинення певного караного діяння (проступку), напевно, слід було б передавати такі матеріали компетентним органам для вирішення питання щодо переслідування тих чи інших діянь у порядку кримінального судочинства, для якого конфіскація є характерним явищем. Не слід таким чином «змішувати» та «розбавляти» приватноправові відносини, адже, в свою чергу, це може призвести до значних зловживань.

Споживачі. Розглядаючи взаємодію приватних та публічних інтересів у міжнародному регулюванні підприємницьких відносин, цікаво зупинитися на ролі такої категорії публічного права, як «споживач». Адже для класичного торгового чи комерційного права така категорія є

досить незвичною та такою, що виходить за межі регулювання, зокрема приватноправового. Проте вона справляє значний вплив на розвиток підприємницьких відносин у контексті дотримання публічних засад при здійсненні підприємництва.

У науці комерційного права досить часто можна почути думку стосовно того, що споживачі не є класичними суб'єктами комерційних відносин через те, що комерція не є основним видом їх діяльності. Зокрема така концепція була застосована розробниками ГК України. Автори коментаря до ГК України стверджують, що: «...кодекс, назвавши споживачів учасниками відносин у сфері господарювання, має на увазі юридичних осіб — організації, які споживають результати господарської діяльності, незалежно від того, чи є вони господарюючими, а чи не господарюючими суб'єктами (споживачі енергії, споживачі природного газу тощо). Відповідно до нього не є учасниками відносин у сфері господарювання споживачі — фізичні особи, права яких визначені окремим законодавством» [214, с. 10—11]. Таким чином, представники науки господарського права не включають споживачів до кола господарських відносин, але мусять визнати, що останні фактично є учасникам ринкових відносин. Проте за межами цього залишається акцентування на той факт, що сама категорія «споживачі» з'явилась із початком розвитку саме ринкових відносин, у системі ринкових координат.

Рух на захист прав та інтересів споживачів зародився, можливо, в самій ринковій країні сучасності — у США і одержав назву консьюмеризм (consumerism). Ще в 1899 р. в цій країні виникла Національна ліга споживачів [5], а в 1936 р. був створений перший у світі Союз споживачів США, що і на сьогодні є великим та найвпливовішим об'єднанням споживачів. Після Другої світової війни консьюмеризм поширився на країни Західної Європи, а в 1960 р. п'ять споживчих організацій США, Австралії, Великої Британії, Бельгії і Нідерландів об'єдналися і створили Міжнародну організацію союзів споживачів (далі — МОСП), до якої на сьогодні входить понад 200 організацій з 80 країн світу [39; с. 113].

Спочатку МОСП ставила перед собою завдання бути інформаційним центром для обміну досвідом щодо порівняльних тестів товарів широкого вжитку. Але з 1964 р. ця організація стала брати активну участь у роботі міжнародних організацій по стандартизації, що є надзвичайно важливим аспектом у регулюванні підприємницьких відносин. При цьому основним завданням МОСП був і залишається захист прав споживачів.

Особливою датою в історії консьюмеризму є 15 березня 1962 р., коли була опублікована спеціальна постанова Президента США Джона Кеннеді, що вперше офіційно закріплювала права особи—споживача. Журналісти назвали цей документ Біллем про права споживачів. Їх було чотири: право на безпеку товарів — право на захист від продажу товарів,

що становлять загрозу для життя і здоров'я людини; право на інформацію — захист від помилкової інформації, реклами, маркування тощо; право на вибір — забезпечення за можливістю доступу до різноманітних товарів за доступними цінами; право бути вислуханим — право на те, щоб інтереси споживачів у повному обсязі та доброзичливо враховувались при формуванні урядових програм та щоб їх справи неупереджено та оперативно розглядалися в суді. Пізніше до них додали ще право на освіту споживачів; право на сприяння економічним інтересам споживачів та захист цих інтересів, а також право на створення громадських організацій, спрямованих на захист прав та інтересів споживачів [165].

З 1983 р. за рішенням ООН 15 березня стало відзначатися як Всесвітній день прав споживачів, що підтвердило визнання прав та інтересів споживачів невід'ємною складовою загальноновизнаних прав людини і стало початком становлення всесвітнього споживчого руху.

Пізніше громадський рух захисту прав споживачів одержав підтримку в країнах Західної Європи. У Франції перший закон з цього питання з'явився 27 грудня 1973 р. під назвою *Loi Royer*. У США перші акти про права споживача з'явилися в 60-х роках XIX ст. З другої половини XX століття ці акти стали множитися (одні з перших — *Flammable Fabrics Act 1953 р.*, *Refrigerator Safety Act 1970 р.*). У тому самому році Президент Ліндон Джонсон створив національну комісію з дослідження якості продуктів в інтересах захисту споживачів *National Commission on Product Safety*, а в 1973 р. Конгрес прийняв закон про захист споживачів під назвою *Consumer Product Safety Act*. У Великій Британії в 1987 р. було прийнято закон під назвою *Consumer Protection Act*, а потім *Unfair Contract Terms Act* і в 1988 р. — *Consumer Arbitration Agreement Act* [165].

У 1973 р. 25 сесія Консультативної асамблеї Євросоюзу схвалила «Хартію захисту споживачів», а у 1985 р. Генеральна Асамблея ООН затвердила «Керівні принципи для захисту інтересів і прав споживачів». Вказані керівні принципи звернені до урядів країн світового співтовариства та визначають напрями, за якими країни повинні створювати або розвивати національне законодавство у сфері захисту прав споживачів, що безпосередньо впливає на ступінь та роль публічно-правової складової у механізмі правового регулювання підприємницьких відносин на міжнародному рівні.

Керівні принципи спрямовані на задоволення таких законних потреб: безпеку та захист споживачів від шкоди їх здоров'ю; сприяння економічним інтересам споживачів; доступ споживачів до інформації, необхідної для компетентного вибору відповідно до індивідуальних запитів та потреб; освіту споживачів; наявність ефективних процедур розгляду скарг споживачів; вільне створення споживчих й інших відповідних груп або організацій та можливість таких організацій висловлювати свою точку зору під час прийняття рішень, що стосуються їх інтересів.

При цьому керівні принципи зазначили, що урядам необхідно створювати або зберігати належну інфраструктуру для розробки, здійснення та контролю політики захисту інтересів споживачів.

З цього питання і на його реалізацію було видано близько 400 директив, які досить суттєво впливають і на правове регулювання підприємницьких відносин. Зокрема істотного значення набули Директива № 92/59/ЄЕС від 29 червня 1992 р. про загальні принципи, що стосуються безпеки продуктів, Директива № 85/374/ЄЕС від 25 липня 1985 р. про відповідальність за неякісні продукти, кілька директив 1992 р.: про допуск товарів у оборот, про рекламу, продаж і застосування ліків, Директива № 76/768/ЄЕС від 27 липня 1976 р. щодо косметичної продукції і Директива № 88/378/ЄЕС від 3 травня 1988 р. про забезпечення безпеки дитячих іграшок. З погляду правового забезпечення важливе значення мають Директива № 93/13/ЄЕС від 5 квітня 1993 р. щодо умов угод, що укладаються зі споживачами, і Директива № 84/450/ЄЕС щодо боротьби з рекламою, що вводить в оману.

Як видно, всі вищезазначені директиви спрямовані, так чи інакше, на усунення певної нерівнозначності у статусах покупця певної продукції (споживача) і продавця. Фактично йдеться про необхідність створення формальної рівності сторін за переважної нерівнозначності у більшості випадків. При цьому досить часто з поля зору випадає той факт, що так звана нерівнозначність у правовому становищі такого суб'єкта як споживач, порівняно з класичним підприємцем, породжує ситуацію, начебто не притаманну рівності сторін у торговому обороті. Це стосується становища (ситуації), коли існує суб'єкт, який надає певну послугу чи продає товар (наприклад, супермаркет та/або провайдер телевізійних послуг), значно «сильнішим» (у економічному, перш за все, матеріально-технічному, фінансовому та інших аспектах), ніж сторона, яка придбаває ці послуги чи продукти. Відповідно, виходячи з цього, законодавець, з метою «збалансування» становища сторін у цих угодах, які також вписуються у класичний товарний оборот, ввів певні додаткові гарантії та положення, що мають сприяти кращому (у певному сенсі — нерівнозначному) правовому становищу споживача порівняно з контрагентами споживача у відповідних цивільно-правових угодах. Зрозуміло, що у «класичних» підприємницьких відносинах споживач, через названі обставини, не був і не може бути рівнозначним (рівноправним) суб'єктом та партнером. Проте він безпосередньо є важливою складовою частиною і необхідним елементом самого підприємницького обороту. Адже, за великим рахунком, останній існує завдяки йому (за його гроші) і в його інтересах. Без споживача існування ринку неможливе.

Проте за часів планової економіки така категорія, фактично, була зайвою. Брак товарів та послуг свідчив про відсутність ринку та торговельного обороту у їх повноцінному значенні, отже, призводив до відсутності необхідності у «збалансуванні» та приведенні до паритету у правому ста-

новищі сторін правочину у торговому обороті. Саме ринкова економіка та її приватноправовий код спричинили необхідність виокремлення категорії «споживач».

Розвиваючи цю тезу, законодавець в Україні ввів у правове регулювання торгового обороту досить різноманітні найменування (категорії) споживачів у різних сферах ринкового середовища. Зокрема чинне законодавство вживає такі категорії споживачів:

— *споживач видавничої продукції* — приватні особи, підприємства, установи, організації [106];

— *споживач газу* — юридична особа, фізична особа — підприємець або фізична особа (населення), яка отримує газ відповідно до договору про постачання газу та використовує його на власне споживання як паливо, сировину та/або на виробничо-технологічні потреби [253];

— *споживач зв'язку* — юридична чи фізична особа, яка користується послугами зв'язку [213];

— *споживач послуг пропуску трафіка* — оператор телекомунікацій, що отримує послуги пропуску трафіка від інших операторів для надання послуг абонентам власної мережі [279];

— *споживач теплової енергії* — фізична або юридична особа, яка використовує теплову енергію на підставі договору [126];

— *споживач товарів, що виробляються суб'єктами природних монополій*, — фізична або юридична особа, яка придбаває товар, що виробляється (реалізується) суб'єктами природних монополій [123];

— *споживач хімічних джерел струму* — юридична або фізична особа, яка використовує хімічні джерела струму або вироби з інтегрованими хімічними джерелами струму [132].

Всі перелічені статуси категорії споживача вказують на їх ринкову приналежність.

Споживачі та їх правове становище у ринковому середовищі є яскравим прикладом позитивного впливу публічно-правових засад на ринок. Зокрема йдеться про позитивні аспекти значного публічно-правового втручання у ринкове середовище та механізм регулювання підприємницьких відносин. Адже у цьому разі саме завдяки втручання публічно-правових засад здійснюється певне «відкоригування» правового становища суб'єктів торгового обороту, завдяки чому потенційно сильніший гравець зазнає певних обмежень або, навпаки, накладення на нього певних додаткових зобов'язань, причому в обох випадках метою такого втручання є забезпечення рівності сторін у правовому статусі або максимальне наближення до такого.

Слід пригадати, що основи законодавства СРСР щодо захисту прав споживачів почали розроблятися лише наприкінці 80-х років ХХ ст., а сам нормативний документ — Закон СРСР «Про захист прав споживачів» був прийнятий лише 22 травня 1991 р. і так і не набув чинності в СРСР.

До початку розвитку ринкових відносин і появи елементів підприємництва у СРСР існували виключно споживчі товариства та споживча кооперація, сутність яких зводилась до добровільного об'єднання громадян для спільного ведення господарської діяльності з метою поліпшення свого економічного та соціального стану. Вона здійснює торговельну, заготівельну, виробничу та іншу діяльність, не заборонену чинним законодавством України, сприяє соціальному і культурному розвитку села, народних промислів і ремесел, бере участь у міжнародному кооперативному русі, що пізніше було відтворено у ст. 2 Закону України «Про споживчу кооперацію». Проте на сьогодні можна констатувати, що об'єднання споживачів в Україні не виконує своїх завдань. Як зазначає В. С. Сімонова, тенденції свідчать про негативні зміни, які відбулися у господарській діяльності кооперативних підприємств і організацій, пов'язані з неефективним використанням конкурентного потенціалу як усередині, так і за межами системи споживчої кооперації. Таким чином, щоб забезпечити економічне зростання і підтримати соціальну стабільність на селі, системі споживчої кооперації необхідно сконцентрувати зусилля на тих складових конкурентного потенціалу, на яких вони мають конкурентні переваги [295].

Проте жодних прав, а тим більше гарантій за допомогою публічно-правових засобів у споживчої кооперації в СРСР не існувало. Тобто у суцільній адміністративно-плановій (командній) системі економічних відносин не існувало проявів цих самих публічно-правових засад, які б стояли на сторожі дотримання конкретних приватних інтересів, адже такі не визнавалися взагалі. Розвиток ринкових відносин надав можливість по-іншому проаналізувати ці чинники і віднайти на сьогодні їм належне місце у сталому суспільному розвитку.

Давос — до питання загальної кризи капіталізму. Розглядаючи питання впливу публічно-правових засад на регулювання підприємницьких (комерційних) відносин у світі, простежуємо певну тенденцію, яка носить досить суперечливий, навіть різнополюсний (дихотомічний) характер. З одного боку, саме приватноправове ядро складає той необхідний внутрішній зміст комерційних відносин, що надає їм потенціалу до постійного розвитку та першості у розвитку суспільних відносин, з іншого боку, спостерігаємо, що протягом, принаймні, останніх 25—30 років у розвитку ринкових механізмів, ринкових відносин, зокрема підприємницьких, відіграє потужну роль саме публічна складова.

Причин до таких тенденцій достатньо, проте до головних, на нашу думку, слід віднести такі: надзвичайне ускладнення суспільних відносин, зокрема у сфері підприємництва, що пов'язано із розвитком комунікаційних технологій; проблема забезпечення сталого розвитку за умови постійного виснаження ресурсів; зростаюча проблема тероризму, яка на сьогодні може реалізовуватися і шляхом нанесення дошкульного удару фінансово-кредитній системі; уповільнення темпів економічного

зростання у світі, тотальні екологічні проблеми, пов'язані з підприємництвом і особливо з виробництвом, збільшення випадків неефективності ринку тощо.

Все це призвело до того, що почали говорити про кризу капіталізму в цілому як системи економічних відносин, побудованих на праві приватної власності та мінімальному (обмеженому) втручанні держави в ринкові механізми. Епіцентром цього стала зустріч глав держав та урядів у Давосі восени 2012 р., де вперше прозвучала теза про смерть класичного капіталізму [330]. Як зазначає з цього приводу відомий економіст А. Гальчинський, стало зрозуміло, що засобами на кшталт накачування фінансової системи ліквідністю з боку центробанків або багатомільярдних програм бюджетного стимулювання з боку урядів нинішньої напасті світової економіки не вилікувати. Більш того, стало актуальним запитання, чи можуть узагалі за нинішнього стану «пацієнта» ще допомогти йому якісь радикальні хірургічні методи лікування, чи летальний результат уже неминучий [33].

Економіст Еммануїл Валлерстайн зазначав, що капіталізм як світосистема через п'ятдесят років узагалі не існуватиме [62, с. 57]. Про це пише й інший знаний американський учений Елвін Тоффлер. Він говорить про процес, коли «змінюється все», змінюється вся інституціональна система суспільства, не тільки його функціональні, а й світоглядні засади [317, с. 423]. У цьому, слід визнати, є своя логіка. Капіталізм адекватний індустріалізму, на фундаменті якого й сформувалося його генетичне ядро. Нині епоха індустріалізму відходить у минуле — їй на зміну приходить постіндустріалізм або навіть постпостіндустріалізм. Відповідні матеріальні, соціальні та духовні передумови донедавного розвитку було створено капіталізмом. У цьому його історична заслуга.

Водночас, підготувавши необхідні передумови для затвердження постіндустріального суспільства, капіталізм почав сам себе заперечувати. У його основах почали зароджуватися та набувати дедалі більшої питомої ваги нові структури, які, зберігаючи риси капіталізму, все ж відображають специфіку «посткапіталізму». Тут може слугувати аналогією феодалізм, який свого часу сформувався на фундаменті аграрної цивілізації та зійшов з історичної арени разом із відповідним типом цивілізаційного розвитку.

Однак слід підкреслити важливу та суттєву річ. Йдеться не про революційне заперечення капіталізму за принципом Маркса: «експропріаторів експропріують», про що детально йшлося вище, а про логіку заперечення, яку свого часу обґрунтував один із найвизначніших учених першої половини ХХ ст. Йозеф Шумпетер. Це логіка «конструктивного заперечення», «заперечення через саморозвиток». Суспільство, писав австрійський учений, «обов'язково переросте капіталізм», але це відбудеться тому, що «досягнення капіталізму зроблять його зайвим» [351,

с. 148]. У цьому сенсі «кінець капіталізму» можна цілком обґрунтовано трактувати як його тріумф. Відповідно, можна стверджувати не про апокаліптичний кінець капіталізму, а про певне конструктивне перетворення однієї системи на іншу.

По суті, ми живемо в епоху переходу до якоїсь нової світової системи і, можливо, вже навіть ідея створення так званого всесвітнього кодексу приватного або торгового права занадто застаріла для розроблення адекватного та ефективного механізму регулювання підприємницьких (комерційних) відносин у посткапіталістичну добу. Можливо, публічно-правові засади перетворяться на щось таке, що не буде протиставлятися приватноправовому. Також слід враховувати, що ключові, по суті фундаментальні, правові категорії для капіталізму, ринкового середовища, приватноправового регулювання: категорія права власності, права власності на знаряддя праці, права власності на землю тощо, в реальній економічній сфері дедалі більше втрачають своє тотальне (ключове) значення, адже з'являються нові продукти та послуги, виготовлення, просування на ринку, зберігання та реалізація (збут) яких в торговому обороті, як національному так і міжнародному, не пов'язані з такими, ще донедавна визначальними та класичними для ринкового середовища, вищезазначеними категоріями.

Економісти наголошують на тому, що процеси, які ми спостерігаємо в економіці, мають об'єктивний, навіть закономірний характер. Зокрема той самий А. Гальчинський зазначає, що важливо зрозуміти об'єктивність відповідних перетворень. Капіталізм (як і соціалізм) — це індустріальне суспільство, його часовий лаг визначається відповідними межами [33].

Ведучи мову про вплив зазначених процесів на питання регулювання підприємницьких відносин, слід зробити одне важливе застереження: навіть найпрогресивніша модель суспільного розвитку, штучно пролонгована за свої історичні межі, втрачаючи інноваційний потенціал, стає консервативною, деградуючою. В останнє ж десятиліття капіталізм Заходу почав втрачати найбільш значуще — домінантність середнього класу, його позиції почали розмиватися. Незадоволення почало проникати до тієї суспільної групи, яка складала основу підприємництва, адже мале та середнє підприємництво своєю основою завжди спиралось та мали серйозні корені саме із середнім класом, який багато років був основою соціальної, а отже, й економічної стабільності.

Всесвітній економічний форум у Давосі (2013) серед десяти найнебезпечніших ризиків найближчого десятиліття на першу позицію поставив збільшення розриву між багатими й бідними. Існує дві альтернативи вирішення питання. Перша — здійснення політики повернення назад: демонтуючи напрацьовані в післявоєнні роки механізми соціалізації, спробувати «сісти на власну основу». Але «вулиця», а, скоріше, громадянське суспільство навряд чи дозволять це.

Друга альтернатива — позитивне самозаперечення, перетворення капіталізму на іншу якість. Ми говоримо про специфіку сучасної, перехідної за своєю суттю епохи: у розвинених країнах Заходу (наголошую на цьому) завершується каденція капіталізму — суспільство переросло капіталізм і адекватно цьому пробивають (природно, дуже болісно) шлях принципово інші посткапіталістичні детермінанти. Якщо такі висновки та прогнози підтвердяться, разом із зміною самої економічної системи, типу здійснення суспільного виробництва, буде змінюватися і саме підприємництво та підприємницькі відносини. При цьому наразі робити висновки щодо принципових положень майбутнього механізму регулювання підприємницьких відносин — зарано.

Невідомо, на яких принципах має будуватися нове постіндустріальне суспільство, незрозумілими поки що видаються і базові постулати, які можуть бути застосовані для регулювання підприємницьких відносин. Можна лише припустити: якщо не змінювати центральну, основну тезу підприємництва щодо кінцевої мети — отримання прибутку, дедалі більше в класичне приватноправове визначення підприємництва будуть «вторгатися» його публічно-правові корективи. Останні події у Франції, Греції, Італії та Португалії це досить яскраво підтверджують. Не можна відкидати і можливість нового повернення Маркса та його творів, його утвердження як одного з творців теорії постіндустріалізму, теорії, в якій, як це задекларовано в «Маніфесті», вільний розвиток кожної людської індивідуальності є умовою розвитку всіх. Акцентуємо на потенціалі ліберальної парадигми марксизму, його кантіанської версії. Реалізація зазначеної лінії розвитку теорії Маркса видається доволі реалістичною, а це призведе до пошуку і нових механізмів регулювання підприємницьких відносин, якщо останні ще будуть існувати у відомих нам вигляді та змісті.

4.4. Lex mercatoria як специфічний приватноправовий регулятор міжнародних підприємницьких (комерційних) відносин

Закінчуючи розгляд питання міжнародного регулювання підприємницьких відносин, у тому числі і у сучасній суспільно-економічній парадигмі, можемо зробити висновок про те, що на сьогодні досить актуальним є питання дієвості та актуальності не лише певних механізмів регулювання, в тому числі і таких, як регулювання підприємницьких (комерційних) відносин на міжнародному рівні, а й питання самої економічної системи, в межах якої функціонує цей механізм.

Такий підхід надає нового дихання питанню альтернативних класичним системам права регуляторам підприємницьких (комерційних) відносин, у першу чергу, на міжнародному рівні. Саме тому питанню

так званого новітнього торгового права *lex mercatoria* (транснаціональне міжнародне торгове право) сьогодні приділяється значна як теоретична, так і практична увага.

На сьогодні поширеними є два визначення, два варіанти розуміння сучасного *lex mercatoria*. Відповідно до першого *lex mercatoria* розглядається як наднаціональна правова система, яка, однак, є умовною, «пара-юридичною» правовою системою і яка, на наше переконання, використовує мережеву організаційну структуру. Тож відповідно до цього сучасне *lex mercatoria* — це мережева правова система міжнародної спільноти комерсантів, здатна до самоорганізації та незалежна від національних правових систем.

В основу другого варіанту визначення сучасного *lex mercatoria* покладено зазначений вище підхід до розуміння юридичної природи *lex mercatoria* як сукупності норм та принципів міжнародної торгівлі, тобто комплексу її джерел. А відтак допускається, що сучасне *lex mercatoria* може бути визначене як світова мережа правових норм, а також спільних принципів, правил, що регулюють міжнародну торгівлю [25, с. 424].

Слід зазначити, що перші розробки стовно *lex mercatoria* деякі вчені пов'язують із стародавнім правом купців [175], проте навряд чи можна порівнювати сучасну концепцію *lex mercatoria* з класичним правом купців. Хоча деякі загальні риси та коріння все ж простежуються, що, зокрема, дозволило О. О. Мережко висунути тезу про типологічну подібність між середньовічним *lex mercatoria* і сучасним транснаціональним торговим правом [208, с. 7]. Водночас було виявлено відмінності між цими видами транснаціонального торгового права на тлі науково-технологічного прогресу [141, с. 8]. Не вдаючись до детального висвітлення питання діалектики розвитку уявлень про значення та роль *lex mercatoria* в історії права, зауважимо, що саме система *lex mercatoria* розглядається як одна з найбільш актуальних альтернатив конвенційному та колізійному методам регулювання підприємницьких (комерційних, торгових) відносин на міжнародному рівні [26, с. 193].

Слід погодитися з А. С. Довгертом, який зазначає, що сутність і цінність *lex mercatoria* зводиться до того, що воно, як система звичаїв торгового обороту, являє собою самодостатній, автономний правопорядок, в основу якого покладено норми комерційного характеру, що були створені не державами, а самими учасниками міжнародної торгівлі, і, відповідно, не потребують «благословення» з боку держави, бо вони вже «висвячені» у правові норми міжнародним комерційним співтовариством [209, с. 36].

Криза у правовому регулюванні підприємницьких відносин спричинила необхідність пошуку більш адекватних методів правової регламентації зовнішньоекономічних операцій поза правовим порядком, визначеним державою, заради подолання розриву, що існує і продовжує поглиблюватися між інтернаціональним характером світової економіки

(інтернаціональними суб'єктами цих відносин) та комерційною діяльністю, що транснаціоналізується, і переважно національною формою її нормативної регламентації. Слід наголосити, що на етапі формування «недержавної (позадержавної) міжнародної правової системи» її ідеологи та провідники намагаються про це відкрито не заявляти. Вони лише зазначають, що при припротиставленні *lex mercatoria* міжнародному приватному праву мається на увазі лише міжнародне приватне право у вузькому значенні, тобто, головним чином, колізійне право. Можливо, суть цього питання саме у тому, що на етапі становлення *lex mercatoria* як потенційного сильного регулятора міжнародних відносин провідники останнього, можливо, не бажають відкрито «конфліктувати» з традиційним приматом державного регулювання, або бодай його сильним впливом на регуляторні процеси у підприємницьких відносинах.

Проте, оцінюючи реалії подальшого розвитку *lex mercatoria*, виходимо з того, що поруч з державами як надзвичайно потужними гравцями на світовій сцені підприємницьких відносин, з'являються й інші, також сильні гравці — ТНК. Свого часу В. М. Корецький, оцінюючи перспективу розвитку так званого міжнародного господарського права, зазначав, що держави як учасники міжнародних економічних відносин, на прикладі германських компаній після Першої світової війни і положень Версальського договору, стають провідниками міжнародних інтересів останніх. Зазначене право В. М. Корецький обґрунтовував як органічне продовження «воєнно-господарського права», яке свого часу, на його думку, мало місце в Німеччині після поразки у Першій світовій війні. Воно прямо обґрунтовувалось необхідністю втручання держави як провідника інтересів провладних груп у міжнародні економічні (приватні) відносини з метою захисту прав та майна підприємців і опосередковано — посиленням та зміцненням ролі самої держави у міжнародних стосунках [159, с. 19—24].

Проте слід припустити, що В. М. Корецький, зазначаючи про важливість державної підтримки національним виробникам та компаніям на міжнародній арені, про формування «международного, в боевом смысле хозяйственного права (*Internationales Wirtschaftsrecht*)», навряд чи уявляв стан речей через 100 років, чи очікував на такий потужний розвиток самих компаній. Він, зокрема, зазначав, виходячи з реалій 20-х років минулого століття, що монополістичний капіталізм (у межах капіталістичного світу) є лише провідною (проте не виключною) системою світового господарства [159, с. 26]. Наразі ж саме монополістичний капіталізм у вигляді, перш за все, ТНК дедалі стрімкіше перетворюється на провідного, а можливо надалі й абсолютно переважного суб'єкта міжнародних комерційних відносин. Відповідно, саме цьому монополістичному капіталізму дедалі менше вистачає існуючих способів та систем регулювання міжнародних комерційних відносин, з одного боку, а з іншого — цей капіталізм у вигляді, перш за все, ТНК прагне до макси-

мальної свободи від усіх національних, а вже і наднаціональних меж, кордонів та правопорядків.

Вже на раз держави як суб'єкти міжнародних економічних та підприємницьких відносин вимушені «захищатись» від експансії транснаціональних корпорацій, наприклад, у національних правопорядках передбачалися випадки проведення відповідних антидемпінгових та антисубсидіарних розслідувань з метою забезпечення інтересів національних компаній та виробників [111].

Видається, що у майбутньому глобалізованому інформаційному суспільстві, що формується, на перші позиції за ресурсним потенціалом і рівнем впливу на міжнародні процеси виходять ТНК. Держава як інституція управління суспільством і економічними відносинами на світогосподарському рівні стає певним запобіжником (внаслідок властивій їй підвищеній консервативності, інертності та значно забюрократизованої системи прийняття і реалізації рішень — негативний аспект) і перешкодою (позитивний аспект) на шляху ТНК до свавілля, безконтрольної комерційної діяльності, головною метою якої є отримання надприбутків, а не задоволення потреб суспільства.

У зв'язку з цим низка дослідників висуває наукову гіпотезу про намагання ТНК через 1) глобалізаційні процеси, 2) утворення міждержавних політико-економічних об'єднань (Європейський Союз, Північноамериканський економічний союз (США, Канада, Мексика) та Азіатський економічний союз), 3) запровадження наднаціональних владних структур (Європарламент, Президент, Міністр закордонних справ ЄС, тобто «світового уряду») нівелювати статус держави як суверена і позбавити її, в кінцевому рахунку, виключного права бути монопольним суб'єктом міжнародного публічного права, зокрема міжнародного економічного права. Йдеться про аналогічні політико-правові процеси, які відбувалися стосовно німецьких компаній після підписання Версальського мирного договору, проте вже у світовому масштабі [159, с. 28]. ТНК як суб'єкти міжнародних комерційних відносин набирають ваги у міжнародному торговому обороті.

У зв'язку з цим у теоретико-методологічній сфері правознавства і міжнародного права нині відбуваються не лише суто наукові дискусії, а й відповідне інформаційно-ідеологічне протистояння між прихильниками і супротивниками зміни юридичного статусу ТНК з рівня «юридичної особи» на «суверена», що, безперечно, посилить владу і можливості Транснаціональних корпорацій не на користь національних держав. У такій ситуації, як пише А. М. Кузьменко, концепція *lex mercatoria* як паралельна національному праву ставить за мету вивести комерційні відносини у зовнішньоекономічній сфері та їх правове регулювання за межі компетенції держав-суверенів. На його думку, ТНК, інші юридичні та фізичні особи мають самі розбиратися між собою без втручання в їхні проблеми держави [175, с. 98].

У цьому сенсі концепція *lex mercatoria* як система права, паралельна державному праву, є серйозним викликом традиційному міжнародному приватному праву, сформованому державою як альтернативний засіб колізійному та конвенційному методу правового регулювання підприємницьких (комерційних) відносин. Зрозуміло, що наразі більшість держав-суверенів підтримує традиційний колізійний метод міжнародного приватного права та досить скептично ставиться до можливості широкого (всесвітнього) застосування *lex mercatoria*.

Серед досліджуваної англомовної літератури як німецьких, так і британських дослідників, зокрема стосовно історії *lex mercatoria*, варто виділити напрацювання Ральфа Майколса (Ralf Michaels), типового противника теорії *lex mercatoria*. Загалом можна виділити такі аргументи проти *lex mercatoria*: вважається, що це аж ніяк не самодостатня система, що охоплює всі аспекти міжнародного торгового права, а, скоріше за все, джерело права, яке засноване на традиційній практиці, конвенціях, прецедентах і безлічі національних правових систем. Воно може надати альтернативу у разі колізії законів, яка часто є надуманою і непереконливою [20]. Також певний скепсис стосовно теоретичного обґрунтування *lex mercatoria* прослідковується у сучасного відомого комерціаліста Роса Гренстона (Ross Granston), який у своїй праці «Теорія міжнародного комерційного права» висловив застереження щодо подальшого бурхливого розвитку сфери застосування *lex mercatoria*. Зокрема до таких він відніс питання проблемності застосування *lex mercatoria* у країнах, які розвиваються, адже вони не пройшли наразі тривалий шлях уніфікації та адаптації відповідних напрацювань у міжнародному праві, не досягли певного рівня узагальнення у правозастосуванні, тому їм буде досить складно здійснювати правозастосування без прив'язки до конкретної норми — шляхом посилення виключно на відповідні принципи УНІДРУА [14]. Також висловлюється занепокоєння стосовно виконання рішення у національних правопорядках, якщо таке рішення посилається на *lex mercatoria* [1, с. 94].

З ідеєю комерсантів щодо необхідності просування на нові ринки завжди поставала потреба у одноманітності правового регулювання відповідних підприємницьких відносин за різного юрисдикційного складу учасників таких відносин та території юрисдикцій, де укладалися та виконувалися відповідні комерційні договори.

При цьому міжнародне приватне право, яке використовує колізійний метод та принцип найтіснішого зв'язку, як вже зазначалось, не завжди влаштовує комерсантів. Адже, за визначенням представників міжнародного приватного права, головне призначення останньої — обслуговування приватноправових відносин цивільного характеру (цивільних, сімейних, трудових), ускладнених іноземним елементом [142, с. 332]. Зокрема ще В. М. Корецький писав, що «...если сделать выборку тех примеров, которыми пользовалась старая конфликтная доктрина

(доктрина МПП. — В. М.), то окажется, что основная масса этих примеров касалась брачных, семейных, наследственных вопросов и, отчасти, сделок с недвижимым имуществом» [159, с. 37]. Примітно, що вже на початку 20-х років минулого століття почали розроблятися питання проблеми міжнародного регулювання підприємницьких відносин. Правда, слід підкреслити, що таке регулювання, як вже зазначалось, дістало назву міжнародного господарського права. Проте створенню певної системи міжнародних правил регулювання підприємницьких відносин на той час завадила міжнародна ситуація і наближення Другої світової війни.

Нині знову ці передумови є актуальними, адже міжнародна конкуренція вимагає і від держав не залишатися осторонь своїх комерсантів-резидентів з метою захисту інтересів національних суб'єктів комерційного обороту. Так, О. К. Прокоф'єва зазначає: «Оскільки Україна є повноправним учасником міжнародного співтовариства, прагне до нормального функціонування на зовнішньому ринку, вивчення закономірностей процесу уніфікації та урахування сучасних тенденцій розвитку міжнародного торгового регулювання постають необхідними та бажаними. Тільки так незалежна держава може забезпечити рівноправне та безпечне існування для національних суб'єктів підприємницької діяльності на міжнародних ринках та привернути іноземних суб'єктів до співпраці». На сьогодні більшість фахівців сходяться на думці, що за відсутності одностайності щодо ролі та структури *lex mercatoria* міжнародне комерційне право є тим правом, що покликане регулювати підприємницькі відносини на міжнародному рівні на сучасному етапі. Зокрема О. К. Прокоф'єва пише з цього приводу: «На сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права відбувається лібералізація зовнішньоекономічних відносин у міжнародному співтоваристві, розширюється міжнародний торговельний оборот. Дедалі більшого значення набуває одноманітне регулювання у цій галузі. За таких умов колізії у правовому регулюванні міжнародних торговельних відносин становлять істотну перешкоду на шляху здійснення міжнародної підприємницької діяльності, у зв'язку з чим найбільше уваги у міжнародно-правовому просторі приділяється одноманітним нормам, що розроблюються міжнародними організаціями, відбувається так званий процес уніфікації правового регулювання у міжнародному приватному праві. Актуальність цього явища саме для регулювання міжнародних торговельних контрактів обумовлена, передусім, історичними особливостями розвитку та становлення даної сфери правових відносин» [269, с. 4].

Розглядаючи питання *lex mercatoria* як потенційно потужного регулятора підприємницьких відносин на міжнародному рівні, слід зробити два важливих висновки:

— *lex mercatoria* являє собою специфічне утворення правової дійсності, що є результатом комерційної практики та відповідних торгових

звичаїв, яке знаходиться поза волею та компетенцією держав-суверенів. Це, в свою чергу, дає всі підстави стверджувати, що саме в системі приватного права, приватноправового регулювання поступово викристалізовується потужний регулятор підприємницьких відносин;

— *lex mercatoria* надає такому джерелу як торговий звичай (звичай міжнародного торгового обороту) «друге дихання» і примушує по-новому подивитись на його роль і в чинному механізмі правового регулювання підприємницьких відносин.

Однак, оцінюючи навіть потенційну силу та можливості *lex mercatoria*, поставимо запитання стосовно його правореалізації. Іншими словами, наскільки успішно відбувається процес застосування *lex mercatoria* у повсякденній практиці підприємницьких відносин та яким чином реалізується у судовій практиці? Наразі слід зазначити, що у контексті теоретичної розробленості *lex mercatoria* справи ідуть значно краще. Зокрема аналіз реєстру рішень української судової практики [103] не дав змоги віднайти жодного рішення, яке б ґрунтувалося на нормах (та) або з посиланням на *lex mercatoria*. Більше того, аналіз публікацій у Віснику господарського судочинства за останні 10 років також дає всі підстави стверджувати, що зазначена категорія залишається для національного судочинства *terra incognita*.

Проте не лише національна судова система досить важко сприймає *lex mercatoria* як замітника традиційному матеріальному праву, на якому має ґрунтуватися законне судове рішення. Зокрема у цьому контексті цікавою є точка зору відомого процесуаліста, Голови МКАС при ТПП Росії А. С. Комарова. Він, коментуючи питання щодо застосовності норм *lex mercatoria* МКАС при ТПП Росії, повідомив, що йому як Голові МКАС при ТПП Росії не відомі випадки «коли арбітр МКАС при ТПП Росії в обґрунтування свого рішення у справі посилався б на Принципи УНІДРУА (фактично, на принципи *lex mercatoria*. — В. М.) [138]. Хоча, з іншого боку, Голова МКАС визнав також, що саме в практиці МКАС при ТПП Росії непоодинокі випадки, коли арбітри з власної ініціативи застосовували зазначені принципи для встановлення факту наявності відповідного торгового звичаю.

У міжнародній практиці також небагато відомих широкому загалу справ, у вирішення яких було покладено застосування *lex mercatoria*. Добре відоме рішення у справі *Norsolor*, яке фактично стало прецедентом у практиці застосування арбітражами норм *lex mercatoria* [195]. З іншого боку, необхідно врахувати і той факт, що самі підприємці не поспішають застосовувати відповідні положення *lex mercatoria* у договірній практиці, іншими словами, у арбітражному застереженні відповідного міжнародного контракту (зовнішньоекономічному контракті) слід робити застереження у вигляді відсилання не до національного права або правопорядку іншої країни, а до Принципів УНІДРУА. Зокрема А. С. Комаров зазначив, що, якби підприємці (комерсанти) у своїх контрактах

безпосередньо робили б арбітражне застереження у вигляді відсилання до Принципів УНІДРУА, арбітрам не залишалось би нічого іншого, як застосовувати *lex mercatoria*.

Отже, зазначимо, що стосовно *lex mercatoria* спостерігається цікава, навіть парадоксальна ситуація, яка може бути використана як лакмусовий папірець щодо вирішення питання готовності підприємців (комерсантів) відпустити підприємницькі відносин у вільне плавання без застережень на національні правопорядки, саме така мета є визначальною для *lex mercatoria*.

Тому, підсумовуючи, погоджуємося з М. В. Мажоріною стосовно того, що на сьогодні, з огляду на існуючі серйозні розбіжності у розумінні структури, природи та системи *lex mercatoria*, відсутності сталої практики використання комерсантами положень *lex mercatoria* (Принципів УНІДРУА) як арбітражного застереження у міжнародних контрактах, слід виходити з того, що сучасне *lex mercatoria* виступає елементом міжнародної торгової нормативної системи, забезпечуючи повноту та мобільність у регулюванні транскордонних торгових (комерційних) відносин [195].

Практика застосування *lex mercatoria* у торговому обороті, судовій та арбітражній практиці свідчить, що з урахуванням численних застережень *lex mercatoria* дуже повільно набирає значимості як сучасний регулятор підприємницьких відносин. При цьому вести мову про формування закінченої, такої, що вже склалася, правової системи, напевно, передчасно.

Розділ 5

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ СУБ'ЄКТІВ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ВІДНОСИН

5.1. Загальні положення про захист прав та інтересів суб'єктів підприємницьких відносин

Сучасний стан підприємницьких відносин в Україні характеризується наявністю великої кількості конфліктних ситуацій, які часто переходять у формалізовану фазу спору. Судова система України побудована за принципом спеціалізації судів, і вирішення підприємницьких спорів покладено на господарські суди. Значна частина таких спорів належить до майнових спорів при укладенні договорів та їх виконанні. Так, за даними судової статистики, місцевими господарськими судами у 2011 р. розглянуто 126,2 тис. господарських справ. У структурі розглянутих справ, як і в попередні роки, переважають справи щодо майнових спорів про виконання господарських договорів — їх частка складає 68,7% (86,7 тис. справ). За результатами розгляду справ сума коштів, присуджених до стягнення, складає 58,8% суми заявлених коштів та 45,5% — заявлених санкцій. Серед загальної кількості майнових спорів більша половина (60,8%) — це спори щодо розрахунків за продукцію, товари та послуги. Загальна кількість справ про відновлення платоспроможності боржників або визнання їх банкрутами продовжує скорочуватись. Так, упродовж 2011 р. закінчено провадженням 10,4 тис. справ (у 2010 р. — 10,6 тис. справ), винесено постанов про визнання банкрутом — 6,7 тис. справ (2010 р. — 8,2 тис.).

Таким чином, господарські суди посідають найважливіше місце в системі інституцій, на які покладено здійснення захисту прав суб'єктів підприємницьких відносин. Господарський процес є достатньо формалізованим, у регулюванні господарських процесуальних відносин преважуюче значення має імперативний метод. Однак жорстка формалізація, що також призводить до значних затрат матеріальних ресурсів на правову допомогу у вирішенні підприємницького спору, суттєвих часових ви-

трат, робить господарське судочинство інститутом, який часто не відповідає потребам суб'єктів підприємницьких відносин у безперешкодному обороті товарів та послуг. Тому в багатьох розвинених економіках підприємницька практика виробила низку форм врегулювання підприємницьких спорів, одні з яких уже давно знайшли своє закріплення у законодавстві, а інші — або відносно нещодавно були визнані законом, або лише перебувають на шляху до законодавчого визнання.

Правові проблеми урегулювання підприємницьких спорів були і залишаються предметом дослідження багатьох визначних юристів, таких як О. А. Беяневич, В. М. Горшен'єв, М. А. Гурвіч, П. П. Заворот'ко, В. В. Комаров, О. В. Кудрявцева, Д. Д. Лупеник, Д. М. Притика, В. І. Тертишніков, Г. В. Фазікош, Н. А. Чечина, Д. М. Чечот, М. Й. Штефан, В. Н. Шеглов, К. С. Юдельсон та ін. Значна частина наукових праць цих дослідників стала теоретичним та методологічним підґрунтям для подальшого опрацювання питань правового регулювання юрисдикційних форм захисту прав суб'єктів підприємницьких відносин, деякі з них — для дослідження правових питань третейського та арбітражного вирішення спорів. Однак залишається нерозв'язаною значна кількість наукових та практичних проблем, пов'язаних з приватноправовими формами вирішення конфліктів, що впливають з підприємницьких відносин. З огляду на обмеження, які ставляться для такого роду наукових праць, нашим завданням є формулювання основних напрямів удосконалення правового регулювання вирішення або врегулювання правових спорів, які виникають з підприємницьких відносин.

Причин виникнення підприємницьких спорів існує досить багато. Аналіз практики взаємовідносин підприємців дає змогу виділити такі спори:

1) прагнення кожної підприємницької структури досягнути найбільшої вигоди для себе в рамках чинних законів і на основі укладених договорів, які передбачають тверді гарантії виконання договірних зобов'язань іншої сторони за договором;

2) прагнення керівників та інших працівників підприємств, пов'язаних з укладенням та виконанням договорів, забезпечити власні інтереси шляхом обходу законів, неправильного їх тлумачення, створення найбільш вигідних для себе умов, обмеження власної відповідальності. Особливо яскраво це проявляється в умовах відсутності конкурентного середовища;

3) нерідко спори виникають через незнання закону, яким слід керуватися [37, с. 202].

У теорії врегулювання спорів усі способи вирішення конфліктів можна розподілити за уявною шкалою, на якій кожна поділка означає зниження ступеня самостійності сторін у вирішенні їх спору. На такій шкалі можна відмітити переговори, медіацію, арбітраж, вирішення справи у суді. На початку такої шкали знаходиться процедура, у якій сторони ма-

ють повний контроль над вирішенням спору. В переговорах ми намагаємося переконати один одного дати нам те, чого ми хочемо, натомість маємо від чогось відмовитись. На наступній поділці шкали знаходиться процедура, до якої залучено третю сторону. Так, процедуру медіації можна описати як переговори за сприяння третьої (нейтральної) особи. Медіація ще залишається неформалізованою, але все ж не настільки, наскільки переговори, хоча б тому, що учасники спору мають слідувати певній процедурі при виборі посередника та обговоренні порядку проведення медіації. Попри те, що нейтральна особа може відігравати різну роль, починаючи від ролі посередника-фасіліатора до більш активної, яка полягає у формулюванні пропозицій для вирішення спору, основною метою медіації залишається сприяння сторонам в укладенні угоди. Далі слідує інша крайня точка уявної шкали — вирішення справи у суді або судовий процес, коли конфлікуючі сторони повністю втрачають контроль над своїм спором, оскільки не вправі ані обрати третю особу, уповноважену на прийняття рішення, ані відмовитись від взаємодії під час судового процесу без наслідків, ані уникнути виконання судового рішення (принаймні, у теорії) [355, с. 28—29].

Значна кількість спорів, що виникають у сфері підприємницької діяльності, вимагає належного правового забезпечення можливостей суб'єктів підприємницької діяльності захистити свої порушені права. Згідно з ч. 2 ст. 5 ГК України до конституційних основ правового господарського порядку в Україні віднесено обов'язок держави забезпечити захист усіх суб'єктів права власності і господарювання. Способи захисту прав суб'єктів господарювання визначаються ст. 20 ГК України.

Значною мірою ці способи захисту відповідають способам захисту цивільних прав, визначеним ст. 16 ЦК України. Їх співвідношення можна бачити у таблиці.

Таблиця

Способи захисту прав суб'єктів господарювання (ч. 2 ст. 20 ГК України)	Способи захисту цивільних прав та інтересів (ч. 2 ст. 16 ЦК України)
визнання наявності або відсутності прав	визнання права
визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, ущемляють права та законні інтереси суб'єкта господарювання або споживачів	визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб
визнання недійсними господарських угод з підстав, передбачених законом	визнання правочину недійсним

Продовження таблиці

Способи захисту прав суб'єктів господарювання (ч. 2 ст. 20 ГК України)	Способи захисту цивільних прав та інтересів (ч. 2 ст. 16 ЦК України)
відновлення становища, яке існувало до порушення прав та законних інтересів суб'єктів господарювання	відновлення становища, яке існувало до порушення
припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення	припинення дії, яка порушує право
присудження до виконання обов'язку в натурі	примусове виконання обов'язку в натурі
відшкодування збитків	відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди
застосування штрафних санкцій	
застосування оперативно-господарських санкцій	
застосування адміністративно-господарських санкцій	зміна правовідношення; припинення правовідношення
установлення, зміни і припинення господарських правовідносин	суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом
іншими способами, передбаченими законом	

Єдиним способом захисту цивільних прав та інтересів, який не має відповідника серед способів захисту прав суб'єктів господарювання, закріплених у ч. 2 ст. 20 ГК України, є відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Тим дивнішою видається норма ст. 225 ГК України, згідно з якою до складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включається матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом. Як приклад такого випадку можна навести відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок недоліків продукції (дефекту продукції), передбачене п. 5 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів» як право споживачів. З огляду на те, що ч. 2 ст. 20 ГК України встановлює способи захисту прав не лише суб'єктів господарювання, а й споживачів, слід доповнити її таким способом, як відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Загалом же напрям ГК України в бік захисту майнових прав відповідає основному змісту господарських відносин та пояснюється значним відсотком майнових спорів серед усіх спорів у сфері господарювання.

Іншим важливим аспектом захисту прав сторін підприємницьких відносин є форма захисту. Вони обумовлюються, перш за все, особли-

востями того чи іншого способу захисту, який підприємець може обирати, коли його права порушуються або оспорується. Наприклад, визнання права саме по собі ще не свідчить, що права особи захищено. Це визнання має здійснюватися спеціально уповноваженим суб'єктом або у спеціально визначеній формі. Тобто йдеться, перш за все, про юрисдикційні форми вирішення підприємницьких спорів.

Процесуальна (процедурна) форма захисту відіграє важливу роль у механізмі захисту цивільних прав. Саме форма захисту зумовлює вибір особою, яка захищається, конкретного суб'єкта, який забезпечує захист, а відповідно, і вибір процедури, властивої правозахисній діяльності даного суб'єкта, сукупність засобів і способів захисту, властивих для кожної форми захисту [34, с. 302].

Згідно зі ст. 1 Господарського процесуального кодексу України підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звертатися до господарського суду згідно з встановленою підвідомчістю господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття передбачених цим Кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням.

Однак, як зазначалося вище, в Україні господарський процес, навіть попри його певну спрощеність порівняно з цивільним, є надто тривалим у часі, що для підприємців є неприйнятним з огляду на динамізм підприємницького обороту. Тому і вітчизняна підприємницька практика виробила або запозичила низку форм вирішення підприємницьких спорів, таких як арбітраж, третейський розгляд.

Нині в Україні діє Закон «Про міжнародний комерційний арбітраж», в преамбулі якого визначено, що він виходить з визнання корисності арбітражу (третейського суду) як методу, що широко застосовується для вирішення спорів, які виникають у сфері міжнародної торгівлі, і необхідності комплексного врегулювання міжнародного комерційного арбітражу в законодавчому порядку; враховує положення про такий арбітраж, які є в міжнародних договорах України, а також типовому законі, прийнятому в 1985 р. Комісією ООН з права міжнародної торгівлі і схваленому Генеральною Асамблеєю ООН для можливого використання державами у своєму законодавстві. Згідно з ч. 2 ст. 1 цього Закону до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

- спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном;
- спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою,

спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України.

Термін «комерційний» тлумачиться в цьому Законі широко і охоплює питання, що випливають з усіх відносин торгового характеру — як договірних, так і недоговірних. Відносини торгового характеру включають такі угоди, не обмежуючись ними: будь-які торгові угоди про поставку товарів або надання послуг чи обмін товарами або послугами; угоди про розподіл, торгове представництво; факторні операції; лізинг; інжиніринг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; купівля-продаж ліцензій; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування; угоди про експлуатацію або концесії; спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва; перевезення товарів та пасажирів повітрям, морем, залізничними та автомобільними шляхами.

Статтю 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» визначено, що арбітраж — це будь-який арбітраж (третейський суд) незалежно від того, чи утворюється він спеціально для розгляду окремої справи, чи здійснюється постійно діючою арбітражною установою, зокрема Міжнародним комерційним арбітражним судом або Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України. Третейський суд при цьому визначається як одноособовий арбітр або колегія арбітрів. Очевидно, що в цьому Законі терміни «арбітражний суд» та «третейський суд» вживаються як синоніми.

Однак в Україні також діє Закон «Про третейські суди», який регулює порядок утворення та діяльності третейських судів в Україні та встановлює вимоги щодо третейського розгляду з метою захисту майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів фізичних та юридичних осіб. До третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що виникає з цивільних та господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом. У цьому Законі третейський суд визначається як недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та юридичних осіб у порядку, встановленому цим Законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин.

Отже, правова природа міжнародного комерційного арбітражу та третейського суду в розумінні Закону України «Про третейські суди» є подібною: законодавець закріплює право суб'єктів приватних правовідносин передавати свій спір на вирішення недержавного органу, обраного ними або утвореного за їх рішенням спеціально для вирішення спору. Однак міжнародний комерційний арбітраж характеризується більш вузькою спеціалізацією: вирішення комерційних спорів з міжнародним елементом. Тому видається за можливе об'єднання законів про міжнародний арбітраж та третейські суди в єдиний законодавчий акт, який би

врахував певні особливості вирішення комерційних спорів з міжнародним елементом.

У доктрині виділяють, як правило, три основні методи, якими можуть вирішуватись договірні спори: судовий процес, арбітраж та процедури альтернативного вирішення спорів (АВС). Під судовим процесом розуміється звернення до суду, створеного відповідно до закону. Арбітраж — це добровільне підпорядкування спору не суду, а особі або арбітражній установі, обраній сторонами або призначеній третьою стороною, яку вони обрали для цього.

З огляду на недосконалість юрисдикційних форм захисту суб'єктивних цивільних прав, у тому числі прав суб'єктів підприємницької діяльності, у всьому світі стали розвиватись альтернативні способи вирішення спорів, серед яких одним з найпопулярніших є медіація. Як зауважує О. Чейз, в останні десятиліття ХХ ст. ми стали свідками розквіту способів регулювання спорів, альтернативних правосуддю, яке здійснюється державними судами, підконтрольними державі, що знаходяться на її бюджетному фінансуванні. Розвиток позасудових форм вирішення спорів не призупинився і на початку нового століття [342, с. 41—42].

АВС є процесом, у якому третя сторона запрошується сторонами суперечки з метою вирішення спору миром та без юридично обов'язкового вирішення. АВС може набувати різних форм, включаючи медіацію (найбільш поширена форма), примирні процедури та міні-розгляд. Перші два види часто використовуються взаємозамінно, і відрізняють їх один від одного ті, хто працює у цій сфері, за критерієм ролі посередника, обраного для допомоги сторонам у вирішенні спору. Розрізняють вільну медіацію, в якій роль медіатора полягає у допомозі сторонам досягнути їхньої власної згоди без вираження поглядів чи розсуду медіатора, і оціночну медіацію, у якій у медіатора запитується думка, якій можуть слідувати сторони. Міні-розгляд доповнює медіацію. У ньому юристи або інші консультанти кожної із сторін викладають свою «коротку» позицію у справі колегії, яка складається з високих керівників клієнта та протилежної сторони. Процедура може здійснюватись без участі нейтральної особи, але, зазвичай, вона є більш ефективною, якщо справа розглядається під керівництвом кваліфікованої третьої сторони. Міні-розгляд може більшою мірою створити враження судового засідання, аніж медіація, та надає більше можливостей для оцінки показань ключових свідків [353, с. 361].

Як зазначають російські автори, сучасна практика в Росії та за кордоном свідчить, що лише незначна кількість підприємців здійснює посправжньому усвідомлений вибір процедури врегулювання спорів, що нерідко є причиною невиправданих витрат та не відповідає потребам підприємця [145, с. VIII].

Питання альтернативних способів вирішення комерційних спорів актуалізувалося з поглибленням розуміння неадекватності витрат часу та

коштів на судовий розгляд комерційних спорів результатам такого розгляду. Так, згідно з оцінками англійської організації, яка спеціалізується на організації медіативного врегулювання комерційних спорів, британські компанії витрачають понад 33 млрд фунтів щороку на вирішення конфліктів. При цьому 80% спорів суттєво впливають на нормальне функціонування бізнесу і на вирішення спорів, предмет яких становить понад 1 млн фунтів, витрачається понад три роки робочого часу менеджерів [1]. Проведене нідерландським Фондом альтернативного вирішення спорів бізнес-товариства дослідження виявило, що за період діяльності товариства з квітня 1998 р. по грудень 2004 р. до АВС для проведення медіації було передано всього 173 справи, з них медіація була фактично проведена по 88% спорів. З них у 77 випадках медіація завершилась успішно. Середня сума, яка була предметом спору, складала 4,5 млн євро, а середня величина витрат сторін на врегулювання спору сягала 3000 євро [355, с. 39].

Натомість понад 50% опитаних адвокатів, які брали участь у медіативному врегулюванні спорів у країнах ЄС, зазначають, що середній час від ініціювання медіації до її завершення складає 40 днів. Так само оцінили тривалість медіації 38% опитаних представників корпорацій [23, с. 29].

В 70-х роках минулого століття американська система правосуддя переживала справжню кризу: фантастичні суми судових витрат, які ніким не відшкодовувались, включно з адвокатськими гонорарами; неймовірно тривалі строки судового розгляду та ціла низка інших негативних факторів, типових для багатьох країн загального права, паралізували судову систему США. У 1976 р. на конференції, яка проходила у Міннесоті, професор Франк Сендер оприлюднив концепцію multi-door court-house — «суду з багатьма дверима». Покладена у її основу ідея полягала у зміні підходу до організації правосуддя і створенні судів нового типу. У них громадянам пропонувалася окрім звичного судового розгляду, альтернатива з кількох варіантів вирішення спорів, у тому числі медіація та інші примирні процедури. Концепція відображає так званий інституціональний підхід до вирішення спорів, де за організацію різних видів процедур відповідає безпосередньо державний суд [28, с. 39].

У середині 80-х років ХХ ст. соціолог Фрік Бруінсма опублікував результати опитування учасників судових процесів, у справах яких Верховним Судом Нідерландів було прийнято рішення, які стали віхою судової практики. З'ясувалося, що навіть у тих випадках, коли Верховний Суд сприйняв доводи сторони, яка подала скаргу, рішення вже не мало жодної цінності, тому що було втрачено час, або витрати, які спричинив судовий розгляд, вже призвели до банкрутства. Крім того, складалося враження, що суди часто не мали достатньо інструментів, які б давали змогу з'ясувати суть проблеми. Беручи до уваги те, що основна ідея медіації полягає якраз у наданні сторонам можливості самим вирішувати

їх спір, невелика група практикуючих юристів та науковців почали шукати нові ідеї у практиці США та Великої Британії та, зрештою, створили Нідерландський інститут медіації (NMI). Ініціатори від самого початку намагалися взаємодіяти з державою, що призвело до активного обміну ідеями та поглядами. Створення NMI стало поштовхом для уряду, зокрема для Міністерства юстиції, до застосування медіації. Міністерство юстиції зацікавилось розвитком медіації, оскільки побачило в цьому можливість знизити надмірне судове навантаження і при цьому розширити для громадян і організацій коло можливостей отримати доступ до правосуддя якщо не через суд, то у приватному порядку через процедуру медіації [355, с. 33—34].

Наприклад, у Німеччині протягом останнього десятиліття спостерігається тенденція відходу від традиційного звернення за захистом до судової системи на користь процедур альтернативного вирішення спорів (АВС). Попри те, що на сучасному етапі як адвокати, так і комерційні підприємства задоволені ефективністю національного судочинства, останніми роками увага дедалі більше концентрується на медіації як способі вирішення спорів [83, с. 1]. Така ситуація має багато спільного з ситуацією в Україні. Адже господарське судочинство в нашій державі залишається відносно маловитратним як з точки зору судових витрат, так і з точки зору оперативності. Однак, на відміну від Німеччини, найважливішим аспектом, який в Україні, на жаль, стимулює сьогодні звернення до альтернативних способів узгодження розбіжностей між суб'єктами підприємницьких відносин, є недовіра до судової системи загалом та конкретних суддів. Адже в умовах тотальної інформатизації відомості про несправедливі, незаконні рішення тих чи інших суддів є широко доступними. Однак автоматичний розподіл справ у судах не дає можливості уникнути розгляду справи небажаним суддею. Натомість уникнути цього можна звернувшись до авторитетної особи або установи за вирішенням або сприянням у вирішенні підприємницького спору, якими є медіатори, арбітражні чи третейські суди.

Недоліки одних видів АВС та переваги інших стимулювали утворення комбінованих форм вирішення комерційних спорів. Так, неможливість надання медіативній угоді ознак примусової виконуваності та обов'язковий характер рішень арбітражних установ сприяли виникненню такої форми, як *med/arb*.

Med/arb — це коротка назва гібридної процедури, яка виникає, коли виникає потреба у медіаторі як арбітрі між сторонами, або у арбітрі як медіаторі. Арбітраж є формальним процесом, який регулюється положеннями закону на підставі наданих сторонами фактів, доведених показаннями свідків і документальними доказами. Попередні тісні відносини між арбітром та адвокатом є неприйнятними через можливий конфлікт інтересів. Не дозволяються контакти арбітра з однією із сторін. В арбітражі на виході маємо *win-lose*-рішення: одна сторона виграє, ін-

ша програє. Арбітражні акти є рішеннями, які мають обов'язковий характер. Медіація, натомість, є неформалізованим процесом. Попередні стосунки між учасниками процедури можуть сприяти більш гладкому перебігу цього процесу. Односторонні контакти не лише не забороняються, вони є відмінною ознакою процесу. В ході медіації посередник почергово зустрічається з кожним учасником окремо, займається «човниковою дипломатією», працюючи з кожною стороною доти, доки не буде досягнуто згоди. Правова оцінка обставин спору медіатором може бути релевантною, але вона є лише одним із факторів. Посередництво полягає у нейтральній діяльності медіатора, яка повинна сприяти віднайденню основних потреб та інтересів сторін з метою напрацювання обопільного рішення. Результатом є не win-lose-рішення, а рішення «can live with — can live with» (дослівно: «можна з цим жити». — В. М.). На відміну від арбітражу, сторони в медіації самі визначають результат.

Інтегрування медіації в арбітражне (третейське) вирішення комерційних спорів загалом має певні законодавчі підстави в Україні. Так, сприяння сторонам у досягненні ними мирової угоди на будь-якій стадії третейського розгляду є одним із принципів створення та діяльності третейського суду, закріпленим у ст. 4 Закону України «Про третейські суди». Статтею 33 цього Закону визначено, що третейський суд на початку розгляду повинен з'ясувати у сторін можливість закінчити справу мировою угодою та у подальшому сприяти вирішенню спору шляхом укладення мирової угоди на усіх стадіях процесу. Сторони мають право закінчити справу укладенням мирової угоди як до початку третейського розгляду, так і на будь-якій його стадії, до прийняття рішення. За клопотанням сторін третейський суд приймає рішення про затвердження мирової угоди. Мирова угода може стосуватися лише прав і обов'язків сторін щодо предмета спору. Зміст мирової угоди викладається безпосередньо в рішенні третейського суду. Однак Законом не передбачено детального регулювання третейського розгляду, у зв'язку з чим і не передбачено процесуальних механізмів забезпечення виходу сторін спору в медіацію для підготовки мирової угоди. Процедура третейського розгляду визначається регламентами третейських судів. Наприклад, Регламентом постійнодіючого Третейського суду при ВГО «Всеукраїнський фінансовий союз» [274] закріплено право суду зупинити третейський розгляд. Однак у відповідному переліку не передбачено випадку права суду зупинити третейський розгляд на час проведення сторонами переговорів щодо мирного вирішення спору, в тому числі — на час медіації. Передбачено лише право третейського суду зупинити розгляд в інших (окрім прямо передбачених) випадках, коли він вважатиме за необхідне зупинити третейський розгляд справи у зв'язку з неможливістю її розгляду. Очевидно, що бажання сторін звернутись до медіації не є перешкодою для розгляду справи, отже, і не може бути підставою для зупинення третейського розгляду. Це значно обмежує можливості сторін щодо застосуван-

ня сторонами процедур АВС для підготовки мирової угоди, яка б затверджувалася третейським судом.

Натомість ст. 44 Регламенту Третейського суду при Асоціації «Європейська економічна палата» передбачено, що на прохання будь-якої із сторін або з власної ініціативи Третейський суд може за наявності на те вагомих підстав зупинити розгляд у справі на певний строк, але не більше ніж на один рік [275].

Отже, Закон України «Про третейські суди» [129] надає засновникам таких інституцій можливість вільно вирішувати питання інтеграції медіаційних процедур до третейського розгляду.

МКАС. Процедура *med/arb* може відбуватися кількома способами:

- 1) сторони погоджуються у розвиток медіації, що коли деякі або усі питання не можуть бути вирішеними, медіатор діятиме як арбітр;
- 2) сторони просять під час медіації, щоб медіатор діяв як арбітр щодо кількох або усіх питань, які не вирішено;
- 3) арбітр пропонує сторонам до або під час арбітражу свої послуги як медіатора у спорі.

Основними перевагами тут є те, що ефективно використовується ресурс АВС. Сторони та адвокат вже обрали нейтральну особу, якій вони довіряють і при переході до медіації сторони, найімовірніше, досягнуть кінцевого результату, з яким погодяться. При переході до арбітражу вони знатимуть, що повинні проявляти належну обачність при роботі над угодою [16, с. 36—37]. Можливість зміни ролі медіатора на арбітра повинна стимулювати сторони до досягнення угоди на стадії медіації.

Цікаво, що саме психологічний аспект дуже важливий при виборі тієї чи іншої форми вирішення комерційного конфлікту. У результаті відповідних досліджень було виявлено такі обставини, що перешкоджають послідовному застосуванню процедур АВС у Німеччині:

- брак реальної інформації про АВС;
- брак практичного досвіду застосування процедур АВС;
- видима ефективність німецької судової системи;
- організаційні і психологічні обмеження в компаніях (наприклад, небажання керівника брати на себе особисту відповідальність за неоптимальні для своєї компанії результати медіації, тоді як при програвшій справі у суді завжди можна в цьому «звинуватити суддю»);
- відсутність структурованих процесів управління спорами в процедурі медіації [72, с. 238].

Деякі з цих перепон можна усувати методами запровадження відповідних правових гарантій, закріплення правових наслідків АВС тощо. Хоча у Німеччині немає спеціальних норм, які регулюють процедуру, що об'єднує третейський розгляд та медіацію, однак третейські судді (арбітри) дедалі частіше беруть до уваги можливості «виходу в медіацію» і проведення примирної процедури в рамках третейського розгляду. Проведення примирення в суді або третейському суді в Німеччині є дав-

ньою традицією. Відповідно до § 1053 ЦПК Німеччини сторони можуть оформити таку угоду у вигляді рішення третейського суду, яке включає прийняті сторонами умови. Наприклад, деякі положення правил, виданих Німецьким арбітражним інститутом, сформульовано так, щоб спонукати сторони використовувати можливості мирного вирішення спорів у процесі вирішення справи третейським судом [72, с. 21—22].

Отже, в наступних підрозділах цього дослідження необхідно сформулювати основні напрями законодавчого запровадження процедур альтернативного вирішення комерційних спорів, ґрунтуючись на зарубіжному досвіді правового регулювання процедур АВС та практиці їх застосування.

Одна з ознак таких альтернативних способів вирішення спорів — неформалізованість їх процедур, принаймні порівняно з суворо формальним державним правосуддям. Ця особливість стала предметом детального дослідження з боку процесуалістів; дехто з них бачить лише її позитивні сторони, дехто критикує, та більшість виділяють як її переваги, так і недоліки. Причому будь-яка дискусія, яка стосується вибору формальних або неформальних процедур вирішення спорів, стикається з неможливістю чіткого розділення способів вирішення спорів виключно на дві категорії. Складність розподілу формальних і неформальних процедур полягає у тому, що формальних та неформальних процедур у чистому вигляді вже не існує, оскільки вони мають тенденцію запозичувати одна в одній окремі процедури. Виразним прикладом цього є кримінальне судочинство в США. Норми кримінального процесуального законодавства суворо формальні та імперативні. Але на практиці близько 90% їх вирішуються шляхом угод між звинуваченим і прокурором. Ці переговори, по суті своїй, — вкрай неформальний процес. Водночас у сфері альтернативних способів вирішення спорів можна знайти приклади зазначення формальних процедур. Так, комерційний арбітраж значною мірою характеризується достатньо формальними процедурами, які, зазвичай, асоціюються з класичним правосуддям. Навіть медіація, яку розглядають як процедуру менш формальну, ніж арбітраж, може бути формалізована за допомогою окремих норм [342, с. 42]. Спроби формалізації медіативних процедур в Україні, в тому числі шляхом прийняття відповідних законів, будуть розглянуті нижче.

5.2. Медіація як спосіб врегулювання розбіжностей, що виникають між підприємцями у зв'язку зі здійсненням ними комерційної діяльності

Одним із постулатів успішної підприємницької діяльності є швидкий та безперервний оборот товарів та капіталів. Підприємці зацікавлені якнайшвидше продати товар чи послугу, які вони пропонують на

ринку, та якнайшвидше отримати за це належну плату. Підприємницька діяльність опосередковується рядом договорів, виконання яких, зазвичай, не викликає проблем у підприємців. Однак коли у сторін підприємницького договору виникають суперечки щодо його виконання, вони мають, як правило, кілька шляхів їхнього вирішення. Це може бути і звернення до суду відповідної юрисдикції, і звернення до арбітражу чи третейського суду тощо. Існують і менш конфліктні форми захисту прав, які застосовуються суб'єктами підприємницької діяльності: безпосередні переговори сторін та переговори за участю посередника.

Відомий російський дослідник теорії та практики комерційної медіації В. О. Аболонін зауважує, що досить спірною є думка деяких вчених стосовно тисячолітньої історії медіації та стосовно того, що практика медіації існувала завжди і у всіх країнах. Адже важливо розрізняти медіацію та просте посередництво у спорі. *Медіація у її сучасному розумінні — це процедура, в якій медіатор, не маючи права вирішення спору, за допомогою комунікативних технік сприяє сторонам у ефективному проведенні переговорів і допомагає їм напрацювати рішення, яке відповідає їхнім інтересам.* Таким чином, не можуть розглядатись як медіація переговори або будь-які інші процедури, в яких посередник, користуючись особливим авторитетом або повагою сторін, схиляє їх до примирення (наприклад, умовляє «забути образ», «пробачити» борг або його частину, відмовившись частково або повністю від своїх вимог на шкоду своїм інтересам). Подібний варіант примирення пов'язаний з компромісом, добровільною відмовою та самообмеженням, в той час як медіація має найти рішення, яке не обмежує, а відповідає інтересам і потребам обох сторін [29, с. 57].

Подібної думки притримують і голландські вчені Р. Яхтенберг та А. де Роо, які розглядають медіацію у широкому та вузькому розумінні. На їхню думку, медіація у широкому сенсі, в якому вона розумілась до цього часу, застосовувалась у Нідерландах протягом багатьох століть, хоча і мала різні голландські назви — *bemiddeling*, *versioning*, *conciliatie* або (іноді) *comparitie*. Як правило, ці способи вирішення спорів практикувались суддями, представниками міської адміністрації або іншими посадовими особами у своїх відомствах як додаткова діяльність. При цьому представники влади спирались, як правило, на свій життєвий досвід та авторитет. У цьому і полягає суттєва відмінність медіації в її сучасному спеціальному розумінні [355, с. 30].

Відповідно до загальноприйнятого розуміння, яке отримало закріплення у ст. 1 Закону Німеччини про медіацію, медіація розуміється як конфіденційний і структурований процес, в якому сторони спору за допомогою одного або кількох посередників добровільно і самостійно досягають мирного врегулювання їхнього спору [7]. Проведенню процедури сприяє незалежна і безстороння особа, яка називається медіатором і допомагає сторонам у напрацюванні рішення по суті спору. Право

прийняття конкретного рішення залишається у сторін — учасниць конфлікту. Мета процедури медіації полягає у складанні угоди, основаної на інтересах учасників конфлікту і тому прийнятної для них (концепція «win-win»). Медіатор повинен допомагати сторонам у досягненні взаєморозуміння, знайти справжню причину розбіжностей і запропонувати шлях вирішення спору [83, с. 4].

Успішна медіація представляє собою ситуацію взаємного виграшу («win-win-situation») як для сторін, так і для юристів. Сторони задоволені не лише швидкими результатами, а й самою процедурою медіації. Вони приймають життєздатне рішення з урахуванням економічної ситуації. Сторони можуть підтримувати ділові відносини, не обтяжені розглядом — можливо, безкінечним — справи у суді. До того ж, що добре для сторін, те добре і для їхніх юристів, оскільки допомагає їм побудувати довготривалі відносини з клієнтами, для яких їм вдалося знайти швидко за строками та ефективно за вартістю рішення за допомогою медіації [53].

Процес розвитку та популяризації медіативного способу врегулювання правових спорів розпочався з національних правових систем держав, де підприємницькі відносини є добре розвинутими, становлять основу економічного ладу, а тому є визначальними у напрямках розвитку права. В умовах глобалізації, коли підприємницькі відносини дедалі більше набувають характеру міжнародних приватних відносин, питання медіації віднайшли своє відображення у міжнародних актах, розробках міжнародних організацій.

Так, на 35-й сесії Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) було прийнято проект типового закону про міжнародну комерційну узгоджувальну процедуру [312], який є збірником положень про переговори з урегулювання комерційних спорів за участю посередника, рекомендованих для включення їх у національне законодавство. Як зазначено у п. 7 керівництва з прийняття та застосування Типового закону про міжнародну комерційну узгоджувальну процедуру, на практиці процедури, у рамках яких третя особа надає сторонам у спорі допомогу з його врегулювання, називають різноманітними термінами, такими як: узгоджувальні процедури, медіація, нейтральна оцінка, міні-розгляд тощо [285].

Акт, що стосується уніфікації правового регулювання медіації, прийнято і в ЄС. Це Директива 2008/52/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 21.05.2008 р. про деякі аспекти медіації у цивільних і комерційних спорах. У п. 13 Директиви передбачено, що медіація є вільним процесом у розумінні того, що сторони самі відповідальні за процес медіації і можуть організувати його та припинити будь-коли. Однак допускається встановлення судом часових меж медіації згідно з національним законодавством. Більше того, суди можуть звертати увагу сторін на можливість медіації, якщо це доцільно [88].

Розуміння медіації як єдиного та універсального способу врегулювання різних видів спорів поступово відходить у минуле. Про це красномовно свідчить сучасна зарубіжна практика, де дедалі чіткішим стає процес «спеціалізації» і виділення окремих видів медіації [145, с. V]. Практика виробила поділ медіації на судову та позасудову. Обидва ці види медіації хоч і мають багато спільного, проте відрізняються потребами у їх законодавчому регулюванні, більшою чи меншою мірою добровільності вступу в медіативну процедуру тощо. Так, якщо позасудова медіація передбачає більший рівень свободи сторін щодо її застосування при виникненні спорів, достатньо передбачити у законодавстві значення відповідних медіативних застережень у договорах та наслідки їх недодержання. Однак запровадження надто жорстких санкцій за ухиляння від процедур медіації, коли такий спосіб вирішення договірних спорів передбачено відповідним застереженням у контракті, певною мірою суперечило б добровільній природі медіації. Адже в цій процедурі позитивний результат залежить саме від доброї волі сторін у досягненні компромісу чи навіть взаємовигідного вирішення. Коли ж сторона спору вступає в медіацію виключно під загрозою настання тих чи інших несприятливих наслідків, вона не буде належним чином взаємодіяти з посередником, що знизить ефективність процедури, а в ширших масштабах — негативно впливатиме на загальну привабливість альтернативних способів вирішення спорів.

Деякі автори виділяють такий вид медіації, як медіація в рамках арбітражного розгляду — так звана *med/arb*-процедура. Однак віднесення цієї процедури до видів медіації або, власне, до арбітражного розгляду потребує певної аргументації. З огляду на виокремлення судової та позасудової медіації можна стверджувати, що можливість проведення медіації в рамках іншого процесу чи інших процедур дає підстави для виділення відповідного виду медіації. Таким чином, медіацію в рамках арбітражного розгляду спору можна розглядати як вид медіації в її загальному розумінні. Проте логіка поділу на судову та позасудову медіацію дає підстави для виділення лише двох видів медіації — судової та позасудової. В свою чергу, *med/arb*-процедура може розглядатися як підвид позасудової медіації.

Медіацію також можна поділяти на інституціональну та неінституціональну. Інституціональна комерційна медіація високо професіоналізована. У ній застосовуються встановлені правила та кодекс поведінки медіатора. Самі медіатори добре підготовлені і мають відповідні знання та досвід. Неінституціональна комерційна медіація у своїй основі спирається на приватну комерційну медіацію, яка здійснюється нейтральною третьою особою поза правилами, встановленими центрами медіації [341, с. 50, 58].

Судова медіація у КНР, зазвичай, включає в себе дві різні процедури: медіацію, яка проводиться в період до судового розгляду, та судову

посередництво. Перший вид процедури відбувається на підготовчій стадії процесу. Зазвичай вона проводиться суддею або службовцем суду. Не допускається проведення процедури медіації суддею, який розглядає справу. Судове посередництво здійснюється після переходу справи зі стадії підготовки до суду, який здійснює розгляд по суті. У процесі судового посередництва суддя, який безпосередньо розглядає справу, виступає у ролі судового посередника. Якщо процедура закінчиться безуспішно, той самий суддя продовжує розглядати справу по суті [341, с. 61]. Такий підхід виглядає дещо суперечливим. Адже медіація по своїй природі є інститутом приватноправовим, який ґрунтується на вільному волевиявленні сторін спору як у зверненні до такого виду врегулювання спору, так і при виборі посередника. І якщо практика стимулювання звернення до послуг посередника засобами, наприклад, регулювання розподілу судових витрат відома й іншим країнам, то обмеження сторін у виборі медіатора та залучення у цій якості судді є явищем непоширеним. Залучення судді до медіативної процедури може ставити під питання його неупередженість при подальшому судовому розгляді справи, якщо сторони не врегулюють спір у медіації. Адже будучи посередником, суддя може отримувати від сторін конфіденційну інформацію, яка сприятиме досягненню згоди у переговорах, але не буде надана в судові засідання. Якщо ж така інформація буде приховуватись сторонами, медіація втратить свої переваги та призводитиме, переважно, до затягування справи, що для комерційних спорів є категорично неприйнятним.

Важливе значення для збереження подальших можливостей вирішення спору має вплив звернення сторін спору до медіативної процедури на перебіг строків позовної давності. Необхідно забезпечити зупинення перебігу строків позовної давності на час медіації. Це стане запобіжним заходом проти використання медіації з метою затягування вирішення конфлікту до моменту, коли спір не може бути переданий до суду. Водночас не слід пов'язувати зі вступом сторін у медіацію переривання позовної давності, оскільки це може негативно сприйматись боржником, для якого психологічно складно буде повертатись до початку перебігу позовної давності через вступ до процедури медіації.

Існує також потреба у закріпленні гарантій збереження конфіденційності інформації, розкритої сторонами у ході медіації. Адже на відміну від судового розгляду, в ході медіації сторони не обмежені виключно предметом спору, а можуть знаходити взаємовигідний варіант, спрямований на перспективу подальшої співпраці. Тому сторони зацікавлені дещо більшою мірою розкривати інформацію, пропонуючи нові варіанти врегулювання розбіжностей. Однак перспектива використання протилежною стороною одержаної інформації у можливному судовому процесі може стримувати сторони в пошуку прийнятних рішень. Тому учасників медіації слід захистити як від неправомірного розголошення інформації третім особам, так і від використання одержаних даних у можливному

судовому процесі. У першому випадку це можна зробити підписанням зобов'язання про конфіденційність до початку медіації, а у другому — закріпленням процесуальних норм, які обмежать можливість обґрунтування своїх позовних вимог посиланням на дані, одержані у ході медіації.

Іншим надзвичайно важливим аспектом позасудової медіації, який потребує чіткого правового регулювання, є надання домовленостям, прийнятим за результатами медіації, характеру виконуваності. І хоча такі домовленості переважно виконуються сторонами добровільно, оскільки мають позитивні для обох сторін аспекти, сама можливість застосування примусового виконання позитивно впливатиме на рівень привабливості цього виду АВС.

Судова медіація передбачає, перш за все, процесуально-правове регулювання. Окрім вказаних вище основних аспектів медіації, які потребують правового регулювання, у процесуальних кодексах слід визначити порядок направлення справи на врегулювання до посередника, визначення вимог до відповідних судових рішень, які визначають перебіг процесу, доповнення підстав для оголошення перерви, відкладення судового розгляду.

З огляду на можливості медіації значно ширше, аніж у межах предмета позову, врегулювати розбіжності, слід визначитись, чи може закріплюватись судом як мирова угода домовленість, укладена сторонами за результатом судової медіації, якщо вона виходить за межі предмета позову.

Результативне використання сторонами конфлікту судової медіації повинно стимулюватись такими методами, як зменшення розміру судових витрат, в тому числі й економія часу.

У період, коли комерційна медіація, тобто медіація, метою якої є урегулювання розбіжностей, що виникають із підприємницьких відносин, знаходиться в Україні буквально у зародковому стані, важливим завданням є вироблення розуміння її сутності, потреби в ній за сучасного рівня доступності судочинства, в тому числі і рівня судових витрат, адекватності судочинства вимогам підприємницького обороту, допустимості медіативного вирішення спорів за сучасного нормативно-правового регулювання підприємницьких відносин та відносин у сфері вирішення підприємницьких спорів, наявності правових інститутів, які уможливають добровільне виконання досягнутих у ході переговорів домовленостей (це можуть бути і норми публічного права, наприклад податкового), а також можливість примусового виконання таких домовленостей, розробка нормативно-правових актів, які забезпечать правову основу медіативних процедур та впровадження їх результатів.

Передумовою розробки та ухвалення Закону Німеччини про медіацію було припущення про те, що він повинен посилити інтенсивність застосування медіації в усіх сферах юридичної діяльності. Обидва види медіації — судова і позасудова — повинні отримати відповідну правову

підтримку. До того ж, необхідно усунути недоліки в регулюванні питання про конфіденційність сторін і врегулювання механізму примусового виконання домовленостей, досягнутих у ході медіації [83, с. 13].

Попри всесвітнє визнання англійських судів як хорошого форуму для вирішення комерційних спорів, процесуальне право Англії не стоїть на місці, а продовжує удосконалюватись. Починаючи з 1998 р. в цій країні пройшли, як мінімум, три великі реформи процесуального права. Так, у 1998 р. завершилась перша реформа, відома як «реформа Вульфа» (за іменем лорда Вульфа), яка полягала у глобальному перегляді усього процесуального права та прийнятті Правил цивільного судочинства (далі — ПЦС) з метою зробити судочинство доступнішим, змінити культуру судового розгляду в Англії. У 2005 р. було прийнято Закон про конституційну реформу, в результаті якого було створено Верховний Суд, який замінив собою Апеляційний комітет палати лордів [331, с. XII]. Правила цивільного судочинства, які набули чинності 26 квітня 1999 р., передбачали, що суди повинні сприяти застосуванню альтернативних способів вирішення спорів (серед яких і звернення до посередника) у справах, коли це доцільно. Закон не зобов'язує сторони звертатись до посередника. Разом з тим, Апеляційним судом було прийнято кілька рішень, згідно з якими сторона, що виграла у процесі судового розгляду, не отримує відшкодування судових витрат, якщо вона проігнорувала вимогу або рекомендацію суду звернутись до медіації [55, с. 20]. Таким чином, медіація в деяких країнах почала набувати ознак обов'язкової форми.

З першого січня 2000 р. федеральний законодавець увів у дію § 15a Ввідного закону до ЦПК Німеччини. Згідно з новими правилами федеральні землі отримали повноваження запроваджувати примирні процедури для цивільних справ з ціною позову до 750 євро і деяких інших категорій спорів, наприклад між сусідами. Крім того, на федеральному рівні було внесено поправку до норми ЦПК Німеччини, яка надала судам повноваження направляти справу для врегулювання у порядку АВС за наявності згоди сторін конфлікту (абз. 6 ст. 278 ЦПК Німеччини). Більше того, Міністерство юстиції Нижньої Саксонії ініціювало проведення на базі деяких судів пілотного проекту з розвитку добровільної медіації. У рамках цього проекту судді передавали справи для проведення медіації спеціальним суддям-медіаторам, які не мали повноважень щодо вирішення конкретної справи. Програма, яка стартувала у січні 2003 р., досягла великого успіху. Коефіцієнт вирішених спорів у рамках цього виду судової медіації склав 79% [83, с. 2—3].

Однак німецькі автори, серед яких і вчені-процесуалісти, і юристи-практики, констатують скептичне ставлення німців до «імпортованої американської моделі, котра, як вважають, не потрібна у Німеччині через відмінності у вирішенні спорів». Застосування § 15a Ввідного закону до ЦПК Німеччини спричинило появу серед населення думки, що

процедура медіації менш важлива порівняно з судовим розглядом (тому що обов'язкова у «малолітніх» справах). Такого роду уявлення зводять нанівець зусилля посередників з досудового регулювання конфлікту. Дійсно, якщо і запроваджувати медіацію, то це слід робити на добровільній основі, роз'яснюючи переваги цього засобу правового захисту, пропагуючи його, демонструючи успішні результати тощо [56, с. 69].

Застереження про проведення медіації дедалі частіше трапляються у комерційних договорах. При цьому в них або робиться вказівка саме на організацію, яка надає послуги з проведення процедури медіації, або на обов'язковість проведення самої процедури перед зверненням до суду чи арбітражу. Хоча стабільної судової практики поки що не склалося, Верховний Суд Німеччини у своїх рішеннях зазначає, що встановлення у договорі положення про проведення процедури медіації є попередньою відмовою від звернення до суду, за умови, що це положення не є частиною договору приєднання [83, с. 6].

Звичайну договірну умову про багатоетапну АВС-медіацію Р. Дендорфер пропонує формулювати так:

«Будь-який спір, розбіжності або позов, що виникають з договору або пов'язані з ним, або подальші зміни договору, включаючи без будь-яких обмежень складання, дійсність, обов'язковість, тлумачення, виконання, порушення або сплив строку договору так само, як і позови з недоговірних зобов'язань, повинні бути передані для проведення процедури медіації відповідно до Правил.

Якщо такий спір, розбіжності або позов не було врегульовано шляхом проведення процедури медіації протягом 60 (90) днів з моменту початку медіації, на підставі запиту про проведення арбітражних слухань, подано-го будь-якою із сторін, він має бути переданим та остаточно вирішеним арбітражем відповідно до арбітражних правил» [83, с. 7].

Модельне медіаційне застереження, пропонуване Центром медіації Китайської ради по просуванню міжнародної торгівлі, формулюється так: *«Будь-який спір, що виникає з/або у зв'язку з Контрактом, повинен бути вирішений в Китайській раді по просуванню міжнародної торгівлі Китайської міжнародної торгової палати відповідно до правил медіації, які діють на момент подачі заявки про проведення процедури медіації. У разі якщо досягнуто угоди про мирне врегулювання спору, сторони повинні виконувати його умови»* [341, с. 52].

Стосовно вибору медіатора практика складається двома шляхами: це може бути звернення до постійно діючого медіатора або до медіатора ad hoc. Обраний медіатор постійно зв'язується зі сторонами до проведення медіаційної сесії, щоб узгодити її умови. Також є звичайною практика, що сторони і медіатор вирішують письмово оформити деякі важливі умови проведення примирних процедур, наприклад, конфіденційність, незалежність медіатора, місце і час проведення. Нейтральність медіатора, а також правові та етичні мотиви не дозволяють йому консультувати

сторони з правових питань, пов'язаних з медіацією, ні до, ні в процесі, ні після медіації. У комерційних спорах як медіаторів сторони часто обирають юристів, оскільки вирішення таких конфліктів, зазвичай, зачіпає і юридичні питання. Відповідно до § 18 Закону Німеччини про адвокатів медіація розуміється як частина кодексу професійної поведінки адвокатів. Якщо запропонований сторонам медіатор або його колеги, які працюють з ним в одній юридичній фірмі, були раніше залучені до справи, у якій призначається медіація, прохання про проведення медіації повинно бути відхилене з етичних міркувань [83, с. 8].

До обов'язків медіатора належить запропонувати сторонам перевірити кінцеву угоду фахівців, які не брали участі у процесі. Цей обов'язок вважається одним з основних, оскільки медіатор може не бути адвокатом або просто не мати юридичної освіти. Крім того, медіаторами, які не мають статусу адвоката, можуть бути порушені норми Закону про надання юридичних послуг, якщо вони дають консультації сторонам щодо правової сторони укладеної угоди. Окрім перевірки правових підстав може виникнути потреба у ревізії будь-яких технічних, психологічних, податкових і бухгалтерських питань [83, с. 16].

У Німеччині витрати на проведення процедури медіації розподіляються між сторонами. Виняток становить медіація у трудових спорах, в яких беруть участь працівники або виробничі ради. В таких випадках витрати, зазвичай, повністю бере на себе роботодавець. При проведенні медіації у комерційних спорах медіатори, як правило, беруть оплату відповідно до погодинної ставки, розмір якої змінюється від 150 до 450 євро на годину. Більшість страхових компаній покривають витрати на проведення медіації до певної суми. Однак медіація не належить до правової допомоги, тому витрати на неї не покриваються державою [83, с. 8].

Угода, яка укладається за результатами процедури медіації, є договором, виконання якого загалом не пов'язане з будь-якими юридичними формальностями, за винятком випадків необхідності залучення нотаріусів, наприклад при передачі акцій або купівлі землі. Як безпосередньо цивільно-правовий договір даний договір не може бути примусово виконаним. Існує кілька способів надання «виконуваності» цьому договору, в тому числі звернення до нотаріуса або суду для оформлення угоди як мирової (якщо справа знаходиться також на розгляді у суді), або оформлення угоди у вигляді рішення третейського суду, що включає всі його умови [83, с. 12].

Нині у Нідерландах сертифікованим медіаторам, які здійснюють свою діяльність у рамках організацій, що займаються проведенням приватної медіації, можуть передаватись спори з державних судів. Практично в усіх судах Нідерландів створено бюро, які ведуть списки сертифікованих медіаторів відповідного судового округу. Судді наділені повноваженнями вказувати сторонам на можливість звернутися до сер-

тифікованого медіатора та роз'яснювати переваги медіації як альтернативного варіанту врегулювання спору. Водночас слід зазначити, що рішення слідувати чи не слідувати пораді судді повинне бути добровільним рішенням сторін [355, с. 31].

На основі спеціальних положень про медіацію до ЦПК Німеччини було заплановано внесення деяких змін до процесуальних норм. Згідно з поправкою до § 253 (3) ЦПК Німеччини в позовній заяві до суду необхідно зазначати, що сторонами до пред'явлення позову здійснювались спроби вирішення спору шляхом медіації або існують обставини, за яких її проведення неможливе. Крім того, поправкою до § 278a ЦПК Німеччини повинні бути закріплені цілі проведення судової медіації, на час проведення якої слухання повинні бути відкладені. Якщо має місце судова медіація, сторони можуть самостійно обрати медіатора. Якщо медіатором є суддя, він має відповідати всім законодавчим вимогам, зокрема щодо збереження конфіденційності, розкриття сторонами відповідної інформації, а також проходження навчання. Відповідно до § 203 ЦК Німеччини строки давності перериваються також у випадках проведення медіації. Встановлені законом строки давності призупиняються з моменту початку переговорів, які проводяться сторонами за певним позовом або його окремими положеннями. Безумовно, до таких переговорів належить і процедура медіації. Вже саме обговорення сторонами можливості проведення медіації має тягнути за собою призупинення строку давності позовної вимоги. Перебіг строку поновлюється, якщо одна із сторін явно і однозначно відмовляється від участі в медіації або у випадку її закінчення незалежно від результатів [83, с. 19–20].

У Нідерландах, як і в інших країнах європейського континенту, в кодексах цивільного процесу було закріплено правило, згідно з яким судді до початку розгляду справи по суті були зобов'язані здійснити спробу провести медіацію. Однак у 1950–1960 рр. такі попередні примирні процедури були скасовані у багатьох європейських державах. Тим не менше, для суддів було збережено можливість здійснювати у ході судового процесу спроби переконати сторони укласти мирову угоду, і сучасні дослідження свідчать про те, що деякі *kantonrechtters* часто намагаються примиряти учасників судового розгляду [355, с. 32].

У § 4 Закону Німеччини про медіацію містяться лише основні положення про конфіденційність, які перейшли до німецького законодавства з Європейської директиви. Для збільшення гарантій конфіденційності сторонам надано право укладати договір з цього питання. Медіатори та інші особи, які беруть участь у примирній процедурі, несуть обов'язок зберігати конфіденційність будь-яких даних, отриманих у ході медіації. Формулювання § 4 щодо визначення «будь-яких осіб», зобов'язаних дотримуватися конфіденційності, є нечітким. Проте цей обов'язок, як і обов'язок зберігати конфіденційність документів, складених у ході процедури медіації, не поширюється на сторони конфлікту. Спираючись на

це положення, всі медіатори, а також особи, залучені ними до участі у медіації, користуються імунітетом від надання показань у цивільних справах відповідно до ч. 6 абз. 1 § 383 ЦПК Німеччини. В кримінальному судочинстві такого правила не існує. З метою збереження конфіденційності, наприклад, самими сторонами, експертами, іншими особами, залученими до участі у медіації, необхідно укладення додаткових угод. Вони будуть обов'язковими у випадку розгляду цивільних справ, але не будуть мати юридичної сили для кримінального судочинства. За будь-яке порушення обов'язку зберігати конфіденційність, закріплену в законі або договорі, може бути застосована тільки санкція у вигляді відшкодування шкоди [83, с. 17—18].

Згідно з поправкою до § 796b ЦПК Німеччини угода, яка заключається за результатами медіації, може бути наділеною виконавчою силою на вимогу будь-якої із сторін або на підставі акта дільничного суду, обраного за згодою сторін або за місцем медіації. Також надати можливості примусового виконання даній угоді може нотаріус [83, с. 20].

Отже, можна погодитися з Р. Дендорфером, який зазначає, що медіація вже далеко не «просто традиція», а, скоріше за все, добре напрацьований і загально визнаний спосіб вирішення спорів у правовій сфері. Враховуючи ту обставину, що традиція укладення угод у цивільному процесі Німеччини існує досить давно, залишається дивним той факт, що і нині існує певна недовіра до цього інституту, особливо у комерційній сфері. Тим не менше, медіація стала важливим елементом надання юридичної допомоги — при вирішенні не лише міжнародних, а й національних комерційних спорів [83, с. 27].

У КНР угода, досягнута в результаті застосування процедури медіації, є нічим іншим як приватним договором. На відміну від рішення третейського чи державного суду, медіативна угода не має виконавчої сили та не підлягає примусовому виконанню. Якщо одна із сторін відмовляється від виконання угоди у добровільному порядку, інша сторона має звернутися до суду (заявити вимоги, які випливають з договору), а вже потім вимагати примусового виконання рішення суду. Відзначаючи труднощі примусового виконання медіативної угоди, Вищий народний суд КНР опублікував у 2009 р. Особливу думку з метою прискорення процесу. У разі якщо медіативна угода передбачає грошовий платіж, сторони можуть забезпечити примусове виконання шляхом нотаріальної процедури або звернувшись до народного суду, який володіє юрисдикцією з видачі судового наказу про платіж. Для складніших медіативних угод, що накладають також обов'язок вчинити певні дії або відмовитись від вчинення їх. Особлива думка 2009 р. встановила стандартизовану і прискорену судову процедуру затвердження угоди. Відповідно до цієї процедури сторони повинні спільно звернутись до суду, який володіє юрисдикцією, та надати укладену ними медіативну угоду і підписаний ними гарантійний лист. Цей лист має містити такі умови: а) обидві сто-

рони добровільно досягають угоди з метою вирішення спору та заявляють про те, що вони не мають на меті здійснити при цьому жодного зловмисного зговору та не намагаються діяти в обхід закону; б) якщо унаслідок змісту угоди буде спричинено шкоду будь-якій іншій особі, обидві сторони готові понести цивільно-правову або іншу юридичну відповідальність. Суд має застосувати за аналогією відповідні положення ЦПК, які регулюють сумарне провадження і процедуру затвердження мирової угоди. Обидві сторони повинні з'явитися у судові засідання, в якому суддя особисто запитує сторони, чи розуміють вони зміст і наслідки угоди і чи дозволяють вони суду надати виконавчу силу медіативній угоді шляхом процедури судового затвердження. Після дослідження матеріалів справи суд вирішує, чи затверджувати угоду. Затверджена судом угода набуває властивості виконуваності з моменту отримання її обома сторонами. В окремих випадках суд може відмовити у затвердженні угоди [341, с. 55, 57].

Вітчизняна правова система лише починає звертатись до такого альтернативного способу вирішення спорів, як медіація. В період, коли комерційна медіація, тобто медіація, метою якої є врегулювання розбіжностей, що виникають із підприємницьких відносин, перебуває в Україні буквально у зародковому стані, завданням цього дослідження є вироблення розуміння її сутності, потреби в ній за сучасного рівня доступності судочинства, в тому числі і рівня судових витрат, адекватності судочинства вимогам підприємницького обороту, допустимості медіативного вирішення спорів за сучасного нормативно-правового регулювання підприємницьких відносин та відносин у сфері вирішення підприємницьких спорів, наявності правових інститутів, які уможливають добровільне виконання досягнутих у ході переговорів домовленостей (це можуть бути і норми публічного права, наприклад податкового), а також можливості примусового виконання таких домовленостей, розробки нормативно-правових актів, які забезпечать правову основу медіативних процедур та впровадження їх результатів.

У Проекті Закону України «Про медіацію» № 7481 (далі — Проект № 7481) одним із принципів медіації названо конфіденційність. Даний принцип було сформульовано таким чином: особи, які беруть участь у медіації, зобов'язуються не поширювати та не використовувати без взаємної згоди відомості, що стали їм відомі під час медіації. У Проекті також пропонувалось обмежити право медіатора на інформування громадськості про свою діяльність з дотриманням конфіденційності інформації, що стала відомою в результаті здійснення медіації, та інші права. Натомість серед обов'язків медіатора передбачалось відповідати на запити судових органів, зберігаючи при цьому конфіденційність інформації, отриманої під час медіації, якщо інше не передбачено законом. Очевидно, таке застереження щодо цього обов'язку навряд чи може сприяти зверненням підприємців до процедур медіації та наданню у цих про-

цедурах медіатора чи опоненту справді важливої інформації. Зауважимо, що у Законі Російської Федерації «Про медіацію» немає окремого переліку, яким би закріплювались права та обов'язки медіатора, тому відповідні обмеження розголошення суду посередником інформації встановлено ст. 5, яка закріплює основні умови конфіденційності. Її зміст багато у чому відповідає змісту ст. 22 Проекту № 7481. Обидві ці статті містять майже однакові переліки відомостей, на які сторони не можуть посилатися у суді (Закон РФ), або ж конфіденційність яких зобов'язані зберігати учасники медіації (Проект № 7481). Зокрема у Проекті цей перелік має такий вигляд:

- 1) пропозиції однієї зі сторін про застосування медіації, як і готовність однієї зі сторін до участі в медіації;
- 2) думки або пропозиції, які були висловлені однією зі сторін щодо можливості врегулювання спору;
- 3) підтвердження певних фактів, визнаних однією зі сторін під час здійснення медіації;
- 4) готовність однієї зі сторін прийняти пропозицію медіатора чи іншої сторони про врегулювання спору, інші відомості, а також фіксація процедури медіації.

Сам по собі перелік такої інформації не гарантує її захисту від розкриття у суді. Тут необхідні спеціальні процесуальні норми. У ст. 22 Проекту № 7481 серед іншого передбачалось, що суд не має права витребувати такі відомості, крім випадків, передбачених законом. Знову бачимо застереження, яке ставить під сумнів можливість забезпечення конфіденційності інформації про медіацію у разі судового розгляду цього або іншого спору. Однак внесення відповідних змін до процесуальних кодексів автори Проекту № 7481 не передбачили, хоча у тій самій ст. 22 передбачено норму, згідно з якою у медіаційній угоді сторони зазначають відомості, які вважають допустимими використовувати як докази для ознайомлення суду або можливого судового провадження. Та і ця норма має ознаки декларативності та жодного імунітету від розкриття інформації у суді сторонам не надає. Адже у ній передбачено лише, що сторони надають певні відомості, але яке значення це має для судочинства, не зовсім зрозуміло навіть при комплексному тлумаченні із ч. 2 ст. 22, у якій вказано, що у судовому провадженні без взаємної згоди сторонами не можуть використовуватись як докази відомості, отримані в ході медіації, окрім відомостей, зазначених у медіаційній угоді та рішенні про завершення процедури медіації. Так, медіативна угода згідно з дефініцією, запропонованою авторами законопроекту, — це документ про результати досягнутих домовленостей щодо спору після застосування медіації, що підлягає виконанню сторонами. В такому разі видається доцільним надати суду право посилатись на зміст медіативної угоди як на обґрунтування свого рішення лише у випадку, коли сторона звернулася до суду з вимогою примусити відповідача до виконання медіатив-

ної угоди. Це обмежило б можливість сторін медіативної угоди використовувати її як інструмент для вигідного вирішення іншого спору між тими самими суб'єктами та значно послабило обережне ставлення підприємців до медіації. Якщо ж медіативна угода виконується, то і предмет для звернення до суду немає, а її положення можуть захищатися нормами про конфіденційність, як і положення будь-якого іншого підприємницького договору.

Деякі процесуальні гарантії дотримання конфіденційності медіації пропонувалось закріпити у Проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо застосування медіації» № 10302, який подавався авторами одночасно з Проектом Закону України «Про медіацію» № 10301 з метою приведення законодавства у відповідність до цього Закону.

Законопроектом № 10302 передбачалось внесення до Господарського процесуального кодексу України норми, яка б забороняла медіатору брати участь як представника сторони в судовому розгляді того самого спору. Інших гарантій конфіденційності інформації, отриманої в ході медіації, від розкриття в господарському судочинстві не пропонувалось. І це загалом пояснюється відсутністю у господарському процесі такої процедури, як допит свідків. Однак такий підхід не враховує імовірність того, що конфіденційна інформація в ході медіації може закріплюватись у документарній формі. Тому необхідно забезпечити імунітет таких документів від розкриття в господарському процесі.

До ЦПК України пропонувалось внести зміни, відповідно до яких не міг бути допитаним медіатор щодо відомостей, які йому стали відомі під час проведення медіації, а також обставин щодо ходу медіації, крім випадків, коли сторони не заперечують проти розголошення таких відомостей.

Іншим важливим аспектом медіації, який потребує правового регулювання, є питання форми домовленостей, досягнутих у ході судової медіації. Адже позасудова медіативна угода може оформлюватись як непоіменований договір або договір про внесення змін і доповнень до раніше укладеного договору та спричиняти відповідні правові наслідки. Однак передаючи спір для його вирішення до суду, сторони вступають у правовідносини, в яких превалює публічно-правове регулювання і надається можливість робити те, що передбачено процесуальним законом. Саме тому законодавець повинен особливу увагу приділяти правовому регулюванню судової медіації.

Законопроектами № 10302 та 10301 передбачалось запровадження поряд з мировою угодою медіативної угоди. Суд передбачалось наділити правом не визнавати медіативну угоду у випадку, коли її умови суперечать закону чи порушують права, свободи або інтереси інших осіб. При цьому зазначалося, що медіативна угода могла стосуватися лише прав та обов'язків сторін та предмета позову. Такий підхід, однак, не знімає пи-

тання про можливість затвердження судом медіативної угоди, умови якої виходять за рамки предмета позову. Виходячи з принципу диспозитивності цивілістичних судочинств, видається можливим запровадження такого інституту судової медіації, в якому допускалось би укладення медіативної угоди, яка б виходила за межі предмета позову, але повністю врегульовувала спір та не суперечила вимогам законодавства і не порушувала б прав та інтересів інших осіб.

Необхідно також звернути увагу на те, що положення, запропоновані авторами законопроектів, які стосуються медіативних угод, багато в чому повторюють відповідні норми процесуальних кодексів про мирові угоди. Це свідчить про необов'язковість запровадження у процесуальному законодавстві такого поняття, як медіативна угода. Достатнім видається зазначити, що суд може затвердити угоду, досягнуту в ході судової медіації, як мирову угоду. Саме такий підхід обрано російським законодавцем. Адже для суду, за великим рахунком, немає значення, яким саме шляхом сторони узгодили умови врегулювання спору. Суду слід лише закріпити ці домовленості у процесуальному документі та передбачити відповідні процесуальні наслідки такої угоди, якщо її положення не суперечать закону та вичерпують розбіжності, які стали причиною звернення до суду.

Однак варто зазначити, що ГПК України містить норму, відповідно до якої мирова угода може стосуватись лише прав та обов'язків сторін щодо предмета позову. За такої обмеженості предмета мирової угоди доцільним було б диференціювати мирову та медіативну угоди. Хоча більш перспективним убачається розширення диспозитивних повноважень сторін щодо мирової угоди у господарському процесі.

Однією з найважливіших ознак медіативної угоди є її добровільність. Тут мається на увазі як добровільність досягнення такої домовленості, так і добровільність її виконання. Однак попри те, що медіативні угоди значно частіше, ніж судові рішення, виконуються боржниками, бувають випадки, коли медіативна угода не виконується добровільно. Тому актуальним залишається питання примусового виконання медіативних угод, затверджених судом. Адже невиконання такої угоди, окрім того, що порушує інтереси управленої сторони, певною мірою нівелює авторитет судової влади, яким ніби освячується медіативна угода, укладена за наслідками судової медіації та затверджена судовим актом.

Запропоноване вище затвердження судом медіативної угоди, досягнутої в ході судової медіації, як мирової угоди, тягне за собою ті самі проблеми, які властиві примусовому виконанню мирової угоди. На даний час український законодавець прибрав з переліку виконавчих документів ухвалу суду про затвердження мирової угоди, ускладнивши таким чином її примусове виконання. Таке рішення, очевидно, було прийнято з огляду на договірний характер мирової угоди, її спрямованість на добровільне врегулювання спору. Такий характер ще більшою мірою влас-

тивий медіативній угоді. Тому видається за необхідне не нівелювати добровільний характер мирової угоди (в тому числі і досягнутої за результатами судової медіації) та не надавати йому характеру примусової виконуваності. Водночас слід передбачити можливість видачі судового наказу на підставі мирової угоди, коли боржник не виконує свої обов'язки за такою угодою.

5.3. Третейські суди та комерційний арбітраж як органи з вирішення комерційних спорів

Прямим та невідворотним наслідком розвитку в економіці ринкових відносин та приватноправових начал, які їх юридично оформлюють, основоположного принципу свободи (ініціативності та диспозитивності) у здійсненні приватними власниками належних їм майнових прав, називає арбітражний спосіб вирішення майнових спорів підприємців відомий російський цивіліст Є. О. Суханов. Цей принцип об'єктивно впливає з визнання свободи договору та права приватного власника самостійно розпоряджатися належним йому майном. Тому як у національних правових порядках, так і в міжнародному торговому обороті можливість арбітражного розгляду комерційних спорів стала одним із основоположних принципів правової організації підприємницької діяльності [309, с. 657].

Інтересами бізнес-товариства у швидкому розгляді економічних спорів та їх ефективному вирішенні обумовлено зростаючий попит на такі способи подолання розбіжностей, які виникають у ході міжнародної торгівлі, що слугують альтернативою розгляду справ державними судами з їх формальною, тривалою і багатостадійною процедурою. У зв'язку з цим дедалі більше затребуваними виявились третейські суди (включно з міжнародними комерційними арбітражами). Переваги третейських судів полягають у тому, що сторони, які сперечаються, мають значно більше, аніж у державних судах, можливостей безпосередньо впливати як на формування арбітражного складу, призначаючи (або, принаймні, рекомендуючи кандидатури) третейських суддів, так і на порядок ведення розгляду [212, с. 665].

За радянського планово-адміністративного порядку регулювання економічної діяльності не існувало чинників, які б зумовлювали необхідність у створенні незалежних від держави органів з розгляду спорів, що виникали між суб'єктами економічної діяльності. Адже засоби виробництва належали державі, обсяги виробництва визначалися державою, основним замовником товарів у промислового виробника теж була держава. Тому такі спори значною мірою мали характер внутрішньовідомчих, а коли і виходили за межі відомства, то все одно торкалися інтересів одного власника — держави. Тому механізм комерційного арбітражу використовувався лише там, де у цьому справді була необхідність — у міжнародних торгових відносинах. Як зауважує Є. О. Суханов, при Все-

союзній торговій палаті (пізніше — Торгово-промисловій палаті СРСР) з 1930 р. діяла Морська арбітражна комісія, а з 1932 р. — Зовнішньоторгова арбітражна комісія (ЗТАК, реорганізована на початку 80-х років минулого століття в Арбітражний суд при ТПП СРСР). Ці організації являли собою постійно діючі (інституціональні арбітражі, причому МАК стала першим інституціональним міжнародним комерційним арбітражем у Росії та одним із найдавніших морських арбітражів у світі [309, с. 658].

В Україні з 1991 р. почалося створення системи державних судів із вирішення підприємницьких спорів, яка перейняла назву «арбітраж», а такі суди називались арбітражними. Це призвело до того, що традиційна назва незалежних недержавних органів із вирішення підприємницьких спорів не могла до них застосовуватися. В Україні, відповідно, було законодавчо передбачене створення третейських судів та міжнародного комерційного арбітражу.

У Російській Федерації розвиток судової системи відбувся до певного часу подібним чином. Як зауважує Є. О. Суханов, з огляду на те, що у Російській Федерації система державних судів для розгляду підприємницьких спорів отримала назву «арбітражні суди», комерційний арбітраж у Росії, призначений для розгляду «внутрішніх» спорів між російськими підприємцями, отримав назву «третейський розгляд», тоді як при вирішенні міжнародних підприємницьких спорів («з іноземною участю») нерідко використовувалася назва «арбітраж», «арбітражний суд» у загальноприйнятому сенсі. На даний час поняттям «третейські суди» в російській правовій доктрині охоплюються як міжнародні, так і «внутрішні» комерційні арбітражі [309, с. 659].

В Україні вже в 2001 р. закони «Про арбітражні суди» та «Арбітражний процесуальний кодекс України» отримали назви, відповідно, «Про господарські суди» та «Господарський процесуальний кодекс України» і було створено систему господарського судочинства. За таких умов виникає потреба у дослідженні доцільності зберігати в Україні поділ на третейські суди та міжнародний комерційний арбітраж. Та чи можна усі ці органи позасудового вирішення підприємницьких спорів називати арбітражами?

Згідно з ч. 2 ст. 12 ГПК України підвідомчий господарським судам спір може бути передано сторонами на вирішення третейського суду, крім спорів про визнання недійсними актів, а також спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб, спорів, передбачених п. 4 ч. 1 цієї статті, та інших спорів, передбачених законом. Рішення третейського суду може бути оскаржено в порядку, передбаченому цим Кодексом. Таке саме право надано сторонам ст. 17 ЦПК України.

Діяльність третейських судів в Україні регулюється Законом України «Про третейські суди» від 11.05.2004 р. № 1701-IV. Третейський суд у ньому визначається як недержавний незалежний орган, що утворюєть-

ся за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб у порядку, встановленому цим Законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин. Згідно з ч. 2 ст. 1 цього Закону до третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що виникає з цивільних та господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом.

Нині перелік спорів, які не можуть передаватись на розгляд третейського суду, налічує 14 пунктів. Деякі категорії спорів, зазначені у ньому, або є публічно-правовими, або ж мають значний публічно-правовий елемент (про визнання недійсними нормативно-правових актів; справ у спорах, що виникають при укладенні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб; справ, пов'язаних із державною таємницею; справ, однією із сторін в яких є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт під час здійснення ним владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень, державна установа чи організація, казенне підприємство; справ, за результатами розгляду яких виконання рішення третейського суду потребуватиме вчинення відповідних дій органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими чи службовими особами та іншими суб'єктами під час здійснення ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень). Загалом неможливість розгляду таких справ третейським судом значною мірою впливає з того, що вони не є цивільними чи господарськими. Зазначення таких справ у ст. 6 Закону є лише додатковою гарантією захисту від зловживання правом на звернення до третейського суду.

Певні категорії справ виключені із підвідомчості третейських судів з огляду на певну об'єктивну нерівність сторін, яка враховується у правовому регулюванні розгляду відповідних справ державними судами через спеціальні правила розподілу судових витрат, покладення обов'язку доказування тощо. Так, не можуть бути предметом розгляду у третейському суді справи у спорах, що виникають із трудових відносин, справи у спорах щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки). У цих спорах на працівника, споживача може чинитись тиск і укладення третейського застереження може здійснюватись не повною мірою добровільно та не завжди із розумінням його правових наслідків.

Доповнення ч. 1 ст. 6 Закону України «Про третейські суди» п. 14 багато в чому зумовлено поширенням практики нав'язування банками-позичальниками внесення до кредитних договорів третейського застереження про розгляд спору в постійно діючому третейському суді при Асоціації українських банків. Значна кількість рішень цих третейських органів скасовувалась судами [256]. Виключення із компетенції третей-

ських судів спорів про захист прав споживачів має певний превентивний характер. Практика недержавного арбітрування у таких справах викликає значну кількість спірних питань, які впливають з фактичної та економічної нерівності сторін. У сучасних умовах глобалізації споживачі часто вступають у відносини із зарубіжними компаніями або ж транснаціональними корпораціями, що зумовлює знаходження третейського органу за межами країни постійного проживання споживача. Це потребує від нього значних витрат на третейський розгляд або ж взагалі робить неможливою його участь. Така проблема зумовлена тим, що в європейських країнах відсутній жорсткий поділ на внутрішній (третейський) та міжнародний арбітраж. Тому, наприклад, німецький суд постановив, що, попри існування арбітражного застереження та заявлений протест про відсутність компетенції, він відмовляє у провадженні з огляду на те, що одна із сторін не мала фактичних засобів для реалізації своїх прав у арбітражному суді [47, с. 487].

Виключено із компетенції третейських судів певні категорії справ, що пов'язані з суспільними відносинами, які мають особливе суспільне значення. Серед них справи у спорах про захист нерухомого майна, включаючи земельні ділянки, сімейні спори (окрім спорів, що впливають зі шлюбного контракту), справи про відновлення платоспроможності боржника чи визнання його банкрутом, корпоративні спори.

Не можуть розглядатися третейськими судами справи про встановлення факту. Як зауважує Ю. Д. Притика, справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення, не можуть розглядатися третейським судом, в іншому разі це суперечило б природі третейського суду, оскільки при розгляді таких справ відповідний компетентний (не третейський) суд виконує публічно-правову функцію, здійснюючи від імені держави визнання (підтвердження) фактів [266, с. 262]. Але певна публічно-правова функція суду при визнанні юридичних фактів — це не єдина перепона до розгляду цієї категорії справ третейськими судами. Необхідною умовою віднесення справи на розгляд третейського суду є згода на це сторін спору, виражена в третейському застереженні або третейській угоді іншої форми. Однак справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення, не мають двох сторін. У них є лише особа, яка зацікавлена у визнанні факту. Якщо ж із заяви видно спір про право, суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, а якщо провадження відкрито — залишає заяву без розгляду.

Примітно, що перелік виключень з компетенції третейських судів не є вичерпним. Згідно з п. 11 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про третейські суди» не можуть розглядатися третейськими судами інші справи, які відповідно до закону підлягають вирішенню виключно судами загальної юрисдикції або Конституційним Судом України. Дана норма викладена з певними недоліками законодавчої техніки. Такі норми, які передбачають невичерпність того чи іншого переліку, як правило, поміщаються в

ньому на останньому місці, що дає змогу одразу зрозуміти його характер. Крім того, виглядає дещо надлишковим зміст цієї норми, адже Конституційному Суду України не підвідомчі спори, які виникають з цивільних та господарських правовідносин і які згідно з ч. 2 ст. 1 Закону України «Про третейські суди» можуть передаватися на вирішення третейського суду.

Щодо обмеження компетенції третейських судів серед науковців та практиків постійно точаться дискусії, у результаті яких компетенція третейських судів постійно звужується. В першій редакції перелік виключень із компетенції третейського суду складався з 8 пунктів, у тому числі п. 8 визначав його невичерпний характер. Однак зміст ч. 1 ст. 6 було значно розширено Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності третейських судів та виконання рішень третейських судів» від 05.03.2009 р. № 1076-VI. Прийняття цього Закону було зумовлене виявленими практикою застосування законодавства про третейські суди недоліками відповідного законодавства. Як зазначено у пояснювальній записці до Законопроекту, доводиться визнати, що на сьогодні в діяльності третейських судів щодо розгляду спорів мають місце зловживання, які, в свою чергу, завдають значної шкоди правам та інтересам особи. Аналіз рішень, прийнятих третейськими судами у справах, пов'язаних з визнанням договорів дійсними та/або визнання права власності на нерухоме майно, свідчить, що при розгляді цих так званих спорів насправді йдеться про встановлення юридичних фактів. Однак відповідно до статей 234, 235 ЦПК України справи окремого провадження, до яких, зокрема, належать справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення, не можуть бути передані на розгляд третейського суду. Звернення сторін до третейського суду у цій категорії справ нерідко відбувається з метою «маскування» небажання сторін сплачувати державне мито за нотаріальне посвідчення правочину. Такі рішення, як правило, приймаються за результатами прискореного розгляду справи у короткий строк від укладення договору до визнання його дійсним.

Звернення до третейських судів у таких справах та небажання укласти договори відчуження нерухомого майна в установленому законом порядку можуть бути пов'язані з намаганням приховати інформацію про дійсний статус майна, оскільки, як правило, третейським судом не перевіряється: відсутність або наявність заборони на відчуження чи арешт за даними Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна; відсутність або наявність податкової застави за даними Державного реєстру обтяжень рухомого майна; обтяження майна іпотекою за даними Державного реєстру іпотек.

При визнанні договорів дійсними третейські суди не з'ясовують, чи належить майно на праві спільної сумісної власності подружжю і, відповідно, чи є нотаріально посвідчена згода одного з подружжя на відчу-

ження такого майна (оскільки правовстановлюючий документ може бути оформлений лише на одного з подружжя), не перевіряється і те, чи враховані інтереси дітей, які проживають у квартирі (будинку). Тому, у зв'язку з наявністю прогалин у Законі України «Про третейські суди», вказані механізми використовуються сторонами третейської справи для протиправного заволодіння майном [256].

Конституційний Суд України в рішенні від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002 у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) зазначив, що положення ч. 2 ст. 124 Конституції України щодо поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі, в аспекті конституційного звернення необхідно розуміти так, що право особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами. При цьому Конституційний Суд України вказав, що встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист.

До числа найосновніших питань слід віднести до кінця не з'ясовану теоретичну природу третейського розгляду (комерційного арбітражу), що дає можливість окремим науковцям та суддям заперечувати обов'язковий характер арбітражних рішень та розглядати їх як певні «рекомендації сторонам конфлікту», «попередні (досудові) процедури» або навіть проголошувати різновидом «платних юридичних послуг», подібних до адвокатських консультацій. Така позиція створює різноманітність у правозастосовній практиці, і в ряді випадків стає теоретичною базою для вказівки державним судам про припустимість перевірки по суті рішень, винесених третейськими судами (комерційними арбітражами), включаючи нову оцінку доказів, які є у справі, а також про можливість довільного звуження компетенції третейських судів [309, с. 662].

Популярність серед учасників підприємницьких відносин третейського порядку вирішення підприємницьких спорів зумовлюється значною мірою можливістю примусового виконання рішення третейського суду. В основу виконання рішень третейських судів покладено принцип добровільності. Так, згідно з ч. 1 ст. 55 Закону України «Про третейські суди» рішення третейського суду виконуються зобов'язаною стороною добровільно, в порядку та строки, встановлені у рішенні. Однак така норма є значною мірою декларативною. Адже, на відміну від медіаційних угод та домовленостей, досягнутих у безпосередніх переговорах, рішення третейського суду повинно відповідати нормам чинного законодавства, що спричиняє невиконання такого рішення стороною, інтересам якої воно суперечить. Тому ст. 57 Закону передбачено, що рішення тре-

тейського суду, яке не виконано добровільно, підлягає примусовому виконанню в порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження».

Заява про видачу виконавчого документа може бути подана до компетентного суду протягом трьох років з дня прийняття рішення третейським судом. При розгляді заяви про видачу виконавчого документа компетентний суд повинен витребувати справу з постійно діючого третейського суду, в якому зберігається справа. Сторона, на користь якої видано виконавчий документ, одержує його безпосередньо у компетентному суді. Однак компетентний суд може відмовити в задоволенні заяви про видачу виконавчого документа у ряді випадків, які, в основному, пов'язані із невідповідністю рішення третейського суду вимогам закону щодо його компетенції, інших процесуальних питань.

Третейським судам не підвідомчі спори, одним із учасників яких є нерезидент України. Ці спори можуть бути передані для вирішення до міжнародних комерційних арбітражних установ.

Комерційний арбітраж. Як зауважує І. Г. Побірченко, міжнародний комерційний арбітраж упродовж багатьох років відіграє основну роль серед різноманітних способів розв'язання спорів і розбіжностей, що виникають із зовнішньоекономічних контрактів. Переваги міжнародного комерційного арбітражу перед будь-якими іншими способами вирішення зовнішньоекономічних контрактних спорів полягають у: спрощеній, але, що визнається достатньою, арбітражній процедурі; можливості формування сторонами складу арбітражу на власний розсуд шляхом призначення у справі арбітрів, які мають великий досвід, високу кваліфікацію і неупередженість; узгодженні взаємоприйнятних мови арбітражного провадження і права, що застосовується. Важливими перевагами є також конфіденційний характер арбітражного провадження, остаточність рішення, відсутність апеляційного і касаційного провадження (за винятком процедурних порушень); наявність забезпечувального механізму визнання і виконання арбітражного рішення завдяки Європейській конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж і Нью-Йоркській конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень [236, с. 3].

Згідно зі ст. III Конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень [154] кожна договірна держава визнає арбітражні рішення як обов'язкові і приводить їх у виконання відповідно до процесуальних норм тієї території, де запитується визнання і виконання цих рішень. Для визнання і виконання арбітражних рішень, до яких застосовується дана Конвенція, не повинні застосовуватись суттєво обтяжливіші умови або більші мита чи збори, ніж ті, які існують для визнання та виконання внутрішніх рішень.

Однак відповідно до ст. V цієї Конвенції у визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно спрямоване, якщо тільки ця сторона надасть компетент-

ній владі за місцем, де запитується визнання та виконання, докази того, що: а) сторони в арбітражній угоді за законом, що до них застосовувався, будь-якою мірою були недієздатними або ця угода недійсна за законом, якому ці сторони цю угоду підпорядкували, а за відсутності такої вказівки за законом країни, де винесено рішення; б) сторона, проти якої винесено рішення, не була належним чином повідомлена про призначення арбітра, про арбітражний розгляд або з інших причин не могла надати свої пояснення; с) вказане рішення винесено у спорі, який не передбачено або який не підпадає під умови арбітражної угоди, або містить рішення з питань, які виходять за межі арбітражної угоди, за умови, що коли рішення з питань, охоплених арбітражною угодою, можуть бути відмежовані від тих, які не охоплюються угодою, то частина, яка передбачена угодою, може бути визнана та виконана; d) склад арбітражного органу або арбітражний процес не відповідали угоді сторін або, за відсутності такої, не відповідали закону тієї країни, де здійснювався арбітраж; e) рішення ще не стало остаточним для сторін або було скасоване чи призупинене компетентною владою країни, де воно винесене, або країни, закон якої застосовується.

Зауважимо, що в ст. IX Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж [99] так само зазначено, що скасування арбітражного рішення, яке підпадає під дію цієї Конвенції в одній із держав-учасниць, буде причиною відмови у визнанні чи виконанні цього рішення в інших державах-учасниках тільки за умови, що відміна арбітражного рішення була здійснена в державі, в якій або за законом якої це рішення було винесено, і лише з таких підстав, які загалом повторюють підстави ст. V Нью-Йоркської конвенції, за винятком п. «е». У ч. 2 ст. IX Європейської конвенції зазначено, що у відносинах між державами-учасниками цієї Конвенції, які є сторонами Нью-Йоркської конвенції, п. 1 цієї статті обмежує застосування ст. V, 1 «е» Нью-Йоркської конвенції випадками, передбаченими в п. 1 цієї Конвенції.

Функціонування міжнародного комерційного арбітражу в Україні регулюється Законом України «Про міжнародний комерційний арбітражний суд» від 24.02.1994 р. № 4002-XII. Цей Закон виходить з визнання корисності арбітражу (третейського суду) як методу, що широко застосовується для вирішення спорів, які виникають у сфері міжнародної торгівлі, і необхідності комплексного врегулювання міжнародного комерційного арбітражу в законодавчому порядку; враховує положення про такий арбітраж, які є в міжнародних договорах України, а також у типовому законі, прийнятому в 1985 р. Комісією ООН з права міжнародної торгівлі і схваленому Генеральною Асамблеєю ООН для можливого використання державами у своєму законодавстві.

Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж 1985 р. застосовується до міжнародного торговельного арбітражу за умови дотримання будь-якої угоди, що діє між даною державою та будь-

якою іншою державою або державами. Термін «торговельний» тут слід тлумачити широко для того, щоб він охоплював питання, які впливають з усіх відносин торгового характеру, як договірних, так і позадоговірних. Відносини торговельного характеру включають такі правочини, не обмежуючись ними: будь-які торговельні правочини про поставку товарів і послуг або обмін товарами або послугами; угоди про розподіл, торговельне представництво; факторні операції; лізинг; інжиніринг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; купівля-продаж ліцензій; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування; угоди про експлуатацію і концесію; спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва; перевезення товарів і пасажирів повітрям, морем, залізницями та автомобільними дорогами.

Сторони підприємницьких відносин можуть передавати спір на розгляд міжнародному комерційному арбітражу на підставі арбітражної угоди. Згідно зі ст. 7 Типового закону ЮНСІТРАЛ арбітражна угода — це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або деяких спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-яким конкретним правовідношенням, незалежно від того, чи має воно договірний характер, чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження у договорі або у вигляді окремої угоди. Арбітражна угода укладається у письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями телетайпом, телеграфом або з використанням інших засобів електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, у якому одна зі сторін стверджує про наявність угоди, а інша — проти цього не заперечує. Посилання в договорі на документ, який містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що договір укладено в письмовій формі та дане посилання таке, що робить вказане застереження частиною договору.

Арбітражна угода, по-суті, є наріжним каменем будь-якого арбітражного розгляду. Саме арбітражна угода є правовою основою для звернення до міжнародного комерційного арбітражу, що визначає всю подальшу арбітражну процедуру та, врешті-решт, долю арбітражного рішення. Арбітражна угода за своєю правовою природою є, насамперед, цивільно-правовою угодою, яка регулюється як міжнародно-правовими нормами, так і внутрішнім законодавством окремих країн [105, с. 30].

У контрактних застереженнях про судовий розгляд арбітраж є узгодженим процесом з огляду на те, що ніхто не може бути примушений до арбітражного розгляду без його згоди. Однак якщо особа дала згоду, зазвичай, в арбітражному застереженні в контракті з іншою стороною, вона може бути змушена прийняти арбітражний розгляд, і будь-яке рішення не на її користь буде обов'язковим.

5.4. Юрисдикційні органи з вирішення комерційних спорів

Підприємницький оборот характеризується потребою у безперешкодності обміну товарами та послугами відповідно до умов договорів, укладених між суб'єктами економічної діяльності. Розбіжності, що виникають між учасниками підприємницьких відносин, потребують оперативного усунення, а спори — оперативного вирішення. Такі риси підприємницьких відносин зумовлюють потребу у запровадженні особливих форм вирішення підприємницьких спорів.

Попри загальносвітову тенденцію запровадження та розвитку поза-судових форм врегулювання підприємницьких конфліктів, залишаються невикористаними всі можливості оптимізації здійснення розгляду та вирішення підприємницьких спорів державними спеціалізованими судами. В Україні це господарські суди, які за критеріями оперативності та розміру судових витрат є значно прийнятнішими для підприємців, ніж суди розвинених західних держав, де доступ до правосуддя залишається надмірно дорогим.

Проте практика розгляду та вирішення підприємницьких спорів господарськими судами свідчить, що чинне господарське процесуальне законодавство не позбавлене суттєвих недоліків, які можуть бути усунені шляхом внесення відповідних змін, розроблених на підставі науково обґрунтованих пропозицій.

Стосовно витоків сучасної системи державних судів, на які покладається вирішення підприємницьких спорів Т. Є. Абова зауважує, що наявність у Росії (Україна має тотожний історичний спадок. — В. М.) двох самостійних судів з розгляду цивільних (у широкому розумінні) справ — результат історичного розвитку. Протягом понад 70 років суди, які тепер іменуються судами загальної юрисдикції, як правило, не розглядали спори, пов'язані з господарською діяльністю юридичних осіб. Для розгляду справ між юридичними особами в СРСР діяла спеціальна система органів — державні арбітражі на чолі з Державним арбітражем СРСР. Ці органи, хоч і не були судами, але розглядали справи та приймали рішення за встановленими для них процедурними правилами, аналогічними судовим. У роки перебудови відпала потреба у державних арбітражах, але не у вирішенні економічних спорів. Тому було вирішено створити нові державні суди з вирішення економічних спорів. Ними стали Арбітражний суд СРСР, арбітражні суди в республіках і регіонах [27, с. 66].

У розділі VIII «Правосуддя» Конституції України закріплено конституційні засади побудови судової системи України та здійснення судочинства. Згідно зі ст. 124 Конституції України судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції.

Система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації. Однак безпосередньо норми Кон-

ституції України не передбачають прямого створення спеціалізованих державних судів для вирішення підприємницьких спорів

6 листопада 1991 р. було прийнято Арбітражний процесуальний кодекс України (АПК), який передбачав, що право на звернення до арбітражного суду мають підприємства, установи, організації, в тому числі колгоспи, індивідуальні, спільні підприємства, міжнародні об'єднання організацій України та інших держав, а також інші юридичні особи, незалежно від форм власності майна та організаційних форм. На арбітражні суди покладалось вирішення спорів, що виникали при укладенні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів та з інших підстав, а також спори про визнання недійсними актів ненормативного характеру з підстав, зазначених у законодавстві, крім:

— спорів, що виникають при погодженні стандартів та технічних умов;

— спорів про встановлення цін на продукцію (товари), а також тарифів на послуги (виконання робіт), якщо ці ціни і тарифи відповідно до законодавства не можуть бути встановлені за угодою сторін;

— інших спорів, вирішення яких відповідно до законів України, міждержавних договорів та угод віднесено до відання інших органів.

Частиною 2 ст. 12 АПК України передбачалось право підприємств та організацій передавати спори, підвідомчі арбітражному суду, на вирішення третейського суду.

При цьому Законом Української РСР «Про арбітражний суд» від 04.06.1991 р. № 1142-12 визначалось, що арбітражний суд є незалежним органом у вирішенні всіх господарських спорів, що виникають між юридичними особами, державними та іншими органами.

Проте Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про арбітражний суд»» від 21.06.2001 р. № 2538-14 назву цього Закону було змінено на таку: «Про господарські суди». Водночас Законом України «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України» від 21.06.2001 р. № 2539-III назву АПК України було змінено на «Господарський процесуальний кодекс України», а сам Кодекс було фактично прийнято в новій редакції. З цього часу стало неактуальним використання для назви недержавних органів з розгляду комерційних спорів «третейські суди». Закон «Про господарські суди» було скасовано з набранням чинності Законом України «Про судоустрій України» від 07.02.2002 р., яким передбачався поділ судової системи України на суди загальної юрисдикції та Конституційний Суд України.

Реформування судової системи України у 2001 р. та приведення національної системи судоустрою у відповідність до Конституції, прийнятої у 1996 р., характеризувалось створенням господарських судів у рамках судів загальної юрисдикції. Господарські суди було створено на базі існуючих раніше арбітражних судів, які спеціалізувались на розгляді спорів між суб'єктами господарської діяльності — підприємствами, уста-

новами, організаціями та громадянами, які здійснюють підприємницьку діяльність. Відповідно, процесуальним законом, на основі якого здійснюється розгляд справ господарськими судами, є Господарський процесуальний кодекс України [293, с. 694].

Сучасна система господарських судів будується на підставі норм Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. № 2453-VI, ст. 18 якого визначено, що суди загальної юрисдикції спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. На відміну від Російської Федерації, де арбітражні суди не належать згідно з законодавством до судів загальної юрисдикції, в Україні всі суди, крім Конституційного, є судами загальної юрисдикції. Водночас суди, на які покладено розгляд цивільних і кримінальних справ, називаються загальними судами.

Тому, як правильно зауважує О. М. Пасенюк, перед законодавцем постало завдання — розподілити правовідносини між вказаними судами. Причому належне виконання цього завдання є однією із найважливіших гарантій доступу до правосуддя. Певне правовідношення має бути віднесене до юрисдикції лише одного суду. Порушення цього правила може породити практику, коли жоден із судів не приймає відповідний спір до свого розгляду або коли такий спір приймають до розгляду одночасно кілька судів. За таких умов можливості особи захистити своє право значно звужаються [229].

Можна погодитися з О. С. Снідкевичем, який зазначає, що особливі проблеми в розмежуванні юрисдикцій виникають у разі, якщо при визначенні критеріїв такого розмежування закон виходить із різнопланових ознак, не узгоджених між собою, внаслідок яких один і той самий спір формально може бути розглянутий судами різних юрисдикцій [298, с. 41].

Цивільне та кримінальне судочинство, зазначає О. М. Пасенюк, є загальними видами, а господарське та адміністративне — спеціальними видами правосуддя. Тобто цивільна і кримінальна процесуальні форми призначені для захисту будь-яких прав, свобод та інтересів особи, крім тих, які за законом підлягають захисту в порядку господарської чи адміністративної процесуальної форми. Колізії виникають переважно при відмежуванні цивільної юрисдикції від спеціальних юрисдикцій, а також при розмежуванні спеціальних юрисдикцій між собою. Між цивільною та господарською процесуальними формами юрисдикцій колізії виникають через спорідненість предметів цивільного та господарського правового регулювання. До того ж, обидві галузі права є приватними. Як на основі цивільного, так і на основі господарського права може виникнути невичерпне коло правових спорів. Разом з тим, господарська юрисдикція є спеціальною: коло належних до неї справ має бути закритим. З огляду на ці дві позиції О. М. Пасенюк пропонує у новому Гос-

подарському процесуальному кодексі України запровадити такі критерії, які, з одного боку, надади б можливість господарському суду брати до розгляду будь-який господарський спір, а з іншого — відмежували б господарські спори від цивільних, тобто перелік господарських спорів має бути закритим лише відносно [229].

Однак у неоднозначності віднесення правовідносин до тієї чи іншої юрисдикції деякі науковці вбачають певний позитив. Так, О. С. Снідкєвич зауважує, що, можливо, альтернативна юрисдикція і має свої недоліки, однак випадки, коли жоден із судів не приймає відповідний спір до свого розгляду, є не наслідком порушення правил про віднесення правовідношення до юрисдикції лише одного суду, а взагалі про неохоплення положеннями судової юрисдикції певного кола справ. Жодним чином не звужують право особи на захист випадки прийняття спору до розгляду одночасно кількома судами. Такі випадки можливі і при існуванні альтернативної підсудності, що, однак, не заперечує доцільності її існування. Ці випадки повинні тягнути за собою лише залишення однієї з позовних заяв без розгляду [298, с. 45—46].

Відповідно до п. 3.1 постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 24.11.2011 р. № 10 [254] господарський спір підвідомчий господарському суду, зокрема, за таких умов:

- участь у спорі суб'єкта господарювання;
- наявність між сторонами, по-перше, господарських відносин, врегульованих Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України, іншими актами господарського і цивільного законодавства, і, по-друге, спору про право, що виникає з відповідних відносин;
- наявність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення спору господарським судом;
- відсутність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення такого спору судом іншої юрисдикції.

Чинний ГПК України визначає, що підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звертатися до господарського суду згідно з встановленою підвідомчістю господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття передбачених цим Кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням. У випадках, передбачених законодавчими актами України, до господарського суду мають право також звертатися державні та інші органи, фізичні особи, що не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 12 ГП України господарським судам підвідомчі, перш за все, справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів, у тому числі щодо прива-

тизації майна, та з інших підстав, крім: а) спорів про приватизацію державного житлового фонду; б) спорів, що виникають при погодженні стандартів та технічних умов; в) спорів про встановлення цін на продукцію (товари), а також тарифів на послуги (виконання робіт), якщо ці ціни і тарифи відповідно до законодавства не можуть бути встановлені за угодою сторін; г) спорів, що виникають із публічно-правових відносин та віднесені до компетенції Конституційного Суду України та адміністративних судів; д) інших спорів, вирішення яких відповідно до законів України та міжнародних договорів України віднесено до відання інших органів. Тобто таке коло підвідомчих господарським судам спорів є відносно обмеженим — коло господарських договірних відносин є майже настільки ж необмеженим, наскільки є необмеженим коло цивільно-правових договірних відносин. Однак зауваження викликають деякі з зазначених винятків. Так, якщо загальне правило визначає, що господарським судам підвідомчі переддоговірні та договірні спори, то чому як виняток з цієї норми називають спори, що виникають при: погодженні стандартів та технічних умов; із публічно-правових відносин та віднесені до компетенції Конституційного Суду України та адміністративних судів; у зв'язку зі встановленням цін, які підлягають державному регулюванню? Адже ці відносини не є, перш за все, договірними, натомість належать до адміністративної юрисдикції або, як зазначено, до конституційної.

З огляду на те, що не обов'язково обидві сторони господарського договору є суб'єктами підприємницької діяльності, слід розглядати норму п. 1 ч. 1 ст. 12 ГПК України у взаємозв'язку з ч. 1 ст. 1 цього Кодексу. В такому разі до господарської юрисдикції належать спори, що виникають між юридичними особами та фізичними особами — підприємцями у зв'язку з укладенням, зміною, розірванням і виконанням господарських договорів.

Видається спірним віднесення до господарської юрисдикції спорів, пов'язаних із приватизацією підприємств. Адже ці відносини характеризуються наявністю значного публічно-правового регулювання і спірними в них, як правило, є саме дії суб'єктів владних повноважень чи то стосовно встановлення завідомо неконкурентних умов приватизаційних конкурсів, чи то стосовно порушення вимог до процедури приватизації.

З інших віднесених до господарської юрисдикції справ, що викликають заперечення, викремимо справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції. Розглядаючи законодавчі акти, що визначають компетенцію цих органів, неодмінно визначаємо саме владний характер цих повноважень. За умови існування в українській судовій системі адміністративних судів та адміністративного судочинства, яке містить додаткові процесуальні гарантії захисту прав громадян і юри-

дичних осіб у спорах з суб'єктами владних повноважень, видається за доцільне віднести спори за заявами Антимонопольного комітету та Рахункової палати України до адміністративної юрисдикції.

Загалом справи, підвідомчі господарським судам, які не мають значного публічно-правового елемента і не вимагають віднесення їх до адміністративної юрисдикції, можна поділити на такі групи: 1) договірні спори за участю юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців; 2) справи про банкрутство та пов'язані з ними спори; 3) корпоративні спори.

Як бачимо, неможливо виділити єдиний критерій, за яким формується коло справ, підвідомчих господарським судам. Тут наявні і критерій суб'єктного складу, і критерій предмета спору, і характер спірних правовідносин. Однак якщо для першої групи справ виключена участь фізичних осіб без статусу суб'єкта підприємницької діяльності, то у спорах про стягнення з боржника, стосовно якого порушено справу про банкрутство, заробітної плати одна сторона завжди буде фізичною особою, вимоги якої жодним чином не пов'язані з підприємницькими відносинами з боржником.

Як зауважує І. В. Спасибо-Фатеєва, термін «корпоративні відносини», так само, як і «корпоративні права», походить від терміна «корпорація», в якому й слід шукати корені відповіді на численні запитання, що виникають у судовій практиці. Адже від того, що розуміється під корпорацією, залежить, чи підвідомчі господарським судам спори між учасниками певних юридичних осіб (наприклад, приватних і колективних підприємств, кооперативів тощо) [301, с. 149].

Згідно зі ст. 167 ГК України корпоративні права — це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Під корпоративними відносинами маються на увазі відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав.

Як вказує І. Б. Саракун, корпоративне право є складним об'єктом цивільних прав, змістом якого є сукупність суб'єктивних прав. У поєднанні із речовим чи майновим компонентом воно виступає об'єктом цивільного правовідношення. Корпоративні права за своєю правовою природою є цивільними і поєднують у собі права майнового, немайнового і організаційного характеру. Обстоюючи цивільно-правову природу корпоративних відносин, вчена зазначає, що саме на основних положеннях цивільного права будуються теоретичні поняття корпоративного права. До них належать межі, обмеження та зловживання правом при здійсненні корпоративних прав, суб'єкти корпоративних правовідно-

син, положення про договір повного товариства, засновницький договір тощо. Для регулювання корпоративних відносин застосовуються цивільно-правові методи. Для корпоративного права особливого значення набувають норми ст. 2 ЦК України, що регламентує статус учасників цивільних правовідносин, які за певних обставин можуть бути і суб'єктами корпоративних правовідносин. ЦК України регламентує порядок створення, діяльності і припинення товариств як юридичних осіб приватного права та права і обов'язки їх учасників [288, с. 10].

Але віднесення корпоративних відносин до предмета регулювання цивільного, а не господарського права, саме по собі не свідчить про недоцільність віднесення до господарської юрисдикції. Як ми вже з'ясували, договірні підприємницькі відносини переважною мірою є не просто приватноправовими, а суто цивільно-правовими. Однак це не означає, що договірні підприємницькі спори не потребують особливого, порівняно з цивільним процесом, порядку розгляду та вирішення.

Позиція Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ з цього питання виражена у постанові Пленуму від 01.03.2013 р. № 3 [255], в якій вказано: визначаючи, чи є спір таким, що виникає з корпоративних відносин та не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства (п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК, ст. 15 ЦПК), слід враховувати роз'яснення, надані у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24 жовтня 2008 р. № 13. Наприклад, у порядку цивільного судочинства підлягають розгляду справи, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням інших суб'єктів господарювання, які не є господарськими товариствами (кооперативи, приватні, колективні підприємства тощо), якщо стороною у спорі є фізична особа. При цьому положення п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК, враховуючи її імперативний характер, не підлягає застосуванню за аналогією щодо спорів, пов'язаних з діяльністю інших суб'єктів господарювання (споживчих, садових товариств тощо), а також стосовно справ, пов'язаних зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності господарського товариства, якщо однією зі сторін не є учасник (засновник, акціонер) господарського товариства, у тому числі такий, який вибув. Це стосується і спорів за участю спадкоємців учасників господарських товариств, які ще не стали їх учасниками, наприклад, спір між спадкоємцем учасника господарського товариства та товариством щодо розміру належної йому до передачі у грошовій формі частки у майні товариства, яка належала спадкодавцю; спір між сторонами з приводу виконання цивільно-правового договору (зокрема виконання договору купівлі-продажу частки статутного фонду господарського товариства), оскільки він виник не з корпоративних відносин.

Спори між господарським товариством і його учасником (акціонером, засновником), які є трудовими, підлягають розгляду в порядку цивільного судочинства.

На думку М. З. Шварца, слід спочатку з'ясувати, які передумови та межі диференціації порядку розгляду справ арбітражними судами та розгляду аналогічних справ судами загальної юрисдикції, а вже потім переходить до з'ясування питання, чи створює відмінний від ЦПК порядок розгляду справ арбітражними судами самостійний вид судочинства, а сукупність норм, які регулюють провадження в арбітражних судах, — самостійну галузь права. Не аналіз закону дає змогу обґрунтувати галузеву самостійність арбітражного процесуального законодавства, а обґрунтовані відмінності (існуючі чи потрібні) в порядку розгляду справ дають змогу (або не дають) довести самостійність цієї галузі права як самостійної. Логічним і природним є поширення, «проектування» начал підприємницької діяльності на систему відносин із захисту прав та інтересів підприємницької діяльності [345, с. 212].

Підставою диференціації порядку розгляду цивільних справ у арбітражних судах є участь в них суб'єктів підприємницької діяльності, яка допускає зниження рівня процесуальних гарантій у тих, звісно, непорушних межах, котрі окреслені фундаментальними правилами і принципами здійснення правосуддя, обумовленими його природою і соціальною цінністю [345, с. 218].

Однак не завжди є прихильники виділення спеціальних судів із розгляду спорів за участю юридичних осіб та фізичних осіб—суб'єктів підприємницької діяльності. Так, Т. Є. Абова називає об'єктивними передумовами та підставами диференціації правового регулювання діяльності судів загальної юрисдикції та арбітражних судів у Російській Федерації положення Конституції РФ, ФКЗ «Про судову систему в Російській Федерації» про арбітражні суди як самостійну гілку судової влади, наявність передбаченого безпосередньо Конституцією РФ самостійного процесуального законодавства, яке обґрунтовано не збігається за багатьма основними і не основними інститутами з цивільним процесуальним законодавством. Більше того, Т. Є. Абова зауважує, що справа навіть не в цьому, а в тому, що обидві галузі процесуального права відрізняються (і суттєво) за предметом спору. Економічний спір між учасниками підприємницької діяльності визначає процесуальний порядок його вирішення. Саме тому все, що має пряме відношення до діяльності арбітражних судів, у даний час включено до підвідомчості арбітражних судів [27, с. 60—61]. І вже зовсім нормативістським видається твердження Т. Є. Абової про те, що запровадження єдиного цивільного процесуального кодексу для двох судових гілок (у даному разі — судів загальної юрисдикції та арбітражних судів) неможливо вже через те, що подібний законодавчий акт не передбачено Конституцією РФ. І, щоб втілити цю ідею, необхідно внести зміни спочатку до Конституції [27, с. 63].

Такий примат норми над суспільними відносинами навряд чи сприяє розробленню релевантного підприємницького законодавства та законодавства про вирішення підприємницьких спорів. Передбачену нормами

Конституції та законів про судоустрій спеціалізацію судів для вирішення підприємницьких спорів об'єктивно можна назвати досить умовною. Так само і законодавче виділення підприємницьких спорів у предмет спеціальної юрисдикції не є підставою для диференціації. Підстави тут можуть бути набагато глибшими і полягати в особливостях підприємницьких відносин порівняно з класичними цивільними відносинами. Саме особливості підприємницьких відносин можуть обумовлювати особливості процесу вирішення спорів, що з них випливають. Насамперед, це прискорений майновий оборот, який зумовлює необхідність оперативного вирішення конфліктних ситуацій та усунення невизначеності у правовідносинах. Для підприємців майновий оборот становить зміст їх діяльності та є засобом досягнення мети підприємницької діяльності — одержання прибутку. В обороті може знаходитись значна частина власності підприємця і, відповідно, тривале переривання цього обороту може загрожувати не лише нормальному функціонуванню суб'єкта підприємницької діяльності, а й його існуванню як такого. Тому однією із підстав диференціації судового процесу вирішення підприємницьких спорів є потреба в його оперативності.

Пришвидження процесу розгляду справ по суті може досягатися лише одним способом — спрощенням процесуальної форми. Процесуальна форма є сукупністю нормативно встановлених правил розгляду справ у судах, які формують систему гарантій винесення законного та обґрунтованого рішення. Спрощення процесуальної форми в найзагальнішому вигляді можна описати як зняття ряду обов'язків з суду, відмова від певних процесуальних дій, що робить процес оперативним та менш дорогим. Як правило, зняття процесуальних обов'язків з суду супроводжується покладенням процесуальних обов'язків або процесуального ризику вчинення чи невчинення процесуальних дій на сторони. Саме тому спрощення процесу являє собою спосіб його прискорення, що тягне за собою необхідність більшої процесуальної активності сторін при зростаючій відповідальності їх за вибір варіанта процесуальної поведінки та звільнення суду від низки обов'язків або надання йому більшої свободи вибору при вирішенні питань, які виникають, зростання сфери дискреційного судового розсуду, що надає можливість суду гнучко враховувати особливості питань, які виникають у зв'язку зі здійсненням підприємницької діяльності [345, с. 216—217].

Оперативність господарського судочинства як процесуального порядку вирішення підприємницьких спорів забезпечується певними засобами, серед яких слід виділити відсутність серед процесуальних дій допиту свідка. Підприємницька діяльність на сьогодні тісно пов'язана з рівнем науково-технічного прогресу не лише щодо застосування сучасних засобів виробництва, а й стосовно сучасних засобів організації підприємницької діяльності із застосуванням найновіших та широко доступних інформаційно-комунікаційних технологій. Сформовані системи

практики оформлення волі підприємців у договір, в тому числі шляхом обміну електронними повідомленням, документарні форми закріплення тих чи інших етапів виконання підприємницьких зобов'язань, таких, наприклад, як акти приймання-передачі, створюють умови для безперешкодної та динамічної взаємодії в рамках того чи іншого підприємницького правовідношення. Тому сьогодні не існує жодних об'єктивних перешкод для документарного оформлення виникнення, зміни чи припинення прав та обов'язків у сфері підприємницького обороту. Отже, потреба в усних свідченнях для вирішення того чи іншого підприємницького спору є настільки мінімальною, що нею можна знехтувати в інтересах загального рівня оперативності судочинства в підприємницьких справах.

Для розуміння доцільності господарської спеціалізації судів слід дослідити і порівняти принципи господарського та цивільного судочинства.

На відміну від попередньої редакції, Господарський процесуальний кодекс України з 21.06.2001 р. містить принципи здійснення правосуддя у господарських судах: рівність усіх учасників перед законом і судом, змагальність сторін, гласність розгляду справи.

Визнання незалежності судової влади є основоположним інституціональним принципом, який визначає місце суду в системі державної влади, яка будується на основі принципу розподілу влад. Значення цього принципу полягає у створенні для суддів таких умов діяльності, за яких вони могли б здійснювати правосуддя на основі закону, керуючись при цьому лише своєю правосвідомістю та внутрішнім переконанням [137, с. 656].

Принцип змагальності визначає процес формування фактичного матеріалу, необхідного для вирішення в арбітражному суді конкретної справи: дії суду та сторін щодо збирання та дослідження доказів, послідовності здійснення цих дій та їхні правові наслідки, роль суду у цьому процесі. Змагальність сторін в арбітражному процесі поширюється і на оцінку доказів, проявляється при обговоренні закону, що підлягає застосуванню. Сторони можуть давати власне тлумачення закону та наполягати на ньому, доводити законність досягнутої угоди по спору. При цьому суд зобов'язаний слідкувати за тим, щоб вказані права використовувались сторонами добросовісно, координувати всі дії сторін у напрямі, який забезпечує всебічне, повне і об'єктивне з'ясування всіх обставин спору, виправляти допущені сторонами помилки та сприяти їм у виборі доказів [201, с. 248].

Принцип гласності розгляду справ у господарських судах полягає у тому, що розгляд відбувається відкрито, за винятком випадків, коли це суперечить вимогам щодо охорони державної, комерційної або банківської таємниці, або коли сторони чи одна із сторін обґрунтовано вимагають конфіденційного розгляду справи і подають відповідне клопотання до початку розгляду справи по суті.

Властиві господарському судочинству і принципи, які прямо не передбачені нормами ГПК України, але впливають із загальноправових принципів, принципів судоустрою. Так, принцип незмінності суддів полягає у тому, що суддю можна призначати або обирати на іншу посаду або переводити до іншого суду лише за його згодою, а його повноваження можуть припинятися лише за рішенням відповідної кваліфікаційної колегії в порядку і на підставах, встановлених законом [137, с. 658].

Прямо не визначений як принцип господарського судочинства розподіл обов'язку доказування між сторонами відіграє основоположну роль для розуміння правової природи господарського судочинства. Згідно зі ст. 33 ГПК України кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень.

Принцип здійснення процедури, яка гарантує додержання законності, є третім критерієм ефективності діяльності судової влади. Він передбачає здійснення правосуддя на основі суворих процесуальних приписів, які гарантують додержання принципу законності у кожному конкретному випадку. Саме чітка процесуальна оформленість і є специфікою судової влади, що відрізняє її від інших гілок державної влади. Принцип верховенства права і тісно пов'язаний з ним принцип законності, проголошені в преамбулі Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод як один з елементів загальної спадщини європейських держав, передбачає як необхідну умову своєї реалізації принцип правової визначеності. Попри те, що даний принцип не отримав безпосереднього закріплення в Конвенції, виходячи з аналізу правової доктрини і практики ЄСПЛ, видається можливим виділити такі його основні критерії стосовно сфери цивільних правовідносин:

- необхідність наявності правових підстав для будь-яких допустимих обмежень (втручання у здійснення) гарантованих Конвенцією прав;
- формування суду на підставі закону;
- правова регламентація процедури розгляду спору;
- правове регулювання процедури оскарження судових рішень [137, с. 660].

Однак не всі норми ГПК України можна назвати такими, що відповідають вимогам встановлення чіткого та однозначного порядку розгляду справ. Так, статтями 4—6 цього Кодексу визначено, що справи у місцевих господарських судах розглядаються суддею одноособово. Водночас будь-яку справу, що належить до підсудності цього суду, залежно від категорії і складності справи, можна розглядати колегіально. Отже, тут відсутня належна визначеність щодо складу суду та чіткість критеріїв визначення справ, для розгляду яких у першій інстанції існує об'єктивна необхідність у формуванні колегії у складі трьох суддів. Крім того, на будь-якій стадії розгляду справи суддя, що розпочинав розгляд справи одноособово, може прийняти рішення про необхідність розгляду справи колегією суддів, що неодмінно тягне за собою значні втрати часу у зв'яз-

ку з необхідністю розгляду справи спочатку. Крім того, такий підхід ставить під сумнів компетентність суддів господарських судів першої інстанції та суперечить принципу перегляду рішень суду нижчої інстанції вишим судом у складі, що є більшим, ніж той, яким приймалось рішення. Однак перегляд в апеляційному порядку рішень місцевих господарських судів здійснюється апеляційними господарськими судами колегією суддів у складі трьох суддів.

Важливою відмінністю господарського судочинства від цивільного до 2001 р. було обов'язкове застосування заходів досудового врегулювання спору. Відповідно до ч. 1 ст. 5 Арбітражного процесуального кодексу України спір може передаватися на вирішення арбітражного суду за умови додержання сторонами встановленого для даної категорії спорів порядку їх доарбітражного врегулювання. Порядок доарбітражного врегулювання спорів визначався цим Кодексом, якщо інший порядок не було встановлено діючим на території України законодавством, та полягав у пред'явленні претензії та отриманні відповіді на неї. У випадку, коли з позовною заявою не було подано доказів вжиття заходів доарбітражного врегулювання спору у встановленому порядку, суддя повертав заяву без розгляду на підставі п. 7 ч. 1 ст. 63 АПК України.

Однак вже з 12.06.2001 р. вимоги щодо досудового врегулювання спору було пом'якшено. Передбачалось, що сторони застосовують заходи доарбітражного врегулювання господарського спору у випадках, передбачених цим Кодексом, а також за домовленістю між собою, якщо це передбачено договором. Отже, в господарському судочинстві зменшувалось значення імперативного методу та посилювались диспозитивні засади, що зближувало його за критеріями основних принципів із цивільним судочинством.

У редакції АПК України від 12.06.2001 р. передбачалось, що спори, які виникають з договору перевезення, договору про надання послуг зв'язку та договору, заснованому на державному замовленні, можуть бути передані на вирішення арбітражного суду за умови додержання сторонами встановленого для даної категорії спорів порядку їх доарбітражного врегулювання. Правило п. 7 ч. 1 ст. 63 про повернення позовної заяви без розгляду продовжувало діяти.

Згодом відбулося подальше посилення диспозитивності у господарському процесі: Законом України від 23.06.2005 р. № 2705-IV було виключено ч. 2 ст. 5 ГПК України. При цьому також виключався п. 7 ч. 1 ст. 63 ГПК України.

Принципи цивільного судочинства закріплено безпосередньо у статтях 5—11 ЦПК України. Серед них здійснення правосуддя на засадах поваги до честі і гідності, рівності перед законом і судом; гласність і відкритість судового розгляду, змагальність сторін, диспозитивність цивільного судочинства. Відповідно до ст. 60 ЦПК України кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на

підставу своїх вимог і заперечень, крім випадків, встановлених ст. 61 цього Кодексу. Цивільне судочинство дедалі більше розвивається у напрямі скорочення строків розгляду справ, запровадження спрощених проваджень.

Принципи цивільного та господарського судочинства є вкрай близькими за змістом, що справедливо ставить питання про обґрунтованість виділення окремої галузі господарського процесуального права, адже принципи та методи правового регулювання є вкрай близькими до принципів та методів правового регулювання цивільних процесуальних відносин. Позовне провадження у господарському та цивільному процесі мають між собою набагато більше спільного, ніж, наприклад, позовне та окреме провадження у цивільному процесі або позовне провадження та провадження у справах про банкрутство.

Отже, цілком обґрунтованим видається зближення господарського та цивільного процесу з перспективою подальшого їх об'єднання у єдине цивілістичне процесуальне право та включення норм, які передбачають особливості вирішення підприємницьких спорів, до цивільного процесуального законодавства. Найбільш чітко ці перспективи можуть бути окресленими, коли з предмета правового регулювання господарського права буде виключено суто приватноправові підприємницькі відносини.

Висновки

Проведене дослідження приватноправових засад регулювання підприємницьких відносин дало підстави для таких висновків.

1. У правовій науці проблему особливостей правового регулювання підприємницьких відносин прийнято називати проблемою дуалізму приватного права. Питання дуалізму приватного права має давні історичні корені та об'єктивні передумови, що є релевантними до суспільного буття. Воно полягає у визначенні місця норм, що регулюють підприємницькі, комерційні відносини в системі приватного права. Позитивне рішення цього питання передбачає визнання потреби у специфічному, порівняно з цивільно-правовим, регулюванні приватноправових відносин, які виникають між підприємцями у зв'язку зі здійсненням ними підприємницької діяльності. Питання дуалізму приватного права не можна зводити до наявності/відсутності спеціального кодифікованого акта у сфері підприємництва. Та в будь-якому разі вже сама постановка цієї проблеми свідчить про приватноправову природу підприємницьких відносин. Такий висновок ґрунтується на тому, що дуалізм приватного права є власне явищем самого приватного права і полягає у підході до виокремлення певних правовідносин в окрему формалізовану групу (наслідком якого, як правило, стає спеціальний кодифікований акт — торговий кодекс) чи розчинення цих правовідносин у загальному масиві приватноправових відносин без відповідної формалізації. Однак класичне питання дуалізму приватного права в Україні набуло певного спотворення і зараз, як правило, розглядається у контексті дуалізму приватноправового (цивільного) і публічно-правового (господарського) регулювання підприємницьких відносин.

2. Підприємницькі відносини — це суспільні відносини, які виникають між суб'єктами підприємництва в ході здійснення підприємницької діяльності та опосередковуються укладенням договорів з метою одержання прибутку.

3. Підприємницька діяльність включає в себе безпосередньо підприємницькі відносини, а також адміністративні, трудові, корпоративні тощо відносини, в які вступає особа для організації підприємницької діяльності та її організаційного забезпечення. Якщо підприємницькій діяльності в цілому притаманне комплексне правове регулювання, то підприємницьким відносинам характерне приватноправове регулювання.

4. Суб'єкти підприємницької діяльності у підприємницькі відносини вступають на основі цивільної правосуб'єктності, тобто вони є суб'єк-

тами цивільного права, а підприємницькі відносини є відносинами цивільними. При цьому юридичні особи приватного права, які засновані державою та/або територіальними громадами, мають діяти у підприємницьких відносинах на загальних засадах, без відповідних винятків у їх приватноправовому статусі. Слід уникати регулювання організаційно-правових конструкцій юридичних осіб приватного права нормами господарського законодавства, враховуючи, що організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права, приватні відносини щодо їх утворення, управління та розпорядження ними регулюються нормами ЦК України та деяких спеціальних законів, які є складовою цивільного законодавства.

5. Намагання обґрунтувати відокремлення в системі приватного права регулювання підприємницьких відносин від регулювання цивільних відносин на підставі певної відмінної системи принципів виявляється безпідставним та видається безперспективним. За своєю природою однопланові явища (явища одного порядку, одного «генетичного» коду) не можуть мати ані різні методи регулювання, ані принципи регулювання цих правовідносин. Це призводить до необхідності визнання певної штучності розмежування правових норм, предметом регулювання яких є цивільні та підприємницькі відносини.

6. Аналізуючи поняття «підприємництво», «господарювання», «комерція», можна дійти висновку, що саме «підприємництво» є узагальнюючим поняттям, яке включає в себе такі характеристики, як систематична діяльність, на власний ризик, що здійснюється спеціальними суб'єктами (підприємцями та/або комерсантами), із залученням інноваційних методів (технологій) з метою вчинення спекулятивних дій (операцій) та отримання у кінцевому результаті прибутку. Ознаки підприємницької діяльності, закріплені у дефініції, стосуються не лише ознак власне діяльності, а й значною мірою характеризують суб'єктів, які її можуть здійснювати. Тому, навіть виходячи із поняття підприємницьких відносин, — це відносини між незалежними, а значить рівними, автономними суб'єктами, що, у свою чергу, свідчить на користь їх саме приватноправової природи. З огляду на це не можна називати підприємницькими внутрішньоцехові відносини чи відносини між підрозділами одного господарюючого суб'єкта.

7. На сьогодні потребує дослідження як кожна окрема ознака підприємницьких відносин, так і значення кожної з них у сукупності. Саме правильне виявлення максимального кола ознак підприємницьких відносин дасть змогу правильно визначити цей доволі специфічний предмет правового регулювання. Правильне визначення цих аспектів надає можливість провести порівняльне дослідження на предмет відповідностей чи розбіжностей кола суб'єктів підприємницької діяльності та кола суб'єктів цивільних правовідносин. Адже саме питання співвідношення цивільного та підприємницького права (чи є тут проблема «загальне та спеці-

альне»), предмета регулювання відповідних правовідносин та їх суб'єктів є визначальним для вирішення питання дуалізму приватного права.

8. Важливе значення для формування основних засад правового регулювання підприємницьких відносин має чітке розуміння та усвідомлення законотворцем мети діяльності їх учасників — отримання прибутку, іноді шляхом спекуляції. Сьогодні законодавством передбачено, що метою підприємницької діяльності є задоволення суспільних потреб і отримання прибутку. Однак позитивний суспільний ефект і соціальна мета реалізації підприємницьких відносин досягаються виключно в порядку виконання суб'єктами підприємницьких відносин відповідних соціальних (працевлаштування, задоволення попиту на товари, послуги та роботи) і фіскальних (сплата податків та інших обов'язкових платежів) функцій. Проте вони не є метою підприємницької діяльності. Така ознака підприємницької діяльності, як мета отримання прибутку, не завжди відповідає такій законодавчо визначеній ознаці, як задоволення суспільних потреб. Остання не може визнаватися ознакою підприємницької діяльності, а тільки умовою одержання прибутку, оскільки лише суспільний попит на результати підприємництва може забезпечити його прибутковість.

9. Систематичність у буквальному розумінні цього поняття не є необхідною ознакою підприємницької діяльності. Адже вчинення новоствореним суб'єктом підприємницької діяльності підприємницького за змістом правочину вперше (немає систематичності в буквальному розумінні) не робить такий правочин непідприємницьким. І тому вимоги до такого правочину будуть такими самими, як і до решти підприємницьких правочинів. Наслідки першого для суб'єкта підприємницького правочину, в тому числі і публічно-правові, будуть такими самими, як і наслідки інших підприємницьких правочинів аналогічного змісту. Тому слід визнати доцільність розуміння систематичності підприємництва не як фактичної ознаки, а як гіпотетичної. Така гіпотетичність може ґрунтуватись на вираженні наміру особи здійснювати підприємницьку діяльність, формалізованому при реєстрації її як суб'єкта підприємницької діяльності. Систематичність підприємницької діяльності, враховуючи, що така діяльність опосередковується низкою договорів, потребує спрощення порядку вчинення правочинів, адже громіздкі процедури укладення договорів, їх реєстрації, нотаріального посвідчення (як це може бути передбачено для цивільно-правових договорів) потребують невиправданих витрат часу та організаційних зусиль, що негативно вплине на оперативність підприємницького обороту. Водночас, спрощеність процедур вчинення підприємницьких правочинів може підвищити рівень ризикованості відповідних зобов'язань.

10. Ризикованість як ознака підприємницької діяльності може мати економічний характер і базуватись на тому, що підприємець не має усієї достовірної інформації про суспільні, в тому числі економічні, процеси,

у зв'язку з чим не може з достатньою точністю обрати вид діяльності, який не спричинить йому збитків. З юридичного погляду ризикованість ґрунтується на тому, що межі матеріальної відповідальності контрагентів можуть бути вужчими, ніж шкода, спричинена ними підприємцю. Це обумовлює питання додаткових гарантій виконання підприємницьких зобов'язань для їх учасників.

11. Підприємництво є сферою суспільних відносин, де суб'єкти повинні мати рівні правові можливості і юридичні обов'язки. Саме майнові відносини між підприємцями, які складаються в ході здійснення підприємницької діяльності, є класичними приватноправовими відносинами. Тому відносини між суб'єктами підприємницької діяльності мають регулюватись переважно диспозитивним методом, властивим приватному праву. Підприємницькі відносини слід включити до предмета регулювання ЦК України, доповнивши ст. 1 частиною 3 такого змісту: «Цивільним законодавством регулюються відносини між особами, що здійснюють підприємницьку діяльність (або яка здійснюється за їх участі), виходячи з того, що підприємництво є самостійна, ініціативна діяльність, що здійснюється на власний ризик, спрямована на систематичне отримання прибутку від використання майна, продажу товарів, виконання робіт та/або надання послуг особами, зареєстрованими у визначеному законом порядку». Відповідно, у разі внесення вищезазначеної зміни до ЦК України вже системних змін має зазнати ГК України, саме з метою усунення дублювання відповідних положень, які мають приватноправовий характер і стосуються підприємницьких відносин. Зокрема має бути виключений розділ 4 ГК України — господарська комерційна діяльність (підприємництво). ГК України, як дійсно спеціальний, а не бланкетний закон у сфері господарювання, мав би зосередити увагу на особливостях регулювання господарських відносин за участі держави, державних, комунальних органів та/чи підприємств та інших суб'єктів господарювання з посиленою публічно-правовою складовою.

12. Одним з важливих регуляторів підприємницьких відносин є звичаї ділового обороту. На сьогодні потенціал використання звичаїв ділового обороту на національному рівні достатньо не розкритий і потребує подальшого дослідження. При цьому слід брати до уваги міжнародну практику використання звичаїв ділового обороту через надзвичайну велику кількість специфічних, відмінних від національних, аспектів їх застосування. Торговельні звичаї представляють більш широкі можливості для реалізації принципу свободи договору, оскільки застосовуються виключно в певній сфері підприємницької діяльності і до відносин, не врегульованих нормою права. Звичай, звичаї ділового обороту, ділові узвичаєння можуть розглядатися як джерело правового регулювання підприємницьких правовідносин тоді, коли ці відносини не врегульовані цивільно-правовими нормами, а також за умов, якщо ці правила поведінки звичаєвого походження не суперечать договору або актам цивіль-

ного законодавства, тобто коли вони відповідають основним засадам цивільного права. Дотримання торговельних узвичаєнь сторонами (надання знижки при купівлі великої партії товару, здійснення продажу постійному контрагенту, доставка товару додому безкоштовно тощо) сприяє збереженню добрих стосунків з партнерами, прискорення ведення справ, заповненню прогалін у законодавстві, економії ресурсів тощо. Видається за доцільне судам формулювати в судовому акті виявлений звичай ділового обороту у вигляді чіткої правової норми (уповноважуючої, зобов'язуючої чи забороняючої). Це особливо важливо у випадках застосування судом звичаїв ділового обороту, не зафіксованих у доступних виданнях, до яких належать, наприклад, зводи звичаїв морських портів. Це багато в чому полегшило б завдання інших судів при вирішенні аналогічних ситуацій і сприяло б формуванню і правильному застосуванню звичаїв ділового обороту.

13. Практика розроблення та прийняття кодексів професійної поведінки у різних сферах підприємницької діяльності стала реакцією на вкрай низький рівень урегульованості питання звичаями ділового обороту в матеріальному праві та правозастосовної практики. Роль та значення таких кодексів до кінця ще не досліджена.

14. Важливою альтернативою державному регулюванню є саморегулювання підприємницьких відносин за допомогою самоврядних організацій (об'єднань). Однак на заваді створенню самоврядних організацій стоїть відсутність спеціального закону як важливого нормативного акта, покликаного, зокрема, активізувати й альтернативні способи (форми) регулювання підприємницьких відносин. Водночас, посилення ролі та значення самоврядних організацій, зокрема і в корпоративних практиках різних сфер підприємницької діяльності, може призвести до нового поштовху в розвитку звичаїв ділового обороту. Нині, реорганізовуючи систему регулювання підприємницьких відносин, слід уважно поставитись до такої форми організації, як самоврядна організація (СРО). Оскільки за державою пропонується зберегти більшою мірою наглядові та контрольні функції, а на СРО зміщуються функції регулювання, то до самих СРО необхідно пред'явити низку вимог.

Перша вимога — достатність представництва. Це має бути певна, прийнятна частка ринку, наприклад 25% учасників відповідного сегменту ринку.

Друга — наявність механізму гарантування виконання зобов'язань або матеріальної відповідальності, тобто страхування професійної відповідальності членів СРО, у тому числі шляхом створення товариств взаємного страхування або компенсаційних фондів при СРО.

Третє — категорична заборона на підприємницьку діяльність саморегулювальних організацій, для того щоб вона сама не конкурувала зі своїми членами. Інші вимоги до СРО можуть бути сформульовані у спеціальних законах з урахуванням специфіки конкретних сегментів ринку.

У цілому ж, оцінюючи значення саморегуляції у регулюванні підприємницьких відносин, роль та значення СРО, слід зазначити, що на сьогодні вони є нерозвинутими в Україні, багато в чому це пояснюється відсутністю спеціального закону про СРО.

15. Договір (контракт) як юридичний факт є первинним та основним джерелом виникнення підприємницьких відносин. Саме договірне (контрактне) право створює основу регулювання підприємницьких відносин. У західній правовій доктрині, особливо англосаксонській системі, саме контрактне право, в силу значення контракту як основного джерела виникнення комерційних відносин, розглядається як аналог комерційного (підприємницького) права. Державне замовлення, за винятком випадків, коли проводяться обов'язкові державні закупівлі, має усі ознаки договірних відносин, для яких законодавчо передбачено певний особливий порядок укладення договору та визначення його основних умов.

16. Стосовно підприємницьких відносин як різновиду приватноправових відносин діє презумпція добросовісності та розумності поведінки їх учасників, закріплена у цивільному законодавстві (ч. 5 ст. 12 ЦК України). Однак категорія «розумна економічна причина» (ділова мета) притаманна виключно публічно-правовій сфері регулювання підприємницьких відносин (п. 14.1.231 ст. 14 ПК України) і не вичерпується приватноправовою категорією «отримання прибутку».

17. Поняття «правочин» і «операція» розмежовуються як категорії відповідно приватноправового і публічно-правового регулювання, які застосовуються з різною метою: з «правочином» законодавство пов'язує виникнення, зміну та припинення у суб'єктів приватного права взаємних цивільних прав та обов'язків, а з «операцією» пов'язується виникнення взаємних прав і обов'язків між суб'єктом економічної діяльності та органом влади в рамках публічно-правового правовідношення. Зміст поняття «господарська операція» у ході реалізації підприємницьких відносин може встановлюватися з урахуванням цивільно-правових (приватноправових) засад регулювання підприємницьких відносин, проте не вичерпується ними. При цьому цивільно-правова презумпція дійсності правочину не може бути автоматично поширена на визнання реальності (фактичності) господарських операцій. Тому визнання події фактичного здійснення господарської операції у цілях оподаткування не може ґрунтуватися виключно на підставі додержання суб'єктом підприємництва всіх вимог щодо дійсності правочину, які передбачені у приватноправовому (цивільно-правовому) регулюванні. Визначальною ознакою господарської операції, на відміну від правочину, є (має бути) реальна (фактична) зміна майнового стану суб'єкта підприємницьких відносин, що є наслідком привнесення в правову дійсність економічних категорій, не притаманних приватноправовому регулюванню. На відміну від приватноправової конструкції «фіктивного правочину», який характеризується

відсутністю правової мети і не має на меті встановлення правових наслідків, ознакою дійсності господарської операції виступає перш за все фактична зміна майнового стану суб'єкта певної господарської операції. Визнання відмінності понять «правочин» і «господарська операція» притаманне і європейському правовому регулюванню, зокрема практиці ЄСПЛ у підприємницьких спорах (справи Halifax, Kefalas) і в цілому Концепції зловживання правом в податкових спорах, яка ґрунтується на доктрині «Business purpose» (ділова мета).

18. Категорія «господарювання» на теренах колишнього СРСР вперше набула свого змісту і правового обґрунтування у період 1918—1923 років та первинно (автентично) трактувалась і упродовжувалась у життя як система безеквівалентного обміну матеріальними благами між учасниками економічних відносин (юридичними і фізичними особами) з метою задоволення власних і, насамперед, суспільних потреб в межах окремо взятої радянської держави. Отже, господарювання не є явищем, властивим ринковій економіці, а тому категорії господарювання не повинні застосовуватись до такого ринкового явища, як підприємницькі відносини.

19. Такі категорії господарського права та законодавства, як «право господарського відання», «право оперативного управління», будучи правовими режимами у сфері господарювання, фактично призводять до необхідності визнання класичного цивільно-правового інституту права власності комплексним інститутом права, що призводить до проблем гармонізації та уніфікації українського законодавства у сфері регулювання підприємницьких відносин. У Західноєвропейському правовому регулюванні відповідниками правових режимів «право господарського відання», «право оперативного управління» компаній, заснованих державою та/або муніципальними (комунальними) органами, є виключно право власності, а самі ці суб'єкти економічної діяльності утворюються у формі акціонерних товариств, заснованих державою чи місцевою громадою з метою реалізації відповідних, в тому числі і підприємницьких проєктів.

20. У абсолютно вільних ринкових економіках існує небезпека виникнення ситуації, коли окремі підприємці забезпечують собі переважне становище на ринку і ринкова економіка перетворюється на монополістичну, в якій свобода підприємництва обмежується гіпертрофовано нерівним економічним становищем підприємців, що нівелює їх юридичну рівність. Тому завданням публічно-правового регулювання економіки є саме забезпечення вільного ринку з реальною свободою підприємницької діяльності та запобігання монополізації економіки. Не можна забувати також про те, що у суспільстві завжди існує потреба в певних соціальних товарах, послугах, споживачі яких самостійно не можуть сформувати платоспроможний попит. В таких випадках держава має забезпечувати або формування такого попиту, або створювати суб'єктів господарювання, які задовольнятимуть такі потреби неплатоспроможних

споживачів безприбутково, або ж навіть у збиток, за рахунок бюджетного фінансування. Саме в цих специфічних аспектах регулювання економічної діяльності допускається і навіть є необхідним імперативне втручання держави. Говорячи про необхідність публічно-правового регулювання підприємницьких відносин, слід виходити з того, що воно є вимушеним кроком. І метою запровадження тих чи інших адміністративних процедур має бути усвідомлення мети таких заходів: захисту слабкої сторони у тих чи інших зобов'язаннях, охорона та захист законних прав та інтересів учасників цивільного (торгового) обороту, обмеження всеосяжного прагнення до наживи підприємцями та досягнення у кінцевому результаті того блага, яке прийнято називати «суспільним благом». Публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин з огляду на перманентне ускладнення підприємницьких відносин слід розглядати як необхідну складову регулювання підприємництва в цілому. Проте першою метою задля належного функціонування приватноправових та публічно-правових засад у механізмі правового регулювання підприємницьких відносин має бути не пошук «паліативу» двох складових, а, навпаки, чітке розмежування сфер дії останніх, певним чином визначення автономності та недоцільності втручання одних в інші.

21. Обмеження компетенції арбітражних судів в Україні виключно спорами з іноземним елементом, а компетенції третейських судів — спорами між резидентами України, є штучним та може бути усунуте з законодавства. При цьому слід такі установи називати арбітражними судами, а їх засновникам надати право самостійно в межах, визначених законом, визначати їх компетенцію.

22. Підприємницькі відносини володіють іманентною властивістю придатності до уніфікаційних процесів, адже вони, по суті, лише рефлектують стосовно самого підприємництва, яке прагне розширювати межі своєї присутності та функціонування задля досягнення якнайбільшої вигоди (прибутку) — мети підприємництва. Питання створення всеєвропейського, всесвітнього кодексу цивільного права залишається більше примарою, ніж реальністю, проте саме інститути комерційного права (договірне, зобов'язальне) стають тими засадами, на яких створюються перші передумови до створення системи всезагального приватного права. Відсутність у комерційному праві та підприємницьких відносинах таких ознак, як національність, релігійність, спорідненість, культурні традиції та звичаї, робить його більше уніфікаційним та таким, що прагне до об'єднання та уніфікації, на відміну від сімейного, шлюбного, спадкового, зокрема і деліктного права. На відміну від міжнародного публічного права та його інститутів, підприємницькі відносини, як елементи міжнародної торгівлі та приватного права володіють значно розвинутішим арсеналом для міжнародної уніфікації та адаптації, що викликано, перш за все, характером та цілями торгового обороту — швидка оборотоздатність товарів та коштів, а відповідно, максимальна відсут-

ність бар'єрів для цього, в тому числі і щодо подолання колізій та протиріч у правовому регулюванні. Інтеграційні процеси в єдиному ринковому середовищі (ЄС) у регулюванні економічних відносин можуть безпосередньо не стосуватись самого підприємництва (як то реалізація принципу чотирьох свобод), проте у результаті цього «знімаються» перешкоди, що позитивно впливає на розвиток останнього. У цьому яскраво проявляється приватноправова природа підприємницьких відносин, які надзвичайно тісно пов'язані та є релевантними до змін в економічному середовищі.

23. Вимоги сучасності щодо суспільного розвитку вимагають переосмислення ролі та значення держави як суб'єкта, який уособлює у собі значні публічно-адміністративні повноваження. Саме реалізація концепції «сталого суспільного розвитку» сьогодні виступає тим лакмусовим папірцем, який визначає характер та роль держави у системі економічних відносин, важливою складовою якої виступають міжнародні підприємницькі відносини. Міжнародне правове регулювання підприємницьких (комерційних) відносин, перш за все, здійснюється на підставі та за допомогою міжнародного комерційного права, яке є певним специфічним утворенням приватноправового характеру.

Список літератури

1. Bonell M. J. An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts — Hotei Publishing, 2005. — 704 p.
2. Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (Text with EEA relevance) (notified under document number C(2003) 1422) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003H0361:EN:HTML>.
3. Commission Recommendation of 7 December 1994 on the transfer of small and medium-sized enterprises (Text with EEA relevance) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H1069:en:HTML>.
4. Conflict is costing business £33 billion every year [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.cedr.com/?location=/news/archive/20060526_232.htm.
5. Consumers International: About Us [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.consumersinternational.org/who-we-are/about-us#.UfwKKG2FrEo>.
6. Council Resolution of 27 November 1995 on small and medium-sized industrial enterprises (SMES) and technological innovation [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995Y1219%2802%29:EN:NOT>.
7. Die Abgrenzung des Handelsrechts vom buergerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jh — Stuttgart, 1962. — 141 s.
8. Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety (Text with EEA relevance) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0095:EN:HTML>.
9. Directive 2006/95/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the harmonisation of the laws of Member States relating to electrical equipment designed for use within certain voltage limits (codified version) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:374:0010:01:EN:HTML>.
10. Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 on the safety of toys (Text with EEA relevance) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:170:0001:01:EN:HTML>.

11. Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0034:EN:HTML>.
12. Gierke O. Berlin, 1909; Gierke O. von. von. «Das deutsche Genossenschaftsrecht». «Das deutsche Genossenschaftsrecht». — Bd. Bd. 1-3. — Leipzig, 1868, 1873, 1882.
13. Goldschmidt L. Handbuch des Handelsrechts. Handbuch des Handelsrechts. — Bd. Bd. 1-2. — Stuttgart 1874, 1883.
14. Granston R. A theory for international commercial law? [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ijj.ucr.ac.cr/archivos/publicaciones/congresos/Congreso%20Internacional%20de%20Derecho%20Mercantil%20-%20UNAM%202006/Cranston,%20Ross.pdf>.
15. Heilfron E. Lehrbuch des Handelsrechts. Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin, 1909.
16. Judgment of the Court of 25 April 1985. Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Measures having equivalent effect — Indications of origin. Case 207/83 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61983J0207.
17. Liebrman, Amy. Med-Arb: Is There Such a Thing? // Attorney at Law Magazine. — 2012. — November. — P. 36—39.
18. Mangas Martнn, A.; Licбn Nogueras, D. J.: Instituciones y Derecho de la Uniyn Europea, McGraw-Hill, Madrid.
19. McKendrick E. Goode on Commercial Law. Fourth Edition. Camberwell: Pinguin Books, 2010.
20. Michaels R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. Abstract [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2476&context=faculty_scholarship&sei-.
21. Regulation (EU) No 305/2011 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 laying down harmonised conditions for the marketing of construction products and repealing Council Directive 89/106/ЕЕС [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:088:0005:01:EN:HTML>.
22. Taylor B. The Internal & External Factors of Globalization [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.ehow.com/info_8447628_internal-external-factors-globalization.html.
23. The costs of Non ADR — Survey Data Report / ADR Center. — Rome, 2010. — 57 p.
24. White House Fact Sheet: Transatlantic Trade and Investment Partnership (Т-TIP) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2013/june/wh-ttip>.

Список літератури

25. Аблезгова О. В. Lex mercatoria как универсальный регулятор международной торговли / О. В. Аблезгова // Актуальные проблемы частного-правового регулирования : матер. Междунар. V науч. конф. молодых ученых. — Самара : Универс-груп, 2005. — С. 423—426.
26. Аблезгова О. В. Концепция lex mercatoria в международном частном праве / О. В. Аблезгова // матер. Междунар. межвуз. науч. конф. студентов и аспирантов «Внешнеэкономическая политика как механизм реализации национальных интересов». — К. : Изд-во Украинской академии внешней торговли, 2006. — С. 192— 195.
27. Абова Т. Е. Арбитражное процессуальное право в системе права России / Т. Е. Абова // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика : сб. науч. статей. — Краснодар—СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — С. 55— 66.
28. Аболонин В. О. «Судебное посредничество» в арбитражном процессе: Новая модель примирительной процедуры от ВАС РФ / В. О. Аболонин // Слияния и поглощения. — 2011. — № 7— 8. — С. 39—44.
29. Аболонин В. О. Коммерческая медиация в России: особый вектор развития / В. О. Аболонин // Закон. — 2012. — № 3. — С. 57— 67.
30. Ажнюк М. О. Основи економічної теорії : навч. посіб. / М. О. Ажнюк. — Ужгород : Гражда, 2005. — 204 с.
31. Актуальні проблеми методології приватного права : кол. монографія / за заг. ред. О. Д. Крупчана. — К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПРН України, 2005. — 266 с.
32. Алексеев С. С. Право: Азбука. Теория. Философия: Опыт комплекс. исслед. / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 710 с.
33. Гальчинський А. Кінець капіталізму можна цілком обґрунтовано трактувати як його тріумф / А. Гальчинський // Дзеркало тижня. — 2012. — № 4.
34. Андреев Ю. Н. Механизм гражданско-правовой защиты / Ю. Н. Андреев. — М. : НОРМА ; ИНФРА-М, 2010. — 464 с.
35. Андреева Л. В. Коммерческое право России / Л. В. Андреева. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 309 с.
36. Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посіб. / відп. ред. Р. А. Майданик. — К. : Юстініан, 2007. — 912 с.
37. Анохин В. С. Предпринимательское право : учеб. для студ. высш. учеб. заведений / В. С. Анохин. — М. : Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 1999. — 400 с.
38. Бакулина Л. Т. Уровни реализации правовой политики в сфере частного права / Л. Т. Бакулина // Российская правовая политика в сфере частного права. — М. : Статут, 2011. — С. 67—75.
39. Барінов В. В. Захист прав споживачів: Проблеми в Україні та світовий досвід / В. В. Барінов, Г. І. Скорик, О. В. Скорик // Вісник Нац. ун-ту «Львівська політехніка» : Логістика. — 2012. — № 749. — С. 112—117.

Список літератури

40. Барнз В. Нові регіональні економіки: Спільний ринок США і глобальна економіка / Вільям Барнз, Ларрі Ледебур ; пер. з англ. А. Пехник. — Л. : Літопис, 2003. — 189 с.
41. Батрова Т. А. Предпринимательское право : учеб. пособ. / Т. А. Батрова. — М. : РИОР ; ИНФРА-М, 2012. — 222 с.
42. Батрова Т. А. Современные тенденции развития торгового права / Т. А. Батрова. — М. : РИОР ; ИНФРА-М, 2011. — 181 с.
43. Безух О. В. Питання розмежування приватного господарського і цивільного права [Електронний ресурс] / О. В. Безух. — Режим доступу : <http://www.info-prensa.com/article-838.html>.
44. Безух О. В. Співвідношення приватних та публічних інтересів при здійсненні правового регулювання конкуренції / О. В. Безух // Методологія приватного права : зб. наук праць (за матер. наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / редкол. : О. Д. Крупчан (гол.) [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 169— 178.
45. Белицкая А. В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства : монография / А. В. Белицкая. — М. : Статут, 2012. — 191 с.
46. Белоглазек О. Международное контрактное право / О. Белоглазек. — К. : Таксон, 2000. — С. 270.
47. Белоглазек А. И. Защита прав потребителей в арбитраже / А. И. Белоглазек. — К. : Таксон, 2012. — 640 с.
48. Белых В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России : монография / В. С. Белых. — М. : Проспект, 2009. — 360 с.
49. Беляневич Е. А. Обычаи делового оборота [Електронний ресурс] / Е. А. Беляневич. — Режим доступу : <http://www.zakon.kz/4513179-obychai-delovogo-oborota-e.-beljanovich.html>.
50. Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія / О. А. Беляневич. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.
51. Беляневич О. А. Декілька нотаток про дуалізм права / О. А. Беляневич // Юридичний журнал. — 2004. — № 12. — С. 23—38.
52. Бендукидзе Каха. Дипломы о высшем образовании никому не нужны [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://forbes.ua/nation/1350373-kaha-bendukidze-diplomy-o-vysshem-obrazovanii-nikomu-ne-nuzhny>.
53. Беш А. Представитель в медиации / А. Беш // Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — С. 226—234.
54. Бойко М. Д. Правове регулювання підприємництва в Україні : навч.-практ. посіб. / М. Д. Бойко. — К. : Атіка, 2007. — 712 с.
55. Борисова Е. А. Российская процедура медиации: концепция развития / Е. А. Борисова // Вестник Московского университета. — Серия 11. Право. — 2011. — № 5. — С. 18—31.

Список літератури

56. Борисова Е. А. Российская процедура медиации: концепция развития / Е. А. Борисова // Вестник гражданского процесса. — 2011. — № 1. — С. 66—78.
57. Боярська З. І. Міжнародне комерційне право : навч. посіб. / З. І. Боярська. — К. : КНЕУ, 2001. — 143 с.
58. Брагинский М. И. Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М., 2006. — Т. 1. — 640 с.
59. Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица) / С. Н. Братусь // Ученые труды. — Вып. XII. — М. : Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1947. — 363 с.
60. Булатецкий Ю. Е. Торговое право : учеб. пособ. / Ю. Е. Булатецкий. — М. : МЦФЕР, 2004. — 640 с.
61. Бурбело О. А. Комерційне право : навч. посіб. / О. А. Бурбело ; Луганський ін-т внутрішніх справ МВС України. — Луганськ : [б. в.], 1997. — 178 с.
62. Валлерстайн И. После либерализма / И. Валлерстайн. — М. : Едиториал УРСС, 2003. — 256 с.
63. Василенко В. О. Підприємництво / В. О. Василенко, Т. Л. Миронова, В. А. Подсолонко, А. Ф. Процай ; за ред. В. А. Подсолонко, Т. Л. Миронової. — К. : Центр навчальної літератури, 2003. — 616 с.
64. Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте / Н. Г. Вилкова. — М. : Статут, 2004. — 510 с.
65. Вишняков О. К. Инструмент та методи правового забезпечення комерційних відносин в Європейському Союзі / О. К. Вишняков // Часопис цивілістики. — О., 2010. — Вип. 8. — С. 13—16.
66. Відомості про підрахунок голосів виборців по загальнодержавному багатомандатному виборчому округу [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.cvk.gov.ua/pls/vnd2012/wp300?PT001F01=900>.
67. Вінник О. М. Господарське право : курс лекцій / О. М. Вінник. — К. : Атіка, 2004. — 624 с.
68. Вышинский А. Я. Вопросы теории права / А. Я. Вышинский. — М., 1949. — 570 с.
69. Гайдулін О. О. Європейське контрактне право (загальна частина) : курс лекцій / О. О. Гайдулін ; Київський нац. екон. ун-т імені Вадима Гетьмана. — К. : КНЕУ, 2008. — 277 с.
70. Гайдулін О. О. Зближення контрактного права європейських країн : монографія / Олександр Олександрович Гайдулін. — К. : Видавець Позднишев, 2009. — 293 с.
71. Гамбаров Ю. С. Историческое соотношение между гражданским и публичным правом (Печатается по: Курс гражданского права. Часть общая. Т. 1. — С.-Пб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. — 793 с. — репринтная копия) // Часопис цивілістики ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». — 2011. — Вип. 10. — С. 40—47.

Список літератури

72. Глессер У. Развитие конфликт-менеджмента в немецких компаниях: эмпирические результаты, теоретические модели и практические рекомендации / У. Глессер // Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — С. 235—246.
73. Гончаров А. А. Международное коммерческое (торговое) право / А. А. Гончаров. — М. : Data Сквер, 2009. — 264 с.
74. Горшунов Д. Н. Концептуальное развитие современного российского частного права / Д. Н. Горшунов // Российская правовая политика в сфере частного права : матер. «круглого стола» журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь» ; Казанский (Приволжский) федеральный ун-т (22 июня 2010 г.). — М. : Статут, 2011. — С. 25—33.
75. Господарське право : конспект лекцій / В. В. Сергієнко, Ж. О. Андрійченко, А. В. Галушко [та ін.]. — Х.: Вид-во ХНЕУ, 2010. — 444 с.
76. Господарські і підприємницькі відносини в економіці України та їх правове забезпечення (за матер. «круглого столу» «Господарські і підприємницькі відносини в економіці України та їх правове забезпечення») // Право України. — 1996. — № 12. — С. 34—44.
77. Господарські і підприємницькі відносини в економіці України та їх правове забезпечення (за матер. «круглого столу» «Господарські і підприємницькі відносини в економіці України та їх правове забезпечення») // Право України. — 1996. — № 11. — С. 10—21.
78. Государство и высшие руководители крупнейших компаний мира: в отчете звучит призыв к заключению нового социального договора между бизнесом и государством [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.pwc.ru/ru/press-releases/2013/new-contrat-business-state.jhtml>.
79. Гражданское и торговое право капиталистических государств / отв. ред. Е. А. Васильев. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Междунар. отношения, 1993. — 560 с.
80. Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. — М. : Юрайт, 2008. — 993 с.
81. Дейлі Г. Поза зростанням. Економічна теорія сталого розвитку / Г. Дейлі ; пер. з англ. Ін-т сталого розвитку. — К. : Інтелсфера, 2002. — 312 с.
82. Декрет об организации товарообмена для усиления хлебных заготовок от 26 марта 1918 г.
83. Дендорфер Р. Медиация в Германии: структура, особенности и современное состояние / Р. Дендорфер // Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — С. 1—27.
84. Державний класифікатор ДК 002:2004 «Класифікація організаційно правових форм господарювання», затверджений наказом Державного

Список літератури

- комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.05.2004 р. № 97.
85. Джунь В. В. Про принципи і критерії кодифікаційної обробки нормативного матеріалу в сфері підприємництва та інших видів господарської діяльності / В. В. Джунь // *Право України*. — 2000. — № 7. — С. 23—24.
86. Дзера О. В. Цивільне право України. Загальна частина / О. В. Дзера. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 976 с.
87. Дзера О. В. Чи потрібна цивільно-правова конфіскація у новому ЦК України? / О. В. Дзера // *Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії та практики : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 29—30 квітня 2004 р.)*. — К. : Академія правових наук України ; НДІ приватного права і підприємництва ; НДІ інтелектуальної власності ; Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2004. — С. 584—593.
88. Директива 2008/52/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 21.05.2008 р. про деякі аспекти медіації у цивільних і комерційних спорах [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>.
89. Дмитрієв А. І. Міжнародне публічне право / А. І. Дмитрієв, В. І. Мурайов. — К. : Юрінком Інтер, 2000. — 640 с.
90. Довгерт А. С. Академічні читання / А. С. Довгерт. — К., 2009. — С. 3.
91. Довгерт А. С. Концепція кодифікації приватного права України / А. С. Довгерт // *Приватне право і підприємництво*. — 2008. — № 7. — С. 16—31.
92. Договір про заснування Європейської Спільноти від 25.03.1957 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_017.
93. Дозорцев В. А. Проблемы совершенствования гражданского права РФ при переходе к рыночной экономике / В. А. Дозорцев // *Государство и право*. — 1994. — № 1. — С. 26—36.
94. Дойников И. В. Актуальные проблемы гражданского и предпринимательского права / И. В. Дойников. — М. : ЮРКОМПАНИ, 2011. — 558 с.
95. Дойников И. В. Проблемы разработки Концепции предпринимательского (хозяйственного) законодательства [Електронний ресурс] / И. В. Дойников. — Режим доступу : http://www.bmpravo.ru/show_stat.php?stat=792
96. Дойников И. В. Кризис гражданско-правовой доктрины и современный этап кодификации российского законодательства / И. В. Дойников // *Юридичний вісник України*. — 2009. — № 20 (724). — С. 4—5.

Список літератури

97. Долинская В. В. Основные тенденции и проблемы развития частного права на современном этапе / В. В. Долинская // Частное право: проблемы и тенденции развития : матер. Междунар. науч.-практ. конф. — М., 2009. — 71 с.
98. Дудорова К. Б. Цивільно-правове регулювання діяльності товарних бірж в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / К. Б. Дудорова. — К., 1995. — 23 с.
99. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже // Офіційний вісник України. — 2004. — № 44. — С. 357. — Ст. 2940.
100. Економічна історія України / гол. ред. ради В. М. Литвин. — К. : Ніка-центр, 2011. — Т. 2. — 608 с.
101. Єврокомісія прагне активізувати торговельні відносини між ЄС та США [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/press_corner/all_news/news/2013/2013_03_13_2_uk.htm.
102. Європейська інтеграція : навч. посіб. для студ. ВНЗ / за ред. : С. В. Федонюка, В. Й. Лажніка. — 2-ге вид., перероб. і допов. — Луцьк : Волинський нац. ун-т імені Лесі Українки, 2011. — 760 с.
103. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.
104. Журнал «Форбс». — 2912. — № 6 (100). — С. 89.
105. Закон України «Про акредитацію органів з оцінки відповідності» від 17.05.2001 р. № 2407-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 32. — Ст. 170.
106. Закон України «Про видавничу справу» від 05.06.1997 р. № 318/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 32. — Ст. 205.
107. Закон України «Про державно-приватне партнерство» від 01.07.2010 р. № 2404-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 40. — Ст. 524.
108. Закон України «Про державну підтримку малого підприємництва» від 19.10.2000 р. № 2063-III // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 51. — Ст. 447.
109. Закон України «Про державну програму економічного і соціального розвитку України на 2010 рік» від 20.05.2010 р. № 2278-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 33. — Ст. 470.
110. Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 29. — Ст. 367.
111. Закон України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» від 22.12.1998 р. № 330-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 9. — Ст. 65.
112. Закон України «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»

Список літератури

- від 21.11.2002 р. № 228-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 3. — Ст. 12.
113. Закон України «Про кредитні спілки» від 20.12.2001 р. № 2908-III // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 15. — Ст. 101.
114. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
115. Закон України «Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні» від 21.12.2000 р. № 2157-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 7. — Ст. 35.
116. Закон України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 09.07.2003 р. № 1057-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 47. — Ст. 372.
117. Закон України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» від 25.06.2009 р. № 1561-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2009. — № 51. — Ст. 755.
118. Закон України «Про оцінку земель» від 11.12.2003 р. № 1378-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 15. — Ст. 229.
119. Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 р. № 2658-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 47. — Ст. 251.
120. Закон України «Про підприємництво» від 07.02.1991 р. № 698-XII (втратив чинність з 01.01.2004 р., крім статті 4, на підставі п. 2 розділу IX «Прикінцеві положення» Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. № 436-IV) // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 14. — Ст. 168.
121. Закон України «Про підприємства в Україні» від 27.03.1991 р. № 887-XII (втратив чинність з 01.01.2004 р. на підставі п. 2 розділу IX «Прикінцеві положення» Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. № 436-IV) // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 24. — Ст. 272.
122. Закон України «Про підтвердження відповідності» від 07.05.2001 № 2406-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 32. — Ст. 169.
123. Закон України «Про природні монополії» від 20.04.2000 р. № 1682-III // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 30. — Ст. 238.
124. Закон України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» від 22.03.2012 р. № 4618-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2013. — № 3. — Ст. 23.
125. Закон України «Про стандартизацію» від 17.05.2001 р. № 2408-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 31. — Ст. 145.
126. Закон України «Про теплопостачання» від 02.06.2005 р. № 2633-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 28. — Ст. 373.

Список літератури

127. Закон України «Про товарну біржу» від 10.12.1991 р. № 1956-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 10. — Ст. 139.
128. Закон України «Про торгово-промислові палати в Україні» від 02.12.1997 р. № 671/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 13. — Ст. 52.
129. Закон України «Про третейські суди» від 11.05.2004 р. № 1701-ІV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 35. — Ст. 412.
130. Закон України «Про угоди про розподіл продукції» від 14.09.1999 р. № 1039-ХІV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 44. — Ст. 391.
131. Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р. № 2664-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 1. — Ст. 1.
132. Закон України «Про хімічні джерела струму» від 23.02.2006 р. № 3503-ІV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 33. — Ст. 279.
133. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р. № 3480-ІV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — Ст. 268.
134. Захарченко Т. Г. Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж / Т. Г. Захарченко // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Торг.-пром. палата України ; за заг. ред. І. Г. Побірченка. — К. : Ін Юре, 2007. — 584 с.
135. Знаменский Г. Л. Новое хозяйственное право : избр. труды / Г. Л. Знаменский. — К. : Юринком Интер, 2012. — 488 с.
136. Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права / Р.-М. З. Зумбулидзе // Обычай в праве. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — 380 с.
137. Иванова Е. А. Страсбург: В поисках утраченного (Дело «Совтрансавто против Украины») // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика : сб. науч. ст. — Краснодар—СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — С. 654—669.
138. Интернет-интервью с А. С. Комаровым, Председателем Международного коммерческого арбитражного суда: «Международный коммерческий арбитраж в России: актуальные вопросы практики разрешения споров» [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.consultant.ru/law/interview/komarov/>.
139. История государства и права зарубежных стран : в 2 ч. / под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. — М. : НОРМА, 2001. — Ч. 1. — 712 с.
140. Каминка А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. — М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 548 с.

Список літератури

141. Карсакова Н. А. Теория Lex Mercatoria в юридической доктрине и практике : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право, предпринимательское право» / Наталья Александровна Карсакова ; Ин-т государства и права. — М., 2006. — 24 с.
142. Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації / В. І. Кисіль. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Україна, 2005. — 480 с.
143. Комерційна дипломатія: торговельна політика і право : навч. посіб. — Л. : Астролябія, 2006. — 704 с.
144. Комерційна діяльність : підручник / В. В. Апопій [та ін.] ; ред. В. В. Апопій. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Знання, 2008. — 558 с.
145. Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — 304 с.
146. Коммерческий кодекс Франции / предисл., пер. с фр., дополн., словарь-справочник и ком. В. Н. Захватаева. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 1272 с.
147. Коммерческое право зарубежных стран : учебник / под ред. В. Ф. Попондопуло. — СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та ; изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. — 504 с.
148. Коммерческое право : учебник / ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлева ; Санкт-Петербургский гос. ун-т. Юридический и специальный юридический ф-т. — СПб., 1998. — Ч. 1. — 518 с.
149. Коммунистическая оппозиция в СССР: 1923—1927 / ред.-сост. Ю. Фельштинский. — М. : TERRA, 1990. — Т. 1. — 257 с.
150. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/01/19880101%2003-03%20AM/Ch_X_10p.pdf.
151. Конвенция ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях 1988 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/int_bills_of_exchange.shtml.
152. Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/hamburg.pdf.
153. Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных акредитивах 1995 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/credit.shtml.
154. Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений: Нью-Йорк, 1958 г. // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — С. 329. — Ст. 3004.

Список літератури

155. Конвенция ООН об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле 1991 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/transport-r.pdf.
156. Конвенция ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/debit.pdf.
157. Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів від 14.06.1974 р. // Офіційний вісник України. — 2006. — № 38. — С. 253.
158. Контрреволюционные события в феврале 1921 года. Имеются в виду крестьянские волнения, возникшие в Сибири и Поволжье, в связи с недовольством крестьян хлебной разверсткой. Финалом этого мелкобуржуазного возмущения были кронштадтские события 2—13 марта 1921 года.
159. Корецкий В. М. Очерки международного хозяйственного права / В. М. Корецкий. — Х. : Трест «Харків-Друк» ; Харківська школа друкарського діла ім. А. Багинського, 1938. — 134 с.
160. Костин А. И. Экополитика и глобалистика : учеб. пособ. для студ. вузов / А. И. Костин. — М. : Аспект Пресс, 2005. — 418 с.
161. Кот О. До питання про визнання недійсними угод, укладених з метою, суперечною інтересам держави і суспільства / О. Кот // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4. — С. 177—182.
162. Котюк В. О. Основи держави і права : навч. посіб. / В. О. Котюк. — 3-те вид., перероб. і допов. — К. : Атіка, 2001. — 432 с.
163. Кравчук М. В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права : навч. посіб. / М. В. Кравчук. — 3-те вид., змін., і допов. — Тернопіль : Карт-бланш, 2002. — 247 с.
164. Краснокутский В. А. Римское частное право : учебник / В. А. Краснокутский, И. Б. Новицкий, И. С. Перетерский, И. С. Розенталь, Е. А. Флейшиц ; под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. — М. : Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. — 584 с.
165. Кривицька Ю. Новий погляд на права споживачів крізь призму європейського права / Ю. Кривицький // Юридичний журнал. — 2005. — № 10 (40). — С. 47—48.
166. Круглова Н. Ю. Хозяйственное право / Н. Ю. Круглова. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : РДЛ, 2001. — 912 с.
167. Крупка Ю. М. Правові основи підприємницької діяльності : навч. посіб. / Ю. М. Крупка. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 480 с.
168. Крупчан О. Д. Методологічні підходи до проблеми взаємозв'язку приватного та публічного права / О. Д. Крупчан // Методологія приват-

Список літератури

- ного права : зб. наук. пр. (за матер. наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / редкол. : О. Д. Крупчан (гол.) [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 10—19.
169. Крупчан О. Д. Проблеми взаємозв'язку приватного та публічного в цивільному праві України / О. Д. Крупчан // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії та практики : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 29—30 квітня 2004 р.). — К. : Академія правових наук України ; НДІ приватного права і підприємництва ; НДІ інтелектуальної власності ; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2004. — С. 7—14.
170. Кузнецова Н. С. Предпринимательское законодательство в Украине и в странах Европы (частноправовые аспекты) / Н. С. Кузнецова // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — 528 с.
171. Кузнецова Н. С. Развитие гражданского законодательства Украины: проблемы и перспективы / Н. С. Кузнецова // Розвиток цивільного законодавства України: шляхи подолання кодифікаційних протиріч : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. — К., 2006. — С. 10—22.
172. Кузнецова Н. С. Основні методологічні засади сучасного цивільного права України / Н. С. Кузнецова // Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку / Н. С. Кузнецова. — К., 2009. — С. 8—24.
173. Кузнецова Н. С. Проблеми відповідності цивільного законодавства України стандартам Європейського Союзу / Н. С. Кузнецова // Часопис Хмельницького університету управління та права. — Вип. 1—2. — 2005. — С. 66—69.
174. Кузнецова Н. С. Ринок цінних паперів в Україні: правові основи формування та функціонування / Н. С. Кузнецова, І. Р. Назарчук. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 528 с.
175. Кузьменко А. М. Концепція *lex mercatoria* і міжнародне приватне право: особливості інформаційно-світоглядного протиборства / А. М. Кузьменко // IV Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корещького : зб. наук. пр. / КУП НАН Україн ; редкол. : Ю. С. Шемшученко, Ю. Л. Бошицький, О. В. Чернецька, В. Н. Денисов. — К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2011. — С. 96—113.
176. Кузьмін Р. І. Співвідношення понять «підприємництво» та «господарська діяльність» / Р. І. Кузьмін, Р. А. Кузьмін // Право України. — 1999. — № 5. — С. 88—92.
177. Кулагин М. И. Избранные труды по акционерному и торговому праву / М. И. Кулагин. — М. : Статут, 2004. — 362 с.
178. Курило М. П. Комерційне право : навч. посіб. / М. П. Курило, В. М. Завальний, М. В. Завальний. — Суми : Університетська книга, 2010. — 238 с.

Список літератури

179. Курс советского хозяйственного права / под ред. Л. Гинцбурга и Е. Пашуканиса ; Ком. акад. Ин-т сов. строительства и права. Секция хоз. права. — М. : Сов. законодательство, 1935. — Т. 1. — 448 с.
180. Ленин В. И. Очередные задачи советской власти : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1953. — Т. 27. — С. 207—246.
181. Ленин В. И. Заметки публициста : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1953. — Т. 33. — С. 178—186.
182. Ленин В. И. Значение борьбы за всенародный учет и контроль : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1950. — Т. 33. — С. 224—227.
183. Ленин В. И. Международное положение Российской Советской республики и основные задачи социалистической революции : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1953. — Т. 27. — С. 209—215.
184. Ленин В. И. Новый фазис борьбы с буржуазией : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1953. — Т. 27. — С. 216—223.
185. Ленин В. И. Развитие советской организации : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1953. — Т. 27. — С. 242—245.
186. Ленин В. И. Государственные предприятия, переводимые на так называемый хозяйственный расчет, и профсоюзы : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1950. — Т. 33. — С. 160—161.
187. Ленин В. И. О внутренней и внешней политике Республики: Отчет ВЦИК и СНК IX Всероссийскому съезду Советов 23 декабря 1921 г. : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1950. — Т. 33. — С. 117—153.
188. Ленин В. И. О значении золота теперь и после полной победы социализма : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1950. — Т. 33. — С. 85—92.
189. Ленин В. И. О новой экономической политике : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1950. — Т. 33. — С. 59—85.
190. Ленин В. И. Проект директивы Политбюро ЦК РКП(б) о новой экономической политике : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1950. — Т. 33. — С. 171—172.
191. Ленин В. И. Пять лет Российской Революции и перспективы мировой революции: Доклад на IV конгрессе Коминтерна 13 ноября 1922 г. : соч. / В. И. Ленин. — 4-е изд. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1950. — Т. 33. — С. 380—394.
192. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч. посіб. / В. В. Луць. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 576 с.

Список літератури

193. Лысенко О. Л. История кодификации торгового права Германии в XIX веке : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. Л. Лысенко. — М., 1997. — 146 с.
194. Мадісон В. В. Соціальні відносини, функції і механізми соціальної дії приватного права / В. В. Мадісон // *Методологія приватного права : зб. наук пр. (за матер. наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / редкол. : О. Д. Крупчан (гол.) [та ін.]*. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 55—67.
195. Мажорина М. В. К вопросу о современном LEX MERCATORIA [Електронний ресурс] / М. В. Мажорина. — Режим доступу : <http://studiju.ridice.md/revista-ng-3-4-2009k-voprosu-o-sovremenном-lex-mercatoria>.
196. Макинтайнер С. Антикризисная политика переполошила денежные мешки / С. Макинтайнер // *Комментарии*. — 2013. — № 10.
197. Малова О. В. Правовой обычай, обыкновения и общепризнанные принципы и нормы международного права / О. В. Малова // *Сибирский юридический вестник*. — 2001. — № 4. — С. 48—56.
198. Малышев К. И. Об ученой разработке торгового права в России / К. И. Малышев // *Избранные труды по конкурсному процессу и торговому праву*. — М. : Статут, 2007. — 795 с.
199. Мамутов В. К. Кодификация : сб. науч. тр. / В. К. Мамутов. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 248 с.
200. Мамутов В. К. Господарче право зарубіжних країн : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. К. Мамутов, О. О. Чувпило. — К. : Ділова Україна, 1996. — 352 с.
201. Мантул Г. А. К вопросу о принципе состязательности в арбитражном процессе / Г. А. Мантул // *Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика : сб. науч. ст.* — Краснодар—СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — С. 247—254.
202. Маркс К. Капітал / К. Маркс. — К. : Державне вид-во політичної літератури УРСР, 1980. — 926 с.
203. Марущак В. П. Державна власність — основа планування соціально-економічного розвитку / В. П. Марущак // *Роль публичной собственности в обеспечении социально-экономического развития Украины : матер. Междунар. науч.-практ. конф., г. Донецк, 18 сентября 2012 г.* — Донецьк : Юго-Восток, 2012. — С. 65—67.
204. Матвеев Г. К. Вибране / Г. К. Матвеев. — К. : Україна, 2008. — 600 с.
205. Мачуський В. В. Правове забезпечення підприємницької діяльності : курс лекцій / В. В. Мачуський. — К. : КНЕУ, 2002. — 348 с.
206. Международное торговое дело : учебник / под ред. проф. О. И. Дегтяревой. — М. : Магистр ; ИНФРА-М, 2011. — 608 с.
207. Ментух Н. Ф. Господарська правоздатність / Н. Ф. Ментух // *Адвокат*. — 2011. — № 2 (125). — С. 39—41.

Список літератури

208. Мережко О. О. Нове Jus commune Europe / О. О. Мережко // Юридическа газета. — 2003. — № 12 (12).
209. Міжнародне приватне право. Загальна частина : підручник / за ред. проф. А. С. Довгерта, проф. В. І. Кисіля. — К. : Правова єдність, 2012. — 374 с.
210. Модельний закон СНД «Про саморегульовані організації» від 31 жовтня 2007 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.sro.org.ua/index.php?option=com_content&task=view&id=296.
211. Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима : учебник / С. А. Муромцев. — М. : Статут, 2003. — 685 с.
212. Мусин В. А. О способах альтернативного разрешения экономических споров в рамках СНГ / В. А. Мусин // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст : Всемирная конф. Международ. ассоциации процессуального права, 18—21 сентября 2012 г., Москва, Россия : сб. докл. / под ред. д-ра юрид. наук. Д. Я. Малешина ; Междунар. ассоциация процессуального права. — М. : Статут, 2012. — С. 665—671.
213. Наказ Міністерства транспорту та зв'язку «Про затвердження Положення про метрологічну службу Державного департаменту з питань зв'язку та інформатизації» від 14.04.2006 р. № 349.
214. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / кол. авт. : Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина [та ін.] ; за заг. ред. В. К. Мамутова. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 688 с.
215. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / О. А. Беяневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина [та ін.] ; за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 776 с.
216. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / Ю. Б. Бек [та ін.] ; ред. В. М. Коссак. — К. : Істина, 2004. — 976 с.
217. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — Т. 1. — 832 с.
218. Національна програма сприяння розвитку малого підприємництва в Україні : затверджена Законом України «Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні» від 21.12.2000 р. № 2157-III.
219. Нестерпна легковажність буття // Український тиждень. — 2013. — № 13 (282). — С. 36.
220. Нижник Н. Р. До питання про співвідношення приватного і публічного права / Н. Р. Нижник // Методологія приватного права : зб. наук. пр. (за матер. наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / редкол. : О. Д. Крупчан (гол.) [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 68—72.

Список літератури

221. Ніколаєва Л. В. Підприємницьке право : навч. посіб. / Л. В. Ніколаєва ; за ред. О. В. Старцева. — К. : Істина, 2006. — 208 с.
222. Обычаи (торговые) Рижской биржи. — Рига, 1893.
223. Обычаи торговые Кенигсбергской биржи. — СПб., 1913.
224. Опришко В. Ф. Міжнародне економічне право : підручник / В. Ф. Опришко. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : КНЕУ, 2003. — 311 с.
225. Орленко Л. В. История торговли / Л. В. Орленко. — М. : ИД «Форум»—ИНФРА-М, 2012. — 352 с.
226. Основы Германского международного экономического права / сост. Вильфрид Бергман и Герберт Флор ; пер. с нем. — С.-Петербург : Изд-во юрид. ф-та С.-Петербургского гос. ун-та, 2007. — 732 с.
227. Павленко Д. Г. Підстави і поняття передоговірної відповідальності / Д. Г. Павленко // Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посіб. / Д. Г. Павленко ; відп. ред. Р. А. Майданик. — К. : Юстініан, 2007. — С. 764—772.
228. Панченко Ю. До демократии осталось несколько тысяч [Електронний ресурс] / Ю. Панченко // Коммерсант Украины. — 2011. — № 101. — Режим доступу : <http://kommersant.ua/doc/1665829>.
229. Пасенюк О. М. Розмежування видів судової юрисдикції / О. М. Пасенюк // Юридичний вісник України. — 2009. — № 21.
230. Пачковський Ю. Ф. Психологія підприємництва / Ю. Ф. Пачковський. — К. : Каравела, 2012. — 416 с.
231. Петров В. М. Основы комерційної діяльності : навч. посіб. / В. М. Петров ; Харківський держ. аграрний ун-т ім. В. В. Докучаєва. — Х. : [б. в.], 2001. — 200 с.
232. Пилипенко А. Я. Господарське право. Курс лекцій : навч. посіб. для юрид. ф-тів вузів / А. Я. Пилипенко. — К. : Вентурі, 1996. — 388 с.
233. Підпригора О. А. Римське право / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 512 с.
234. Підприємницьке право України : підручник / за заг. ред. доц. Р. Б. Шишки. — Х. : ЕСПАДА, 2000. — 480 с.
235. Плахіна І. В. Цивільно-правовий статус бірж : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. В. Плахіна. — К., 2009. — 15 с.
236. Побірченко І. Г. Передмова / І. Г. Побірченко // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Торг.-пром. палата України ; за заг. ред. І. Г. Побірченка. — К. : Ін Юре, 2007. — 584 с.
237. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М. : Статут, 1998. — 353 с.
238. Покровский И. А. История римского права : учебник / И. А. Покровский. — М. : Статут, 2004. — 540 с.

Список літератури

239. Полюхович В. І. Актуальні проблеми розвитку саморегулювання на фондовому ринку України / В. І. Полюхович // Вісник Академії правових наук України. — 2011. — № 3 (66). — С. 138—146.
240. Полюхович В. І. Державне регулювання фондового ринку України: господарсько-правовий механізм / В. І. Полюхович. — К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. — 337 с.
241. Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право : учебник / В. Ф. Попондопуло. — 3-е изд. — М. : НОРМА, 2008. — 800 с.
242. Попондопуло В. Ф. Право гражданское, предпринимательское (хозяйственное), торговое — единство и дифференциация предмета правового регулирования / В. Ф. Попондопуло // Збірник тез доповідей учасників Міжнар. наук.-практ. конф. «Розвиток цивільного законодавства України: шляхи подолання кодифікаційних протиріч». — К. : Вид-во КНУ імені Тараса Шевченка, 2006. — 436 с.
243. Постанова Верховної Ради України «Про основні напрями зовнішньої політики України» від 02.07.1993 р. № 3360-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 37. — Ст. 379.
244. Постанова Верховної Ради України «Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України» від 17.04.2003 р. № 729-IV // Голос України. — 2003. — № 77.
245. Постанова Верховної Ради України «Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України та її виконання» від 16.03.2004 р. № 1602-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 24. — Ст. 337.
246. Постанова Верховної Ради України «Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям» від 04.02.2005 р. № 2426-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 12. — Ст. 209.
247. Постанова Верховної Ради України «Про стабілізацію політичної та соціально-економічної ситуації в Україні та запобігання антиконституційним діям і сепаратистським проявам, що загрожують суверенітету і територіальній цілісності України» від 01.12.2004 р. № 2215-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 545.
248. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Програми діяльності Кабінету Міністрів України «Український прорив: для людей, а не політиків» від 16.01.2008 р. № 14 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/14-2008-p>.
249. Постанова Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо виконання у 2005 році Програми діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям» від 06.05.2005 р. № 324 // Офіційний вісник України. — 2005. — № 19. — Ст. 996.
250. Постанова Кабінету Міністрів України «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 16.08.1999 р. № 1496 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 33. — Ст. 168.

Список літератури

251. Постанова Кабінету Міністрів України «Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України» від 05.06.2002 р. № 779 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/779-2002-п>.
252. Постанова Кабінету Міністрів України «Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України» від 04.02.2005 р. № 115 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/115-2005-п>.
253. Постанова Національної комісії регулювання електроенергетики «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з розподілу природного та нафтового газу» від 13.01.2010 р. № 12 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 3. — Ст. 124.
254. Постанова Пленуму Вищого господарського суду «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» від 24.11.2011 р. № 10 // Вісник господарського судочинства. — 2011. — № 6. — С. 13.
255. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» від 01.03.2013 р. № 3 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13>.
256. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (щодо виконання рішень третейських судів) від 22.01.2008 р. № 1399 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31454.
257. Пояснювальна записка до проекту Закону України про внесення змін до статті 6 Закону України «Про третейські суди» (щодо підвідомчості справ у сфері захисту прав споживачів третейським судам) від 06.09.2010 р. № 6670-1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=38463.
258. Право Європейського Союзу / за ред. В. В. Муравйова. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 704 с.
259. Правові основи підприємницької діяльності : підруч. з навч. курсу «Комерційне право» / відп. ред. В. І. Шакун, П. В. Мельник. — К. : Правові джерела, 1997. — 780 с.
260. Правовое положение коммерческих организаций : учеб. и науч.-практ. пособ. / под ред. Ю. А. Тихомирова ; Гос. ун-т «Высшая школа экономики». Факультет права. — М. : Юстицинформ, 2001. — 368 с.
261. Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по международным встречным торговым сделкам 1992 года [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/sales/countertrade/countertrade-r.pdf>.

Список літератури

262. Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов 1987 года [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1988Guide.html.
263. Предмет и система советского гражданского права / С. Н. Братусь ; Всесоюз. ин-т юрид. наук (Курс совет. гражд. права). — М. : Госюр-издат, 1963. — 197 с.
264. Предпринимательское право Российской Федерации : учеб. пособ. / под ред. В. Е. Севрюгина. — Тюмень : Изд-во Тюменского гос. ун-та, 1997. — Кн. 1. — 302 с.
265. Приватне право в системі права України: поняття, критерії виокремлення, структура : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Р. Б. Сивий ; Львів. нац. ун-т імені Івана Франка. — Л., 2006. — 16 с.
266. Притика Ю. Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді : монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Ін Юре, 2006. — 636 с.
267. Програма Комуністичної партії України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.kpu.ua/programmaku/>.
268. Проект Закону «Про фахові самоврегульовані та самоврядні об'єднання» від 10.09.2009 р. № 4841-1.
269. Порфір'єва О. К. Уніфікація правового регулювання умов зовнішньоекономічних контрактів у міжнародному приватному праві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / Олена Костянтинівна Порфір'єва ; Нац. юрид. академія України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2000. — 20 с.
270. Публічно-правові та приватноправові засади регулювання підприємництва (матер. «круглого столу» «Приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємництва в Україні») // Право України. — 1996. — № 5. — С. 21—30.
271. Пугинский Б. И. Коммерческое право России : учебник / Б. И. Пугинский. — 2-е изд. — М. : Зерцало, 2008. — 350 с.
272. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. — 5-те вид., зі змінами. — К. : Атіка, 2001. — 176 с.
273. Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права (юриспруденции) : учебный курс / Ф. М. Раянов. — М. : Право и государство, 2003. — 304 с.
274. Регламент Постійнодіючого Третейського суду при ВГО «Всеукраїнський фінансовий союз» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : pdts.org.ua/reglament.html.
275. Регламент Третейського суду при Асоціації «Європейська Економічна Палата» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.ecc-ua.com/infomation/arbitration_procedure/.

Список літератури

276. Решетов Ю. С. Уровни глобализации / Ю. С. Решетов // Правовое регулирование и правореализация. — Казань : Изд-во Казан. гос. ун-та, 2008. — С. 136—140.
277. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку «Про затвердження Положення про діяльність саморегулювальної організації професійних учасників фондового ринку, яка об'єднує компанії з управління активами» від 29.09.2004 р. № 415 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 42. — Ст. 2800.
278. Рішення Конституційного Суду України від 10.06.2003 р. № 11-рп/2003 (справа про мораторій на примусову реалізацію майна) // Офіційний вісник України. — 2003. — № 25. — Ст. 1217.
279. Рішення Національної комісії з питань регулювання зв'язку «Про затвердження Порядку аналізу ринків послуг пропуску трафіка та визначення операторів телекомунікацій з істотною ринковою перевагою» від 25.08.2011 р. № 444 // Офіційний вісник України. — 2011. — № 72. — Ст. 2719.
280. Родионова О. М. Источники гражданского права России: история и современность / О. М. Родионова. — М. : Юрлитинформ, 2009. — 180 с.
281. Роз'яснення Міністерства юстиції України «Взаємодія держави та інститутів громадянського суспільства» від 03.02.2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS14895.html.
282. Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 21 серпня 2008 р. № 1000 «Про затвердження Положення про делегування Державною комісією з регулювання ринків фінансових послуг України окремих повноважень об'єднанню страховиків» // Офіційний вісник України. — 2008. — № 85. — Ст. 2856.
283. Розпорядження Закарпатської обласної державної адміністрації «Про регіональну Програму підтримки малого підприємництва в Закарпатській області на 1999—2000 роки» від 02.02.1999 р. № 22 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://uazakon.com/document/spart62/inx62655.htm>.
284. Розпорядження Луганської обласної державної адміністрації «Про заходи щодо виконання у 2002 році Регіональної програми підтримки малого підприємництва в Луганській області» від 27.02.2002 р. № 133 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://uazakon.com/document/spart16/inx16956.htm>.
285. Руководство по применению Типового закона Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о международной коммерческой согласительной процедуре [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/544/95/PDF/V0254495.pdf?OpenElement>.

Список літератури

286. Санаіхметова Н. О. Підприємницьке право: Суб'єкти підприємництва. Кредитування. Оренда. Лізинг. Зовнішньоекономічна діяльність. Інвестиції. Антимонопольне законодавство. Захист від недобросовісної конкуренції. Реклама : навч. посіб. / Н. О. Санаіхметова. — 2-ге вид. — К. : А.С.К., 2002. — 704 с.
287. Санаіхметова Н. О. Поняття суб'єктів підприємницької діяльності / Н. О. Санаіхметова // Право України. — 2001. — № 9. — С. 28—33.
288. Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект) : монографія / І. Б. Саракун. — К. : НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. — 156 с.
289. Свод Либавских торговых обычаев, утвержденных и исправленных общим собранием Либавской биржи. — Libau., 1891.
290. Селіванов В. Підприємництво в Україні: проблеми становлення та перспективи розвитку / В. Селіванов // Право України. — 1995. — № 7. — С. 16—22.
291. Селіванов В. Концептуальні засади Кодексу про підприємництво України / В. Селіванов // Право України. — 1995. — № 2. — С. 2—11.
292. Селіванов В. Підприємництво в Україні: проблеми становлення та перспективи розвитку / В. Селіванов // Право України. — 1995. — № 8. — С. 3—14.
293. Сибилев Д. М. Инстанционная система хозяйственного судопроизводства. Общий обзор / Д. М. Сибилев // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика : сб. науч. ст. — Краснодар—СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — С. 694—701.
294. Сивий Р. Б. Деякі питання поділу права на приватне та публічне / Р. Б. Сивий // Методологія приватного права : зб. наук пр. (за матер. наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / редкол. : О. Д. Крупчан (гол.) [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 106—111.
295. Сімонова В. С. Потенціал підприємств торгівлі споживчої кооперації України [Електронний ресурс] / В. С. Сімонова. — Режим доступу : <http://gisap.eu/ru/node/519>.
296. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. — Х. : Консум, 2001. — 656 с.
297. Смолин Г. В. Господарське право України. Загальна частина : навч. посіб. / Г. В. Смолин. — 2-ге вид., перероб. і допов. — Л. : ЗУКЦ, 2011. — 428 с.
298. Снідкевич О. С. Проблеми розмежування юрисдикцій / О. С. Снідкевич // Вісник Вищої ради юстиції. — 2012. — № 2 (10). — С. 41—53.
299. Советское гражданское право : учеб. пособ. / под ред. О. А. Красавчикова. — Свердловск : Изд-во СЮИ, 1976. — Вып. 1. — 178 с.
300. Спасибо-Фатеева І. В. Приватне і публічне право: протистояння та методи його подолання / І. В. Спасибо-Фатеева // Методологія при-

Список літератури

- ватного права : зб. наук. пр. (за матер. наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / редкол. : О. Д. Крупчан [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 24—33.
301. Спасибо-Фатеєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин / І. В. Спасибо-Фатеєва. — Х. : Золоті сторінки, 2012. — 694 с.
302. Ставлення українців до бізнесу: у полоні радянських стереотипів [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.icps.com.ua/files/articles/46/34/nl_ukr_20070618_0368.pdf.
303. Статут Асоціації «Українські фондові торговці» : затверджений загальними зборами членів асоціації «Українські фондові торговці», протокол № 02/07/09 від 2 липня 2009 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.aust.com.ua/NormDoc.aspx>.
304. Статут ПАО «Украинская биржа» (заголовок з сайту) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ux.ua/s42>.
305. Статут УАІБ (нова редакція) : затверджений рішенням 33 УАІБ від 18.02.2009 р., погоджений рішенням ДКЦПФР № 451 від 30.04.2009 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.uaib.com.ua/aboutassoc/internal_docs.html.
306. Статут Української фондової біржі (заголовок з сайту) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ukrse.kiev.ua/about/>.
307. Стучка П. И. Курс советского гражданского права / П. И. Стучка. — М., 1931. — Т. 3. — 206 с.
308. Сулейменов М. К. Избранные труды по гражданскому праву / М. К. Сулейменов ; науч. ред. В. С. Ем. — М. : Статут, 2006. — 587 с.
309. Суханов Є. О. Коммерческий арбитраж в России / Є. О. Суханов // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст ; Всемирная конф. Междунар. ассоциации процессуального права, 18—21 сентября 2012 г., Москва, Россия : сб. докл. / под ред. д-ра юрид. наук. Д. Я. Малешина ; Международная ассоциация процессуального права. — М. : Статут, 2012. — С. 657—664.
310. Талапина Э. В. Публичное право и экономика : курс лекций / Э. В. Талапина. — М. : Волтерс Клувер, 2011. — 520 с.
311. Теорія та принципи транснаціонального торгового права (lex mercatoria) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.2011 / О. О. Мережко ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2002. — 39 с.
312. Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о международной коммерческой согласительной процедуре [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/538/98/PDF/N0253898.pdf>.
313. Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о международном коммерческом арбитраже 1985 года [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf.

Список літератури

314. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг с Руководством по его применению 1994 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurement/ml-procurement/ml-procure-r.pdf>.
315. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/payments/transfers/ml-credittrans-r.pdf>.
316. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях и Руководство по принятию 2001 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html.
317. Тоффлер Э. Шок будущего / Э. Тоффлер ; пер. с англ. Э. Тоффлер. — М. : ООО «Издательство АСТ», 2002. — 557 с.
318. Троцкий Л. Проблемы международной пролетарской революции. Основные вопросы пролетарской революции / Л. Троцкий. — М.—Л., 1925. — Т. 12. — 456 с.
319. Тузов Д. О. Реституция в гражданском праве : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук. : спец. 12.00.03 «Гражданское право; Семейное право; Гражданский процесс; Международное частное право» / Д. О. Тузов ; науч. рук. В. М. Чернов. — Томск, 1999. — 26 с.
320. Указ Президента Российской Федерации от 18.07.2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета: Федеральный выпуск. — 2008. — № 4712.
321. Указ Президента України «Про державну підтримку малого підприємництва» від 12.05.1998 р. № 456/98 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 19. — Ст. 676.
322. Указ Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» від 04.10.1994 р. № 567/94 [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/567/94>.
323. Указ Президента України «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу» від 11.06.1998 р. № 615/98 // Офіційний вісник України. — 1998. — № 24. — Ст. 870.
324. Указ Президента України «Про заходи щодо вдосконалення діяльності у сфері технічного регулювання та споживчої політики» № 1105/2005 // Урядовий кур'єр. — 2005. — № 141.
325. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 30.03.2011 р. № К-11694/08 [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15140526>.
326. Филипенко А. С. Экономическая глобализация: истоки и результаты / А. С. Филипенко. — Москва : Экономика, 2010. — 511 с.

Список літератури

327. Флейшиц Е. А. Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала / Е. А. Флейшиц. — М. : Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. — 52 с.
328. Фондовый рынок [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://liferus.narod.ru/Bussines/Fond/1-g1-3.htm>.
329. Фонотова О. В. Отражение современных тенденций развития торгового оборота в ИНКОТЕРМС-2010 / О. В. Фонотова // Коммерческое право : науч.-практ. журнал. — М. : Зерцало, 2001. — № 1(8). — С. 163—169.
330. Форум в Давосе: Западная модель капитализма умрет через 3—4 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://delo.ua/world/forum-v-davose-zapadnaja-model-kapitalizma-umret-cherez-3-4-goda-172424/>.
331. Хадыкин Р. М. Предисловие русского издания / Р. М. Хадыкин // Эндриус Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Нил Эндриус ; пер. с англ. ; под ред. Р. М. Ходыкина ; Кэмбриджский ун-т. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — 544 с.
332. Хайек Ф. А. Конкуренция, труд и правовой порядок свободных людей: Фрагменты сочинений / Ф. А. Хайек ; сост. : С. А. Мальцева, Lorenzo Infantino, Dario Antiseri. — СПб. : Изд-во «ПНЕВМА», 2009. — 200 с.
333. Харитонов Є. О. Новий Цивільний кодекс України як кодекс «пасіонарного» типу / Є. О. Харитонов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — № 2. — С. 12—16.
334. Хозяйственное право Украины : учебник / под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. — Х. : Одиссей, 2008. — 488 с.
335. Хозяйственное право : учеб. пособ. для студ. вузов, обучающихся по спец. «Юриспруденция» / А. Г. Чепурной [и др.] ; под ред. А. Г. Чепурного, Н. Д. Эриашвили. — М. : ЮНИТИ-ДАНА ; Закон и право, 2012. — 383 с.
336. Хозяйственное право / под ред. В. В. Лаптева. — М. : Юрид. лит., 1970. — 448 с.
337. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонova, Н. О. Саніахметова. — К. : Істина, 2003. — 761 с.
338. Цитович П. П. К вопросу о слиянии торгового права с гражданским / П. П. Цитович // Часопис цивілістики (Печатается по: Право: Еженедельная юридическая газета. — 1900. — № 42). — О. : Нац. ун-т «Одеська юридична академія», 2011. — Вип. 10. — С. 48—52.
339. Цитович П. П. Учебник торгового права / П. П. Цитович // Труды по торговому праву : в 2 т. — М. : Статут, 2005. — Т. 1. — 450 с.
340. Цыпин И. С. Мировая экономика : учебник / И. С. Цыпин, В. Р. Веснин. — М. : Проспект, 2012. — 248 с.

Список літератури

341. Чан П. Коммерческая медиация в современном Китае / П. Чан // Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — С. 50—68.
342. Чейз О. Основной доклад секции 1: Многообразие форм разрешения споров: формальные и неформальные процедуры / О. Чейз // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст : Всемирная конф. Междунар. ассоциации процессуального права, 18—21 сентября 2012 г., Москва, Россия : сб. докл. / под ред. д-ра юрид. наук Д. Я. Малешина ; Междунар. ассоциация процессуального права. — М. : Статут, 2012. — С. 41—46.
343. Чернега О. Б. Цивілізаційний потенціал розвитку підприємництва в Україні / О. Б. Чернега, В. О. Орлова, Ю. Г. Бочарова // Бізнесінформ. — 2012. — № 5. — С. 84—86.
344. Шарифуллин В. Р. Частноправовое регулирование : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства ; История правовых учений» / В. Р. Шарифуллин ; науч. рук. Ю. С. Решетов. — Казань, 2006. — 32 с.
345. Шварц М. З. К вопросу о предпосылках и основаниях дифференциации правового регулирования деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных судов / М. З. Шварц // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика : сб. науч. ст. — Краснодар—СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. — С. 211—225.
346. Шевченко Я. М. Методологічна основа права власності / Я. М. Шевченко // Методологія приватного права : зб. наук. пр. (за матер. наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / редкол. : О. Д. Крупчан (гол.) [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 20—23.
347. Шевченко Я. Н. Проблемы гармонизации предпринимательского права / Я. М. Шевченко // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — 528 с.
348. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права : в 4 т. / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Статут, 2003. — Т. 1. (Введение. Торговые деятели). — 480 с.
349. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права / Г. Ф. Шершеневич. — М. : СПАРК, 1994. — 335 с.
350. Шульга В. А. Проблемы и пути развития Экономического союза / В. А. Шульга, Е. Г. Чистяков // Информационный бюллетень Межгосударственного экономического комитета Экономического союза СНГ. — 1997. — № 4. — С. 134—142.
351. Шумпетер Й. История экономического анализа : в 3 т. / Й. Шумпетер. — СПб. : Экономическая школа, 2004. — Т. 1. — 494 с.

Список літератури

352. Щербина В. С. Господарське право : підручник / В. С. Щербина. — 4-те вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 640 с.
353. Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Нил Эндрюс ; пер. с англ. ; под ред. Р. М. Ходькина ; Кэмбриджский ун-т. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — 544 с.
354. Яковлев Ю. В. Суб'єкти підприємницької діяльності — товариства на вірі : монографія / Ю. В. Яковлев. — О., 2002. — 184 с.
355. Яхтенбер Р. Комерційна медиация у Нідерландах / Яхтенбер Р., де Роо А. // Коммерческая медиация: теория и практика : сб. ст. / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — С. 28—49.

Наукове видання

МАХІНЧУК В. М.

Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні

Монографія

Шеф-редактор В. С. Ковальський,
доктор юридичних наук, доцент

Юрінком Інтер – редакція
наукової та навчальної літератури

Відповідальна за випуск *Т. М. Виноградова*
Редактор *М. І. Ромась*
Комп'ютерна верстка *В. Ю. Романенка*
Художнє оформлення *М. П. Черненка*

Підписано до друку 20.11.2013. Формат 60×90/16.
Умовн. друк. арк. 20,0. Обл.-вид. арк. 22,56.
Наклад 300 прим. Зам. №

З питань придбання літератури звертатися
до видавництва «Юрінком Інтер» за адресою:
04209, Київ-209, вул. Героїв Дніпра, 31б, тел. 411-64-03, 411-69-08

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром ТОВ «Юрінком Інтер»
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 3954 від 13.01.2011)

Надруковано в ПАТ «Віпол», 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4404 від 31.08.2012)