

праць. Одеса, 1998. Вип. 3-4. 5. Харитонов Е.О. Реценція римського приватного права. Тесретичні та Історико-правові аспекти. Одеса, 1992. 6. Бандурка О., Пушкін О., Скакун О. Законодавча «шалка Мономаха» – до концепції нового Цивільного кодексу України // Віче. 1993. № 11. 7. Довгерт А. Система приватного права та структура проекту нового Цивільного кодексу України // Українське право. 1997. № 1.

В.І.Жуков, канд. юрид.наук

ДО ПИТАННЯ ПРО ТОРГОВИЙ (КОМЕРЦІЙНИЙ) КОДЕКС УКРАЇНИ

Практика застосування законодавства в Україні за останні роки дає підстави зробити висновок: прогноз щодо регулювання цивільних відносин у підприємницькій сфері лише одним Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) може не виправдатись (див с.1 проекту ЦК України).

Верховна Рада України й після прийняття нового ЦК України буде приймати сотні законів, а Кабінет Міністрів – тисячі постанов, що мають регламентувати цивільні відносини в сфері підприємництва. З таким прогнозом не можна не рахуватись. І закони, і постанови уряду в певній частині будуть регулювати цивільні відносини в підприємницькій сфері інакше, ніж ЦК України, а інколи й суперечити йому. Вихід з даної ситуації передбачений: відповідно до зі ст.4 ЦК України такі закони і постанови, як нормативні акти, що суперечать ЦК України, не повинні вважатися актами цивільного законодавства. Вони можуть мати юридичну силу тільки у тому випадку, якщо будуть внесені відповідні зміни в ЦК України. Але сам по собі такий процес «виправного тлумачення» нормативних актів настільки складний навіть для юристів вищої кваліфікації, що він може виявитись не під силу правозастосувальним органам, що складаються не тільки із судів та арбітражних судів.

Як уникнути негативної ситуації, що прогнозується, й, при цьому, зберегти велику питому вагу регулювання цивільних правовідносин у підприємницькій сфері на рівні Цивільного кодексу?

На наш погляд, вихід один, – повернутися до ідеї дуалістичної системи приватного права на рівні кодифікованого законодавства. Ця ідея підтримувалася деякими авторами першого колективу розробників проекту нового ЦК України й пропонувалась науковій громадськості для обговорення у 1992 р. [1, с.27-28]. Три роки по тому професор Пушкін О.А. з цього приводу писав: «Спочатку ми не мали сумніву щодо необхідності поряд з ЦК України мати Торговий кодекс, або точніше, Кодекс про підприємництво, хоча їх методологічна база повинна бути однією – приватно-правовою... При цьому, безумовно, доводилось враховувати реальний стан справ та нашу традицію – традицію дуалізму» [2, с.3-7]. Потім, на жаль, оновленим авторським колективом розробників проекту ЦК України було прийнято рішення відмовитись від дуалізму й написати проект одного кодексу. Вплинули ідеї вчених юристів з Голландії, які розробляють один кодекс. До речі, цей кодекс розробляється вже більше сорока років. Він ще не набрав чинності та не пройшов перевірку на практиці. Слід враховувати, що рівень правової культури у Голландії та Україні різний, інші традиції, інший менталітет. Не треба стрибати з першої сходинки розвитку та третю, якщо не на п'яту!

По-перше, цивільні відносини, що складаються в сфері підприємництва, мають істотні відмінності від суто цивільних, навіть при тому, що і ті, і інші мають одну основу – приватно-правову. Вже однієї цієї обставини достатньо для самостійного правового регулювання на рівні окремого кодифікованого акту – Торгового кодексу України (далі ТК України), але як частини ЦК України. Що стосується найменування даного кодексу «Торговим» чи «Комерційним» (що одне й те ж) або «Господарчим», то про це слід сказати окремо. Термін «господарські відносини» має цілком самостійний зміст. Це майнові зв'язки, що складаються, точніше сказати «склалися», усередині одного суб'єкта-власника. Таким монособ'єктом до останнього часу була держава. Сьогодні ж ці стосунки виникають між автономними суб'єктами, що не належать до однієї форми власності. Звіди, не можна тепер такі відносини позначати «господарськими», бо за своєю спрямованістю вони нацелені не на управління майном «господаря» (держави), а на отримання прибутку окремими самостійними торговцями (комерсантами). Отже, тільки такими відповідними термінами – «торгові» («комерційні») – й можуть іменуватись ринкові товарні відносини сьогодення.

По-друге, слід врахувати, що в найближчі роки всі нормативні акти, які регламентують ринкові відносини (підприємницькі, комерційні), у зв'язку із гармонізацією національного законодавства із законодавством європейських держав настільки будуть піддані змінам, що внесення всіх необхідних поправок до одного ЦК України виявиться практично неможливим. Ні про яку стабільність законодавства не може бути й мови. Зміни будуть започатковані приєднанням України до Міжнародної організації торгівлі (МОТ), у тому числі й до TRIPS (торгівля інтелектуальною власністю).

Коли законодавець України погодиться із таким прогнозом стану справ у сфері створення законів та повернеться до ідеї дуалізму приватно-го права, то йому слід мати на увазі наступні вихідні положення.

1. До цивільних відносин у сфері підприємництва належить віднести ті, що ґрунтуються на: юридичній рівності учасників, які мають майнову відокремленість (а); на вільному виявленні учасниками волі, спрямованої на виникнення, зміну та припинення прав і обов'язків (б); на їх самостійній майновій відповідальності й, при цьому, на відміну від суто цивільних, такими, що є тривалими, опосередковуючими ризик у ході виготовлення продукції, виконання робіт, надання послуг і здійснення торгових правочинів з метою отримання прибутку.

Далі за текстом ці відносини іменуються нами торговими, які мають регламентуватися одноіменним кодексом. Для всіх опонентів, що веліли б позначати дані відносини інакше, ніж це прийнято у всьому світі, наведемо перелік держав й назви кодексів. На загальному фоні держава Україна, якщо вона піде шляхом, що пропонується цими опонентами, може мати наступний вигляд:

- Французький торговий кодекс (1807 р.);
- Італійський торговий кодекс (1882 р.);
- Торговий кодекс Іспанії (1885 р.);
- Торговий кодекс Португалії (1889 р.);

Торговий кодекс Японії (1899 р.);
Торговий кодекс Німеччини (1900 р.);
Господарчий кодекс України (...? р.).

2. Норми ТК України є спеціальними відносно норм ЦК України, оскільки до торгового обороту застосовуються правила ЦК України про правоздатність, дієздатність, юридичні особи (торгові товариства), власність, загальні положення про зобов'язання і договори й таке інше. У ТК України слід також розмістити норми про торгові книги, бухгалтерський облік, інвентаризацію, початковий баланс, річний баланс, рахунок прибутків та збитків тощо. Це норми не приватного, а публічного права, але їм місце в ТК України, як це зроблено, скажімо, в ТК Німеччини.

3. Викладені вихідні положення опираються на поняття про торгівлю (торговий оборот) як предмет, що потребує спеціального правового регулювання, на поняття про види торгівлі, торговий правочин та його відмінності порівняно із загальноцивільними правочинами.

Слід чітко визначитись й з питанням про джерела торгового права.

При цьому треба мати на увазі, що у тих країнах, де торгове право виокремилось у систему приватного права й діє паралельно з цивільним, там до відносин торгового обороту застосовуються передусім норми торгового права. Серед них можуть бути норми законодавчі або звичаєві, й тільки потім набирають сили норми цивільного права. Таким чином, у цих країнах джерела мають наступний ранжир:

- 1) торгові закони;
- 2) торгові звичаї;
- 3) цивільні закони.

Навпаки, коли торгове право має лише додаткове значення, то цивільні закони відступають тільки перед торговими законами, але не перед торговими звичаями. Звідси, норми до торгових відносин будуть застосовуватись у такому порядку:

- 1) торгові закони;
- 2) цивільні закон;
- 3) торгові звичаї.

Отже, ми йдемо традиціями, що склалися в Україні ще в дореволюційний період, й вважаємо, що особливої, самостійної системи торгового права поза ЦК України не повинно бути. При цьому, допускаються поряд з ЦК України супровідні торгові закони, що мають розвивати його окремі положення. Тому в Україні порядок джерел, застосовуваних до торгового обороту, на наш погляд, має бути таким:

- 1) торгові закони;
- 2) цивільні закони;
- 3) торгові звичаї.

Слід пам'ятати, під торговими законами, що йдуть попереду всіх інших джерел, треба розуміти ті виключні норми, які призначені законотворцем спеціально для торгового обороту, незалежно від місця, що буде їм відведено в системі цивільного законодавства України.

У зв'язку з наведеним заслуговує окремої уваги поняття «торгового правочину» в ТК України. На наш погляд, торговими є всі правочини, які здійснюються особами, що займаються підприємництвом, у тому числі

виключно торгівлею як промислом. Торговими вважаються також правочини, яким закон надає торговий характер, коли вони здійснюються й особами, що торгівлею взагалі не займаються. Можливі й торгові правочини лише для однієї сторони. Йдеться про правочини між особами, з яких одна займається торгівлею як промислом, а інша такою діяльністю не займається. Слід підкреслити й відмінності торгових правочинів від загальноцивільних, що відокремлюються метою, якій вони служать.

Що стосується об'єктів торгових правочинів (це в рівній мірі повинно відноситися й до об'єктів цивільного права), то належить відмовитися від їх класифікації завдяки критеріям, що використовуються в політекономії. Об'єкти права в цивільному та торговому обороті треба йменувати в текстах законів і підзаконних актів, використовуючи юридичну термінологію, наприклад, рухоме й нерухоме майно; головна річ та річ, що належить головній; річ, що визначається родовими та індивідуальними ознаками, тощо. Слід виключити терміни на зразок «основні та оборотні засоби виробництва» й такі інші. І це слід зробити не тому, що вони в природі як такі не існують. З точки зору економістів, це цілком реальні речі. Так зробити треба тому, що в законах повинна використовуватись тільки юридична термінологія. Необхідно включити підприємство до числа «об'єктів» торгового права й не розцінювати його як суб'єкт права. Інша справа, організаційно-правова форма підприємства, наприклад, товариство з обмеженою відповідальністю, акціонерне товариство тощо. Земельні ділянки та інші природні об'єкти в умовах ринку повинні також розглядатись як об'єкти торгових правочинів.

Нарешті, не менш складним й таким, що вимагає всебічного обговорення, є поняття суб'єкта торгового права. На наш погляд, під суб'єктами торгового права слід розуміти індивідуальних (1) та колективних (2) підприємців. До числа перших належать фізичні особи, що діють без прав юридичної особи (індивідуальні підприємці), й, так звані, компанії із однієї особи («one man company»). Колективними підприємцями є господарчі товариства, які слід у ТК України називати торговими (як у всьому світі). При цьому повне товариство та командитне не повинні мати прав юридичної особи, на відміну від інших суб'єктів торгового права. Словом так, як це має місце в законодавстві Німеччини, Англії, США та інших країн. Що стосується державного підприємства, то його слід розцінювати як установу з усіма наслідками, що витікають із такого статусу, бо воно завжди засновується волею однієї особи – державного органу влади чи управління. У зв'язку з цим у ТК України треба чітко сформулювати принципи управління державним підприємством з боку власника – держави. Розвиток цих принципів повинен знайти подальше відображення в діючому законодавстві України.

Останнє, про що хотілось би сказати. Це стосується конструювання проектом ЦК України норм про інтелектуальну власність. З книги ІУ проекту «Право інтелектуальної власності» слід великий обсяг матеріалу виключити. Справа в тому, що одна частина промислової власності складається з так званих «прав на патент», які є елементом адміністративних, а не цивільних правовідносин. Тому в ЦК України та ТК України їм немає місця. Друга частина промислової власності охоплює «права із патенту». Це

цивільно-правові, зобов'язальні відносини. Сьогодні їх розміщено в проєкті ЦК України в книзі VI «Зобов'язальне право» в Розділі III «Окремі види зобов'язань» Глави 73. Цим нормам місце в ГК України в Розділі «Окремі види зобов'язань».

Список літератури:

1. Пушкин А.А., Жуков В.И. Гражданское право Украины в новых условиях. Тезисы научного доклада // Материалы республиканской научно-практической конференции 14-15 апреля 1992 г. 2. Пушкин О.А. Методологичні проблеми кодифікації законодавства в сфері підприємництва // Право України. 1995. № 5-6.

Д.В. Задихайло, канд. юрид. наук

ДО КОНЦЕПЦІЇ ПІДПРИЄМНИЦЬКОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Зміна соціально-економічних параметрів суспільного життя в Україні в значній мірі пов'язана із усвідомленням того, що підприємництво є головною рушійною силою ринкової економіки. Через це підприємництво об'єктивно має зайняти особливе місце в ієрархії суспільних цінностей і в ієрархії об'єктів правового регулювання, що потребує відповідної законодавчої бази.

В Україні існує законодавство про підприємництво, але те, що воно не задовольняє ні підприємців, ні об'єктивні потреби суспільного розвитку, є фактом, що не вимагає доказів. При розробці Кодексу мова повинна йти не тільки про подолання певних дефектів законодавства, а про його повний перегляд і конструювання на новій системній основі.

Перш за все, необхідно усвідомити коло і характер основних проблем правового регулювання підприємництва в Україні.

1. Правове регулювання підприємництва в Україні не має достатньої законодавчої бази на рівні конституційного законодавства, що мало б забезпечити принципові положення про підприємницькі свободи і гарантії невтручання держави в законні інтереси підприємців.

2. Підприємництво як вид діяльності має ту особливість, що, з одного боку, при її здійсненні виникають відносини між підприємцями і їх контрагентами (це є сфера приватного права), а, з другого боку, виникають відносини між підприємцями і державними органами, посадовими особами (це є сфера публічного права). З урахуванням цього проблема полягає в тому, що приватно-правові принципи підприємництва у чинному Цивільному кодексі не сформульовані взагалі і це зумовлює «наступ» публічного права за межі його виправданого втручання.

3. На законодавчому рівні не вирішено питання про співвідношення приватного і публічного регулювання підприємництва. Не визначений правовий механізм меж втручання держави та її органів у підприємницьку свободу та рамки суспільно-виправданих обмежень цієї свободи.

4. Відсутність Підприємницького кодексу як ядра законодавства в цій сфері зумовлює безсистемність публічно-правового регулювання підприємницьких відносин. Суб'єктами нормотворчості в публічно-правовій сфері є різноманітні органи, на які державою покладені обов'язки по регулювання тих чи інших питань підприємництва в Україні. Невизначеність меж публічно-правового регулювання підприємництва фактично приводить до неконтрольованої нормотворчості, до появи кола «неправо-