

менти: по-перше, уточнено, що до споживачів належать лише фізичні особи. По-друге, розширена можливість вибору права сторонами договору споживання за рахунок скорочення умов, за яких допускається такий вибір права.

Стосовно споживчих договорів українська кодифікація МПрП (ст. 45) майже дослівно відтворила відповідний текст Римської конвенції. На нашу думку, на даному етапі немає нагальної потреби приводити ст. 45 Закону про МПрП у відповідність з Рим I.

**Висновки.** Внутрішні колізійні норми України у сфері договірних зобов'язань формувалися значною мірою під впливом колізійного права ЄС, зокрема Римської конвенції. Її заміна на значно оновлений текст Регламенту Рим I актуалізує дослідження новел у даній сфері колізійного регулювання з метою оцінки можливостей їх рецесії українським законодавцем.

Закон України про МПрП повинен постійно модернізуватися, вбираючи в себе найкращі у світі підходи, зокрема правовий досвід ЄС. Першою спробою удосконалення Закону про МПрП 2005 р. стало прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» від 21 січня 2010 р. [12]. Оцінюючи зміни до Закону про МПрП в цілому, зазначаємо, що, окрім деяких термінологічних уточнень, жодних інших покращень в ньому не відбулося [13]. Тим часом поле для дійсного удосконалення документа безмежне. Зокрема, аналіз окремих положень Рим I надає можливість запропонувати далеко не повний перелік змін та доповнень до діючого Закону про МПрП.

Так, враховуючи факт дедалі більшого визнання концепції транснаціонального торгового права (*lex mercatoria*) в юридичній доктрині і практиці, ч. 1 ст. 5 Закону викладемо у такій редакції: «У випадках, передбачених законом, учасник (учасники) правовідносин може здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Цей вибір не обмежується вибором права конкретної країни і може включати вибір норм транснаціонального характеру, наприклад, таких як «загальні принципи права», *lex mercatoria* або аналогічні положення». Така редакція ст. 5 значно підвищила б ступінь автономії волі сторін правовідносин.

Колізійні правила щодо трудових відносин (розділ VII Закону про МПрП) слід також переформулювати, враховуючи досвід європейського МПрП. У них, по-перше, необхідно передбачити можливість вибору права для сторін трудового договору, а, по-друге, вони повинні охоплювати більше ситуацій міжнародної праці та бути двосторонніми (а не односторонніми, як нині) колізійними нормами.

*This article speaks on the conflict law novels of Regulation (EC) on the law applicable to contractual obligations (Rome I) in comparison with appropriate norms of Ukrainian law on private international law.*

*В статтє анализируются новеллы коллизионного права, содержащиеся в Регламенте ЕС относительно применимого права к договорным обязательствам (Рим I), в сравнении с соответствующими нормами Закона Украины о международном частном праве.*

## ДУАЛІЗМ ПРИВАТНОГО ПРАВА: ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ

**Махінчук В. М.,**

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Руденко О. В. Уніфікація міжнародного приватного права в ЄС. – Чернівці, 2009. – 204 с.
2. Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) // Official Journal L177. – 04.07.2008. – P. 6 – 16.
3. Regulation (EC) № 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome I) // Official Journal L199. – 31.07.2007. – P. 40 – 48.
4. Черняк Ю. В. Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України: Монографія. – К., 2008 – 276 с.
5. Трутень В. В. Передмова / Руденко О.В. Уніфікація міжнародного приватного права в ЄС. – Чернівці, 2009. – С. 5 – 9.
6. Довгерт А. С. Кодифікація норм міжнародного приватного права // Тези IV Всеукраїнської науково-практичної конференції з питань кодифікації законодавства України. – К., 1997. – 80 с.
7. Довгерт А. С. Реформа колізійного права в Україні // Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтернаціоналізації: Колективна монографія / За заг. ред. О.Д. Крупчана. – Тернопіль, 2007. – 240 с.
8. Vernooij N. Rome I: An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe// Colombia Journal of European Law. – Mode of access: [http://www.cjel.net/online/15\\_2-vernooiy/](http://www.cjel.net/online/15_2-vernooiy/).
9. Lando O., Nielson P. The Rome I Regulation // Common Market Law Review. – 2008. – № 45. – P. 1694.
10. Стефанчук Р., Ландо Д. Проблеми гармонізації та кодифікації договірних права Європи // Проблеми систематизації приватного права України та Європи: Монографія / За заг. ред. Ю. В. Білоусова. – К., 2009. – 204 с.
11. Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р., прийнятий Верховною Радою в першому читанні 5 червня 1997 р. // Українське право. – 1999. – № 1.
12. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» від 21 січня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – №12. – Ст.120.
13. Довгерт А. С. Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 8. – С.146 – 152.

У статті досліджено зміст питання дуалізму приватного права, визначено основні теоретичні проблеми, вирішення яких сприятиме формуванню наукової концепції правового регулювання торгового обороту приватноправовими методами.

**Ключові слова:** дуалізм приватного права, приватне право, цивільне право, торгове право, комерційне право.

Питання, відоме у правовій науці як проблема дуалізму приватного права, виникло не сьогодні і не вчора. Це питання поставлено перед теоретиками і практиками самою історією розвитку права як універсального регулятора суспільних відносин. Адже універсальність права, як іманентна характеристика останнього, ще не означає, що та чи інша норма поширюється на всі подібні за зовнішніми ознаками суспільні відносини. Натомість для правильного визначення предмета правового регулювання слід також брати до уваги такий важливий критерій, як правовий статус суб'єктів, між якими виникають ці суспільно значущі відносини, власне, суспільне значення таких відносин, особливості об'єкта, з приводу якого сторони вступають у ті чи інші правовідносини. Адже, наприклад, купівля-продаж, що вчиняється час від часу фізичними особами з метою здійснення своїх суб'єктивних цивільних прав, значно відрізняється за своїм внутрішнім змістом від купівлі-продажу, яку регулярно здійснюють суб'єкти підприємницької діяльності з метою одержання прибутку.

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. Проте детальніший аналіз приватних правовідносин дає підстави стверджувати про їх неоднорідність. Так, до предмета цивільного права, як галузі права приватного, включають відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Однак, говорячи про сімейні відносини, не завжди йдеться про майнову самостійність учасників чи їх рівність. Адже діти, як правило, є матеріально залежними від батьків, а їх можливість брати участь у правовідносинах (зокрема у цивільному обороті) здебільшого обмежується волею їх законних представників – батьків або осіб, що їх замінюють. На часі також стоїть питання приватноправової природи трудових відносин, хоча вони, значною мірою, відрізняються від суто цивільних і не можуть регулюватись виключно на цивільно-правових засадах.

Отже, є достатньо підстав говорити про неоднорідність приватноправових відносин. І одним із найактуальніших питань, що стосується структури приватного права, на нашу думку, є питання відмежування від суто цивільних (певною мірою, класичних) правовідносин деяких інших (схожих за зовнішніми ознаками) приватноправових відносин, які мають переважно економічний характер і за своєю сутністю (духом) є відмінними. При цьому на різних історичних етапах економічного і політичного розвитку суспільства відносини, що потребують особливого, відмінного від цивільно-правового, регулювання, могли називатися і називалися торговими, комерційними, господарськими (*вживання кожного з цих термінів також має свою специфіку та особливості, які*

*потребують детального розгляду*). Саме з виділенням комерційних (торгових, господарських) правовідносин у структурі предмета приватного права у окремий предмет правового регулювання та пошуком оптимальних засад його здійснення пов'язана, на нашу думку, сьогодні проблема поняття та змісту терміна «дуалізм приватного права» та низки концепцій щодо його розуміння.

Нині питання дуалізму приватного права залишається в Україні актуальним і йому приділяється чимало уваги. Багато у чому це зумовлено існуванням в Україні Господарського кодексу, який, на відміну від світової практики регулювання комерційного обороту, містить величезний шар адміністративного матеріалу. Відповідно, полеміка між господарниками та цивілістами 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 Господарського кодексу (далі – ГК) України з подальшою інкорпорацією всього «не зайвого матеріалу» або «подібного за правовою природою» саме до Цивільного кодексу [1]. Отже, в Україні питання дуалізму приватного права на сьогодні набуло певного нового змісту (сенсу), хоча у більшості країн світу воно у той чи інший спосіб вирішено через утвердження однієї із трьох моделей:

- існування єдиного цивільного кодексу із включенням до нього норм щодо підприємництва;
- прийняття спеціального кодексу (закону) поряд із цивільним кодексом;
- відсутність особливостей правового регулювання комерційних відносин з огляду на особливості суспільно-політичного ладу і пануючої ідеології (Північна Корея, Куба).

Питання дуалізму приватного права в різні часи були предметом дослідження таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як В. А. Белов, А. С. Довгерт, А. І. Камінка, В. М. Корецький, О. О. Красавчиков, Н. С. Кузнецова, К. І. Малишев, В. К. Мамутов, І. В. Спасибо-Фатеева, В. Ф. Опришко, О. А. Підпригора, Ю. К. Толстой, Є. О. Харитонов, П. П. Цитович, Г. Ф. Шершеневич, В. С. Щербина та ін. Серед зазначених науковців є як прихильники концепції дуалізму приватного права, так і її послідовні критики. Зокрема, звертаючись до класичних робіт з цивільного та торгового права, наведемо два приклади. Так, П. П. Цитович зазначав, що за своїм змістом торгове право ближче всього до цивільного права, воно, певною мірою, спеціальне цивільне право. Однак, порівняно з цивільним правом, зміст торгового права однорідніший та односторонній. Ті інститути цивільного права, в основі яких лежить принцип жертви (безоплатність), непридатні торговому праву (сімейне, спадкове право, дарування в усіх його видах). В 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 [2, с. 166 – 167].

Натомість Г. Ф. Шершеневич писав, що як частина цього, 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 такі норми, які непричетні до цивільного обороту і навіть прямо протилежні нормам цивільного права, то, крім цих спеціальних і виняткових норм, торгові 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 привілей на виключно торгові норми, водночас підпорядковується дії загального цивільного права, бо воно не відсторонено першим [3, с. 28].

Проте слід зазначити, що як прихильниками, так і критиками дуалізму приватного права не сформовано завершених концепцій, 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 найважливіших базових принципів та засад взаємодії двох підсистем приватного прав (цивільного та комерційного), якщо поділ на такі має місце*. Актуальним є з'ясування основних складових питань структури приватного права на сьогодні, комплексне дослідження яких надало б змогу дати науково обгрунтовану відповідь щодо його монізму/дуалізму. Саме таке завдання ставиться за мету цього дослідження.

Діаметральна протилежність наукових поглядів на проблему дуалізму приватного права може пояснюватись, перш за все, тим, що в доктрині приватного права чітко не сформульовано і саму постановку питання його дуалізму. Адже під дуалізмом приватного права може розумітись його поділ на цивільне і сімейне, цивільне і трудове право. В Україні це питання може зводитись також до питання співвідношення цивільного і господарського права. Адже ГК України, попри все, містить значну кількість приватноправових норм.

**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, їх опоненти, на підставі твердження про перманентне ускладнення суспільних відносин, доводили необхідність виокремлення із цивільного права торгового права.**

Можна погодитись із твердженням, що зародження питання дуалізму приватного права у найпростіших формах

відбувалось ще у праві Римської імперії, а саме, розглядалось співвідношення класичного цивільного права і права народів (*jus civile – jus gentium*) [4, с. 67]. На другому етапі розвитку питання вирішувало протистояння торгового права, яке зароджувалось і формувалось, традиційному феодальному і канонічному праву Західної Європи. Звичайно, сьогодні безпідставно пов'язувати особливості регулювання приватних відносин із громадянством їх учасників чи правом феодальної та церковної влади. Тому на більш пізніх етапах предметом дискусії стало місце права купців (торговців) у системі приватного права. Важливим елементом цієї дискусії стало питання співвідношення права купців (торгового, комерційного права) із правом цивільним. Саме наслідком вирішення питання на користь дуалізму приватного права стали спеціалізовані комерційні суди, що з'явилися у Франції, Італії, Німеччині.

Отже, 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) і якими характерними рисами (ознаками) вони володіють чи мають володіти?

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 зміні 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.

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.

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.

Як бачимо, чинним законодавством України підприємництво називається господарською комерційною діяльністю, тобто одним із видів господарської діяльності. З цього виникає потреба у виокремленні серед широкого предмета регулювання ГК України саме приватноправової складової як стрижня самої комерції, про що йтиметься далі.

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. Отже, далеко не всі відносини, що регулюються ГК України, є приватноправовими.

Найбільший інтерес з точки зору вирішення поставленого питання має роз. 4 «Господарські зобов'язання», що містить загальні положення про такі зобов'язання. Дослідження цього розділу та порівняння його положень з відповідними положеннями ЦК України дасть можливість виявити спільні і відмінні риси двох видів зобов'язань. Крім того, для кращого розуміння співвідношення цивільних і господарських правовідносин необхідно уважно розглянути положення гл. 30 «Особливості правового регулювання господарсько-торгівельної діяльності», зокрема, положення про договори, якими опосередковується торговельно-господарська діяльність: поставки, контрактиції сільсько-господарської продукції, енергопостачання, купівлі-продажу, оренди, міни (бартеру), лізингу та ін. У ст. 263 ГК України зазначені договори названо господарськими. Отже, можемо зробити висновок, що, на думку вітчизняного законодавця, саме відносини, які опосередковуються цими договорами, є господарськими правовідносинами. Однак не всі ці відносини можна однозначно віднести до приватноправових. Так, договір поставки згідно з ч. 2 ст. 265 ГК України укладається на розсуд сторін або відповідно до державного замовлення. Якщо укладення договору за розсудом сторін свідчить про його приватноправовий характер, то укладення договору за державним замовленням може мати публічно-правові елементи. Тому потребує з'ясування питання співвідношення приватноправового та публічно-правового у відносинах, пов'язаних з укладенням та виконанням договорів за державним замовленням.

Норми ГК України про окремі види договорів також ставлять перед нами питання співвідношення таких договорів із цивільно-правовими. Наприклад, згідно з ч. 6 ст. 265 ГК України до відносин поставки, не врегульованих цим Кодексом, застосовуються положення ЦК України. Отже,

необхідно дослідити правову природу господарських договорів, як з публічним елементом, так і без нього, не лише на предмет її приватноправового характеру, а й цивільно-правового. Саме у результаті дослідження правової природи господарських договорів можуть бути сформульовані окремі положення, що у сукупності з результатами дослідження інших особливостей комерційних (торгових) правовідносин нададуть підстави для науково обгрунтованого вирішення питання дуалізму приватного права.

Зокрема, Комерційний кодекс Франції серед ознак комерційної діяльності містить таку як купівля речі з метою перепродажу, в тому числі і після переробки. Варто звернути увагу, що значення французького терміна *acte de commerce* («комерційний акт») дуже близьке за змістом до терміна *negotiation* («комерційний правочин»), але не тотожне йому. Загалом, комерційний акт можна визначити як юридичну дію (в тому числі і таку, що не містить волевиявлення), або юридичний факт, який підпадає під дію комерційних законів, або в силу його характеру (наприклад, купівля з метою перепродажу), або в силу своєї форми (наприклад, вексель), або в силу того, що особа, яка здійснює таку дію або причетна до такого факту, є комерсантом. Коли ж у комерційному акті бере участь особа, яка не має статусу комерсанта, такий комерційний акт називається змішаним. Крім того, у переліку комерційних актів, закріплених ст. L. 110-1 та L.110-2, окремо йдеться про підприємницькі операції. Терміни «підприємницький правочин», «підприємницька операція» (що у французькому оригіналі передаються за допомогою терміна *entreprise*) означає правочини, які вчиняються певною особою в рамках її професійної діяльності, тобто правочини, які, зазвичай, постійно вчиняються цією особою у певній сфері правовідносин. У число такого роду правочинів і операцій не входять ті, які вчиняються у звичайному повсякденному житті лише епізодично [5, с. 71].

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

Легальне формалізоване визначення комерційної діяльності в Україні 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». Звичайно, через обмежений предмет регулювання цього нормативного акта зміст закріпленого у ньому поняття комерційної діяльності є дуже вузьким і стосується лише комерційної діяльності банків. Тому термін «підприємницька діяльність» на сьогодні виглядає таким, що, значною мірою, відповідає положенням чинного законодавства та охоплює відповідний спектр правовідносин. Чи є цей термін вдалим – поговоримо далі.

Однак чинне законодавство України сьогодні містить значну кількість норм, що регулюють підприємницькі відносини саме публічно-правовими методами (способами). Наприклад, Н. С. Кузнєцова 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 і т.д.), що забезпечується нормами приватного права, так і у сфері державного регулювання цієї діяльності (державної реєстрації, ліцензуван-

ня, квотування, економічної конкуренції і т.д.), яке забезпечується нормами публічного права [6, 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 начал влади і підпорядкування, тобто адміністративно-правові та близькі їм норми [7, с. 351].

Погоджуючись із викладеними точками зору, наголошено на необхідності виділити в предметі правового регулювання підприємницької діяльності ті відносини, які мають саме приватноправовий характер. Для позначення такого кола суспільних відносин можна використовувати термін «комерційні». Роблячи таку пропозицію, ми підтримуємо точку 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 [8, с. 27]. Проте в ході дослідження, можливо, буде запропоновано інший термін для позначення приватних підприємницьких відносин.

Хоча наведені вище визначення кола торгових, комерційних, підприємницьких відносин не тотожні, вони пов'язують такі відносини з укладенням низки специфічних правочинів. А особливими ознаками такої діяльності визначаються систематичність, ризиковість, відсутність мети споживання об'єкта правочину, мета одержання прибутку. При цьому слід зазначити, що вказані вище ознаки підприємницької діяльності стосуються не лише ознак власне діяльності, а й, значною мірою, характеризують суб'єктів, які її можуть здійснювати. Так, якщо йдеться про самостійність та ініціативність підприємницької діяльності, то це дає підстави стверджувати, що здійснюється така діяльність суб'єктами, які є самостійними, незалежними від інших учасників правовідношення. Тому, навіть виходячи із поняття комерційних/ 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 вести мову і про внутрішньо цехові відносини чи відносини між підрозділами одного господарюючого суб'єкта. Усі зазначені та деякі інші специфічні ознаки підприємницьких відносин повинні бути дослідженими детальніше.

Однією з найважливіших ознак певного виду суспільних відносин (комерційних) є **коло суб'єктів**, що можуть бути їх учасниками. Б. І. Пугінський зазначає, що в сучасному торговому обороті окрім власне торговців активно беруть участь і відіграють важливу роль також інші групи осіб. Значні масштаби та постійний розвиток торгівлі створили значне різноманіття її суб'єктивного складу. Саме тому потребують дослідження специфічні ознаки таких суб'єктів, які відрізняють їх, перш за все, від суб'єктів власне цивільного права. Слід виявити особливості підприємницької правосуб'єктності, умови її набуття та особливості здійснення (в тому числі і через представників). Важливе значення для з'ясування природи комерційних правовідносин має не лише абсолютний правовий статус їх суб'єктів, а й

відносний. Тобто важливим аспектом комерційних відносин є те, як правові статуси їх сторін співвідносяться між собою – чи це співвідношення **субординації, чи паритету сторін**. Із цього співвідношення випливає метод регулювання – **імперативний чи диспозитивний**.

Серед ознак підприємницької діяльності, закріплених у її легальних визначеннях, перше місце, як правило, займає систематичність. 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 і публічно-правові, будуть такими самими, як і наслідки інших підприємницьких правочинів аналогічного змісту. Тому слід дослідити можливість розуміння систематичності підприємництва не як фактичної такої ознаки, а як гіпотетичної. Така гіпотетичність може ґрунтуватись на вираженні наміру особи здійснювати підприємницьку діяльність, формалізованому при реєстрації її як суб'єкта підприємницької діяльності.

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

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.

**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 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.

Не можна залишити поза увагою і той факт, що кожна ознака підприємницьких відносин сама по собі не достатня 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.

**Отримання прибутку. Спекуляція.** 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 називатись спекуляцією з негативним підтекстом. Впливає таке негативне ставлення до поняття спекуляції у вітчизняній науці ще з радянської правової системи і на сьогодні повинно бути переосмисленим. Свого часу А. І. Камінка стверджував, що спекуляція, потяг до наживи, і при тому не за допомогою окремої випадкової дії, а у вигляді організованого промислу, становить рушійний нерв усього торгового обороту [9, с. 67].

Визнання отримання прибутку основною метою підприємницької діяльності мало своїх прибічників і у другій половині ХХ століття. 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 всіх і кожного члена суспільства [10, 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» [11, с. 45]. Цікавим видається те, що саме мета отримання прибутку, як одна із складових критичної риторики політичної економії у авторстві К. Маркса, настільки була зрозумілою і ефективно використовувалась для критики, на сьогодні чомусь сором'язливо замовчується тими, хто стоїть на боці розвитку в Україні саме ринкової економіки. Невже ми до цього часу соромимося самого слова «спекуляція» чи «прибуток»? 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 интересує, це – відношення додаткової вартості, або того надлишку вартості, з яким він продає свої товари, до всього капіталу, авансованого на виробництво товару; тимчасово 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».

На нашу думку, в умовах вільного ринку задоволення інтересів суспільства в результаті підприємницької діяльності – це не лише її наслідок, а й запорука її успіху. Адже якщо пропозиція підприємця не задовольнятиме суспільні потреби, то й не користуватиметься попитом. Отже, задоволення інтересів суспільства – це не мета, а, імовірно, умова здійснення підприємницької діяльності. Слід зазначити, що класичною схемою здійснення підприємницької діяльності є: прибуток – податки – суспільне благо, в Україні ця схема фактично виглядає так: податки – суспільне благо – прибуток. Не слід дивуватися, що за останніми даними на сьогодні рівень так званої тіньової економіки в Україні становить від 40 до 60 % !!! [12].

Із такою ознакою підприємницьких відносин, як ризикованість, тісно пов'язі також **особливості матеріальної відповідальності їх учасників.**

Так, певні особливості мають підстави матеріальної відповідальності сторін комерційних правовідносин. Зокрема, це можливість покладення на суб'єкта підприємницьких відносин матеріальної відповідальності без його вини. Іншим, не менш важливим, аспектом є обмеженість матеріальної відповідальності юридичних осіб.

Потребує дослідження і така характеристика підприємницької діяльності, як використання її учасниками **запозиченого капіталу** через різноманітні фінансові механізми. Адже суб'єкти цивільних правовідносин значно рідше, ніж підприємці, здійснюють правочини за рахунок одержаних у кредит коштів. Об'єкт цивільно-правового правочину, як правило, не призначений для одержання прибутку його набувачем, а тому кредит в такому разі має споживчий характер. Запозичення, здійснені підприємцями, є засобом здійснення підприємницької діяльності та спрямовуються, як правило, на одержання прибутку.

Зокрема, у контексті широкого використання у торговому обороті запозиченого капіталу (за різноманітними фінансово-кредитними механізмами) потребує також дослідження інститут довірчої власності, закріпленої у ЦК України. Тут виникають питання щодо його природи: чи це дійсно цивільно-правовий, а не підприємницький інститут? Адже відносини довірчої власності формалізуються у таких формах як ФОН, 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 жодним чином мінімізувати ризики. Це може призвести і, на жаль, вже призводить до таких негативних наслідків, як обман вкладників. 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. Вже не раз піднімали питання про відсутність в Україні єдиного реєстру майнових прав, що виникають під час реалізації будівельних та інших проєктів, пов'язаних із значним розривом у часі від моменту інвестування коштів до отримання і реєстрації відповідних прав де факто. Зокрема, відповідний досвід на теренах колишніх радянських республік існує – ним не варто нехтувати [13].

**Оплатність** – саме в комерційному праві, на відміну від класичного цивільного права, оплатність є ключовим елементом, який приводить до дії весь торговий оборот. Комерсант зацікавлений у тому, щоб провести будь-яку торгову операцію виключно за умови, що остання буде оплачена, інакше комерційна діяльність перетворюється у благодійність. 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» [14]. Тому і деякі цивільно-правові інститути на сьогодні потребують дослідження і переосмислення їх дійсного місця у системі приватного права.

На сьогодні потребує дослідження як кожна окрема ознака підприємницьких відносин, так і значення кожної з них у їх сукупності. Саме правильне виявлення максимального кола ознак підприємницьких відносин дасть змогу правильно визначити цей доволі специфічний предмет правового регулювання.

Правильне визначення цих аспектів надасть 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 спеціальне), предмета регулювання відповідних правовідносин та їх суб'єктів є визначальним для вирішення питання дуалізму приватного права.

Часто висновки про наявність чи відсутність дуалізму приватного права роблять **на підставі наявності у системі законодавства певної держави, поряд із цивільним кодексом, спеціального кодексу, який регулює торгові/комерційні/господарські відносини**. Однак ґрунтовність такого підходу, навіть на перший погляд, викликає сумніви. Адже жоден такий спеціальний кодекс не повторює за своїм змістом та структурою відповідний кодекс іншої держави. Більше того, відомі випадки, коли такий спеціальний кодекс було скасовано, зокрема в Італії. Про деякі особливості предмета регулювання ГК України та Комерційного кодексу Франції йшлося вище. Виходячи з того, що питання дуалізму приватного права все ж таки виходить із потреби у спеціальному правовому регулюванні диспозитивним методом відносин між рівними і незалежними суб'єктами, існує потреба у порівняльному дослідженні спеціальних (торгових, комерційних) кодексів щодо регулювання ними саме приватних правовідносин у

сфері комерційного обороту. З одного боку, це має допомогти виявити відмінності у регулюванні подібних цивільно-правових та підприємницьких відносин, з іншого – надасть емпіричний матеріал для висновків про можливість існування певного виключно приватноправового комерційного права, чи навпаки, має призвести до висновку про певну інкопорованість та комплексність такого регулювання. Звичайно, таке узагальнення не дасть однозначної відповіді щодо актуальних потреб підприємництва у специфічному, порівняно з цивільно-правовим, регулюванні підприємницьких відносин. Однак таке дослідження надасть змогу виявити деякі аспекти, які, на вимогу практики, вже сьогодні впроваджено або має бути впроваджено у чинне законодавство.

Говорячи про такі особливості підприємницьких відносин, як систематичність, ризикованість, прискорений оборот, спрощеність процедур, варто звернути увагу на те, як ці особливості відображено і у Господарському процесуальному кодексі, і в правилах арбітражних установ. Адже запровадження **особливого порядку вирішення спорів** між підприємцями, що виникають із підприємницьких відносин, зумовлене, насамперед, особливостями відповідних матеріальних правовідносин. Слід зазначити, що назва Господарського процесуального кодексу на сьогодні викликає критику серед науковців та практиків. Перш за все, така критика полягає у розумінні суті цього кодексу як арбітражного, тобто кодекс цей за своєю суттю визнається арбітражним, хоч вирішення спорів покладається ним на державних «арбітрів».

Існування арбітражних органів та спеціалізованих судів свідчить про те, що цивільне судочинство не забезпечувало підприємцям, перш за все, необхідної їм оперативності вирішення спорів на підставі доказів, що можуть бути надані такими суб'єктами на підтвердження обставин підприємницьких відносин, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог. Гільдії купців вимушені були формувати арбітражні органи та затверджувати процедури вирішення торгових спорів, які відповідали їхнім потребам.

Виникнення міжнародних арбітражних органів, на які підприємці з різних країн і частин Світу покладають вирішення спорів, що виникають із зовнішньоекономічних контрактів, свідчить про єдині засади підприємницької діяльності, **незалежні від національних, регіональних чи релігійних особливостей**, притаманних деяким іншим приватним відносинам. Адже якщо відносини сімейні, спадкування, дарування, як правило, регулюються нормами, які формувались упродовж щонайменше тисячоліття під впливом природних особливостей місця проживання того чи іншого народу, віросповідання, то торгові відносини від самого початку виникнення мали міжнародний (міжполісний, міжплеменний) характер і від таких особливостей переважно не залежали.

Отже, детальне дослідження арбітражних процедур, в тому числі і тих, які запроваджено у міжнародних арбітражних органах, дасть додаткові підстави для виявлення особливостей приватних підприємницьких відносин.

Виявлення особливостей підприємницьких відносин, які обумовили можливість утворення міжнародних арбітражних органів, дасть змогу сформулювати науково обґрунтовану концепцію (пропозиції, висновки) створення міжнародного підприємницького (комерційного) права та уніфікацію на його основі відповідних національних галузей / підгалузей приватного права.

Отже, на нашу думку, вирішення питання дуалізму приватного права, перш за все, потребує на сьогоднішній день вирішення таких наукових завдань:

- сформулювати питання дуалізму приватного права як проблему співвідношення у його структурі цивільного та підприємницького права;
- визначити коло підприємницьких відносин, які потребують специфічного, відмінного від класичного цивільно-правового, регулювання приватноправовими методами;
- дослідити особливості комерційних відносин та правового статусу їх учасників виходячи із норм чинного законодавства (ГКУ, ЦКУ, ГПК тощо) та міжнародно-правових актів, визначити значення особливостей системи законодавства для вирішення питання дуалізму приватного права;
- дослідити можливості уніфікації приватноправового регулювання комерційних відносин на національному та міжнародному рівнях виходячи із особливостей таких відносин, виявлених при вирішенні попередніх завдань.

На підставі наукових положень, отриманих при вирішенні вказаних завдань, необхідно сформулювати принципи комерційного права, надати рекомендації щодо формування його системи. При формуванні системи комерційного права слід зважати на урегульованість тих чи інших питань нормами цивільного законодавства, що, у свою чергу, дасть можливість визначити адекватний спосіб систематизації приватного комерційного законодавства.

Підсумовуючи, робимо проміжний висновок про те, що, за великим рахунком, одні і ті самі питання, пов'язані із майновими відносинами, зокрема торговим оборотом, розглядаються та викладаються цивілістами та господарниками по-різному, саме в силу певних об'єктивних передумов, притаманних цим школам. Зокрема, господарники, визнаючи майнову природу багатьох правовідносин, які існують у торговому обороті, намагаються привнести або надати йому невинуватого великий відтінок адміністративного регулювання, що є цілком зрозумілим, з огляду на те, де і в який спосіб народилась школа господарського права на теренах України, як однієї із колишніх республік СРСР з його адміністративно-плановим господарством [15, с. 549]. З іншого боку, класичні цивілісти, обстоюючи всеосяжність приватноправового регулювання в межах саме цивільного права, не бачать того, що саме по собі приватноправове регулювання у сфері комерційного обороту щоденно зазнає перманентного ускладнення та модернізації, далеко виходячи за межі класичного римського права з його *Pacta sunt servanda*. Наслідком такого «перетягування канату» і не бажання визнати те, що в лоні безперечно приватноправових відносин існує значний масив комерційних відносин, призводить, по суті, до того, що всі специфічні риси останніх певним чином нівелюються, а предмет регулювання розмивається та значно ускладнюється.

Можливо, настав вже час визнати, що комерційні відносини, за всієї їх приватноправової природи із необхідним обов'язковим певним зовнішнім адміністративним регулюванням, утворюють свій специфічний і, певним чином, досить унікальний предмет регулювання – ефективно, оперативно, наскільки можливе спрощене регулювання право-

відносин між комерсантами з метою отримання прибутку як кінцевого результату.

Видається, що саме під таким кутом необхідно будувати і викладання спецкурсів комерційного права, орієнтуючи майбутніх фахівців – комерціалістів на специфічний комплексний підхід до різноманітних питань комерційного обороту, безперечно за невідмінного визнання їх приватноправової природи з певними регуляторними адміністративними обмеженнями.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України* від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
2. *Цитович П. П.* Учебник торгового права // Цитович П. П. Труды по торговому праву. – В 2-х т. – Т.1. – М.: «Статут», 2005. – 450 с.
3. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права – М.: «СПАРК», 1994. – 335 с.
4. *Римское частное право* / Под общ. ред. Флейшиц. – М., 1948.
5. *Коммерческий кодекс Франции* / Предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В. Н. Захватаева. – М.: «Волтерс Клувер», 2008. – 1272 с.
6. *Кузнецова Н. С.* Предпринимательское законодательство в Украине и в странах Европы (частноправовые аспекты // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. – К.: Юринком Интер, 2003. – 528 с.
7. *Шевченко Я. Н.* Проблемы гармонизации предпринимательского права // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. – К.: Юринком Интер, 2003. – 528 с.
8. *Пугинский Б. И.* Коммерческое право России. Учебник. – 2-е изд. – М., 2008. – 350 с. – С. 27.
9. *Каминка А. И.* Очерки торгового права. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – 547 с.
10. *Хайек Ф. А.* Конкуренция, труд и правовой порядок свободных людей: Фрагменты сочинений // Составители: С. А. Мальцева, Lorenzo Infantino, Dario Antiseri. – СПб.: Издательство «ПНЕВМА», 2009. – 200 с.
11. *Маркс К.* Капитал. Том третий. – К. Державне видавництво політичної літератури УРСР. – 926 с.
12. *Панченко Ю.* До демократії осталося несколько тисяч // Комерсант Україна. – 2011. – № 101. [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://kommersant.ua/doc/1665829>.
13. *Федеральный закон Российской Федерации от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации».*
14. *Коммерческий кодекс Франции* / Предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В. Н. Захватаева. – М., 2008. – 1272 с. – С. 24.
15. *Суханов Е. А.* Гражданское право России – частное прав / Отв. ред. В. С. Ем. – М.: Статут, 2008. – 588 с.

*This article investigates content of the question of the dualism of private law, identifies the main theoretical problems which solution will contribute to a scientific concept of legal regulation of trade with a private law practices.*

*В статье исследуется содержание вопроса дуализма частного права, определяются основные теоретические проблемы, решение которых будет способствовать формированию научной концепции правового регулирования торгового оборота частноправовыми методами.*