

различие этих отношений, также как и различие соответствующего законодательства. Теперь остаётся указать на то, что в этих кодексах различны предметы регулирования: Если бы указанные авторы тщательно проанализировали формулировку ст. 1 Гражданского кодекса Украины, то увидели бы, что предмет регулирования гражданского законодательства составляют *личные отношения* как неимущественные, так и имущественные. Различные предметы регулирования как раз и исключают возможность дублирования. Тот факт, что в Гражданском кодексе Украины можно увидеть отдельные нормы, которые имеют внешнее сходство с нормами ХК Украины (вопреки предмету регулирования), это не более чем неряшливое юридико-техническое редактирование текста этого кодекса.

Итак, аргументация авторов доклада «Гражданский и Хозяйственный кодексы Украины: анализ текущего состояния и рекомендации по совершенствованию», вызывает большие сомнения в своей доброкачественности. Тем не менее, они отважились на то, чтобы рекомендовать «вытеснить ХК из законодательного поля Украины». Парадокс же состоит в том, что такая аргументация нет-нет да и находит своих адресатов — не однажды можно оказаться свидетелями того, что она слово в слово повторяется в среде украинского высокого чиновничества. Как же, эти рекомендации даются не кем-нибудь, а «зарубежными экспертами»! По поводу подобной бессмыслицы известный украинский политический деятель, ныне Премьер-министр Украины, Ю. В. Тимошенко очень метко недавно сказала такое: «Мы должны строить страну собственным интеллектом, а не им-

портированным. Никто за нас идеальную модель нам не выстроит. Когда за такое строительство берутся пришельцы, выходит фантазмагория» (Интернет-Сайт «Украинская правда», 22.08.2007 г.).

Что же относительно Хозяйственного кодекса Украины, то, думается, он ещё послужит укреплению общественного хозяйственного порядка в своей стране.

#### Литература

1. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: Изд-во МГУ; Изд. группа ИНФРАМ — НОРМА, 1998.
2. Economic Code of Ukraine / Translated, with an Introduction, by William E. Butler. — London: Wildi, Simmonds and Hill Publishing, 2004.
3. Мамутов В. К. Зачем Минюсту геростратова слава // Закон и бизнес. — 2006. — 12—18 марта.
4. Подцерковный О. ХК — основа дальнейшей кодификации и компактизации хоззаконодательства // Юридическая практика. — 2008. — № 1—2. — 8 января.
5. Чумаченко Н. Г. К проблеме сочетания государственного регулирования и рыночной саморегуляции // Экономика Украины. — 2006. — № 8. — С. 79—81.
6. <http://proUA.com/2006/6/5>.
7. <http://www.case.com.PL/2006/6>.
8. Гражданский кодекс Нидерландов. Книги 2, 3, 5, 6 и 7. (Пер. на рус. яз.) — Лейден: Лейденский университет. — 1996.
9. Антология мировой философии в четырёх томах, Т. 1. — М.: Мысль, 1969.

Представлена в редакцию 8.04.2008 г.

УДК 378.115(088.4)

**Б.Г. Розовский,**

*д-р юрид. наук,  
профессор Восточнoукраинского национального  
университета имени В. Даля,  
г. Луганск*

### ОБЕСПЕЧЕНИЕ ДОГОВОРНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ: ПОПЫТКА СИСТЕМНОГО ПОДХОДА

Прошло три четверти века, как Кейнс написал: «Идеи ученых — экономистов и политических мыслителей и тогда, когда они правы, и тогда, когда они не правы, гораздо более могущественны, чем это обычно считается. На самом деле мало кто еще правит миром так, как они. Люди практического дела, уве-

ренные в том, что они совершенно свободны от интеллектуальных воздействий, обычно рабски копируют давно устаревшие взгляды какого-либо экономиста из прошлого» [1, с. 349]. Прозорливое наблюдение Кейнса не устарело и ныне. Более того, оно целиком распространяется и на юристов, причем, не только

© Б.Г. Розовский, 2008

представителей практического дела, но и на теоретиков права. Особенно наглядно это проявляется в дискуссии цивилистов с хозяйственниками, где чуть ли не каждый автор беспокоит тени давно ушедших.

Памятуя высказывание Леонардо да Винчи «Кто спорит, ссылаясь на авторитет, тот применяет не свой ум, а скорее память», в настоящей работе предпринята попытка свести к минимуму ссылки на мнение научных авторитетов, поставить и предложить решение некоторых вопросов, исходя из современных прагматических реалий.

*В статье ставится цель проанализировать потенциал взаимодействия хозяйственного права и процесса в обеспечении соблюдения договорной дисциплины.*

Несмотря на прохладное ныне отношение к марксизму и его последователям, многие тезисы продолжают свою научную и практическую жизнь. К их числу относится не афишируемая, но достаточно часто вспоминаемая характеристика политики как концентрированного выражения экономики. К сожалению, в нынешнее время это определение чаще употребляют в плане критики политиков, строящих свою стратегию в отрыве от объективных закономерностей развития экономики. Тем не менее, как идеал, сама формула не оспаривается. Более того, в современных реалиях политические лозунги и политика в целом все более превращаются в товар, рекламируемый и продаваемый политическими маклерами по самым высоким технологиям.

Не претендуя на лавры первооткрывателя, хочу лишь напомнить, что, в свою очередь, право и по происхождению, и в сущности является концентрированным выражением политики<sup>1</sup>. Грубое тому подтверждение: сменяется власть — начинается повышенная законодательная активность, которую, порой, иначе как «чехардой законов» не назовешь. Невольно вспоминаешь насмешку Вольтера: «Смена законов происходит на каждой почтовой станции со сменой лошадей». Но это было сказано до создания Гражданского кодекса Франции 1804 г., а у нас и законы, и кодексы стали каучуковыми. Забывается даже исходная часть формулы — экономика, объективно диктующая границы политических и законодательных изысков.

Понимаю, продолжая аналогию дальше, могу попасть на минное поле. И все же, как не парадоксально кажется на первый взгляд, но и право, и законы из-за политической обусловленности также

неизбежно приобретают форму товара. Не вдаваясь глубоко в суть, используем эту аналогию как прием в исследовании.

Да, закон обязателен для «употребления» независимо от «вкуса», «манеры одеваться», «цвета волос» и других претензий «покупателя». Однако это на первый взгляд. Подобно другим товарам, он далеко не редко лежит на полке «магазина» среди других законов — «товаров» и не пользуется спросом из-за недостаточной индивидуальности, отсутствия бренда.

Отождествляя закон с товаром, надо помнить, кто является его основным «покупателем». Не вдаваясь в дискуссию, ограничимся перечнем, приведенным в ст. 2 Хозяйственного кодекса Украины (далее — ХК Украины). Сложнее с потребностями «покупателя». Социальная обусловленность хозяйственной деятельности понятна, но что конкретно нужно субъекту хозяйствования для выполнения поставленной социальной задачи, ясности нет. Ссылка на общественный порядок в преамбуле к кодексу слишком обща. В рамках обсуждаемой проблемы представляется оправданным дополнить ст. 1 ХК Украины, или включить в кодекс отдельную норму, в которой зафиксировать в числе других задачу обеспечения стабильности хозяйственной деятельности, правомерности заключения хозяйственных договоров и создания максимальных правовых гарантий неукоснительного их исполнения. Актуальность данной задачи с учетом существующей практики доказывать, полагаю, излишне.

Говоря о Хозяйственном кодексе как товаре, нельзя не думать о его бренде, который позволит закончить тяготину безосновательных обвинений в несамостоятельности кодекса. Для этого, в свою очередь, необходимо серьезно заняться инсайтом — поиском ключевой программы, позволяющей поновому оценивать ситуацию и на ее основе сделать что-то полезное для бренда.

Поскольку законодательная техника, как и политика — искусство возможного, не будем витать высоко в облаках. В оптимальном варианте задача сводится к поиску так называемой точки бифуркации — области правового воздействия на хозяйственные отношения, где с наименьшими усилиями возможно достижение максимального социального и экономического эффекта. Представляется, такой точкой бифуркации и одновременно брендом хозяйственного законодательства является отнесенное его к разряду законодательства специального.

Такое заявление сделано. Однако трудно понять возникшую по ходу дискуссии трактовку формулы общего и специального законодательства. От того, что договор назвали хозяйственным обязательством, регламентирующее его законодательство не становится специальным. По Хайеку, «экономист, являю-

<sup>1</sup> Боюсь, что сегодня на практике данный тезис толкуется извращенно, и только в теории признают примат права в формировании политики. К сожалению, и юридическая наука во многом идет по пути не инициирования необходимых законов, а комментирования принятых. Утрата собственных критериев правового регулирования, существующих вне ограниченной временем привоной поля, чревата деградацией юриспруденции как науки.

щийся только экономистом, не может быть хорошим экономистом». Не обижая коллег, отметим, что при формировании понятия специального законодательства в хозяйственном праве было бы не лишне рассмотреть его толкование в других отраслях.

Обычно специальные нормы вводятся для ужесточения или, как исключение, для послабления общих условий деятельности. В уголовном праве, например, специальные нормы устанавливают более тяжкую ответственность за отдельные разновидности преступления. Так, более тяжким преступлением считается мошенничество с финансовыми ресурсами в сравнении с обычным мошенничеством, соответственно и санкция статьи выше. Где найти тотальное ужесточение порядка деятельности или ответственности в специальном хозяйственном законодательстве? А оно должно быть, и в этом ключ решения основных проблем разграничения гражданско-правового и хозяйственно-правового регулирования.

Заранее предвижу: предлагаемое решение может вызвать неприятие не только у цивилистов, но и у хозяйственников. И все же. Хозяйственные обязательства, хозяйственные договоры — концентрированная сущность хозяйственной деятельности. Их реализация создает основу социального и экономического благополучия граждан Украины. Для этого обязательства должны быть правомерными, исполняться в полном объеме и в установленный срок. В большинстве так и происходит. Но не всегда. В случае конфликта — судебное разбирательство, которое во всем мире признано неотъемлемым атрибутом демократического общества<sup>2</sup>.

Правда, длиться эта демократия может месяцами и годами, а экономика «стоит» — активы заморожены под арестом, продукция не производится или не реализуется, налоги в казну не поступают. Масштабы впечатляют. В 2006 г. местными хозяйственными судами рассмотрено 315,8 тыс. заявлений, апелляционными судами — 46,7 тыс., Верховным хозяйственным судом Украины — 19,7 тыс. [3, с. 6]. В течение года было заявлено исков на сумму 30,7 млрд грн, удовлетворено полностью или частично на сумму 12,2 млрд грн, т. е. более половины средств не было в полной мере задействовано в народнохозяйственном обороте без всяких к тому оснований. Добавьте сюда содержание самих судов вместе с судьями и прочим персоналом, которое тоже влетает в копеечку, и сопоставьте полученную сумму, скажем, с блеклым на этом фоне размером внешних займов и инвестиций.

<sup>2</sup> Демократизация правосудия — вещь довольно непредсказуемая. Сократа, как известно, приговорили к смерти «демократическим большинством». Дело слушалось в одном из десяти отделений суда присяжных (гелией), в количестве пятисот человек с приравлением еще одного для нечетного количества [2, с. 691].

Самое любопытное, усилия ученых направлены не столько на устранение причины — нарушение договора, сколько на борьбу со следствием — тяготиной судебного процесса. Здесь предложения — приблизить порядок судебного рассмотрения хозяйственных споров к процедуре Международных коммерческих арбитражных судов, оставить одну надзорную инстанцию, упростить рассмотрение отдельных споров, подчеркивается результативность механизма, заложенного в ст. 250 ХК, и т. п. Все это разумно. Но хочу задать коллегам, знающим проблему не по книгам, необычный вопрос: не кажется ли вам, что судья при разрешении большинства хозяйственных споров находится в ситуации человека, наблюдающего, как крокодил подкрадывается к спящему людоеду?

Мы привыкли (естественно, теоретически) чуть ли боготворить стороны в хозяйственном процессе, заботиться о соблюдении их прав, создавать условия объективного выяснения всех относящихся к делу (и не очень) обстоятельств, частично отождествив судью со стряпчим, запрашивающим по ходатайству сторон недостающие документы в других организациях, и т. д. и т. п. Почитаешь соответствующие нормы кодексов и думаешь, осталось только стороны на руках носить. А у меня на фоне всего этого благолепия почему-то стоит в глазах старик Гоббс с его сакраментальным: «Homo homini lupus est!». И сколько не читаю панегирики о прогрессе цивилизации, гуманизме и социальной направленности хозяйственной деятельности, бывая в суде, за вежливыми улыбками сторон четко вижу волчий оскал нашего рыночного homo.

Конечно, глотки друг другу теперь, как правило, не перегрызают. Киллеры есть, но, к счастью, они исключение. Однако и в обыденном варианте хозяйственные отношения довольно жесткая штука. В предыдущих столетиях ученые не были связаны вавилонскими требованиями к написанию научных работ, писали образно, раскрывали содержание исследуемого понятия, порой, с самой неожиданной стороны. Так, Ф. К. Савиньи более полутора веков тому, определяя обязательство, не сводил его только к распределению прав и обязанностей сторон. Он утверждал: «Обязательство состоит в господстве над чужим лицом, но не над всем лицом (иначе оно вело бы к уничтожению личности), а только над одиночными его действиями, которые могут быть представлены выделенными из свободы этого лица и подчинены нашей воле» [4, с. 48]. Понятно, расстаться со свободой, даже в какой-то части, никому не хочется. Вот и упираются до последнего, как только могут, используя при возможности приемы на грани флага.

Несколько утрируя, не преследуя цель обидеть добропорядочных участников хозяйственных отношений, для определения реального рыночного их статуса я бы воспользовался простеньким примером.

Подходит к расслабившемуся под южным солнцем курортнику импозантный, прилично одетый мужчина и предлагает купить золотое кольцо. Дескать, поиздержался с пикантными женщинами или, вариант, обворовали до нитки, теперь нужно приобрести билет до родных пенат, а денег не хватает. Кольцо красивое, блестит как новое. Качество изготовления безукоризненное. Курортник, по его словам, только из сострадания к бедолаге, сочувствуя, войдя в положение, соглашается купить кольцо. Но вот несчастье: он тоже поиздержался с дамами и может заплатить за него в пять раз меньше, чем стоит подобное изделие в ювелирном магазине. После взаимных вздохов торг состоялся. Стороны с удовлетворением пожали друг другу руки и расстались. Сияющий курортник показывает покупку друзьям, и тут конфуз: один из них, по профессии ювелир, категорически заявляет, что кольцо медное. Все бросаются на поиски продавца, а его и след простыл.

Формально продавец кольца — мошенник и ему место на скамье подсудимых. Но в уголовном праве уже предлагалось считать некоторые формы мошенничества преступлением без потерпевшего, ибо в большинстве случаев каждая из сторон во время совершения сделки уверена, что обманывает с выгодой для себя контрагента. В данном случае продавец вводил в заблуждение покупателя по поводу качества изделия, тот, в свою очередь, о своих финансовых возможностях<sup>3</sup>.

А теперь не нашего ли курортника мы видим иногда в роли вкладчика денег на депозит банка? Все банки предлагают 10–12 % годовых от суммы вклада, а один, со звучным названием «Звездный», дает 20 %. Наш герой (по аналогии с покупкой кольца по дешевке) выбрал «выгодный» вариант и через три месяца оказался у разбитого корыта. О том, что, имея дело с подозрительным банком, надо проверить наличие лицензии, получить информацию о банковском капитале, страховании вкладов и всем остальном, думать некогда — глаза горят, дело выгодное.

Не он ли, родимый, заключая договор, радуется упрощенным условиям его выполнения, размытым мерам ответственности, надеясь с выгодой для себя обставить контрагента?

Ситуаций множество. Обсудим по ходу изложения вариант, если жертвой является рядовой гражданин, обыватель (в первоначальном значении —

житель какой-либо местности). Но почему и в теории, и на практике ставится знак равенства между обывателем и профессиональным участником хозяйственной деятельности? Уже канули в Лету былые сценки, когда встречаются двое, из газет знающие что такое зарождающийся бизнес, и выясняют:

- Тебе сахар нужен?
- Нужен.
- А у тебя деньги есть?
- Есть.

Разбежались. Один искать сахар, другой — деньги.

Теперь и начинающий бизнесмен, и с многолетним стажем должны быть профессионалами. Человек, который проектирует даже небольшую избушку, учитывает состояние грунта, близость подземных вод, правила теплосбережения и противопожарной безопасности, многое другое. А при заключении хозяйственного договора отнюдь не единицы считают достаточным знать классическое: «Утром деньги — вечером стулья». Нельзя быть профессионалом на половину или на четверть. Нельзя в принципе заниматься хозяйственной деятельностью, не зная регламентированного правом ее порядка. Элементарное требование: не зная брода, не суйся в воду. Начинаешь новое дело — получи исчерпывающую консультацию специалиста, обеспечь с его помощью прохождение всех необходимых процедур. Хозяйственная деятельность вне права априори не может не причинять ущерб национальным интересам, интересам общества в целом и конкретному контрагенту, в частности. Допустить такое положение общество и государство не могут.

Время — деньги. И не только субъекта хозяйствования, но и мои — гражданина Украины, которому государство обязано обеспечить определенный уровень социальных благ. А если стороны годами выясняют отношения в суде, поступлений в бюджет на мои нужды нет. Как не парадоксально, но я на стороне мошенника — продавца кольца: он в идеале сразу уплатит налоги, остальные деньги пустит в оборот, а простофиля будет долго судиться, получать свои кровные гомеопатическими дозами с соответствующими отчислениями, которые в национальном бюджете нужно искать с микроскопом. Государство же на это почему-то взирает спокойно. Может потому, что еще Иван — дурак, любимый персонаж славянского фольклора, наглядно доказал: с тех, кого считают дураками, спрос гораздо меньше, зато триумфы их гораздо ослепительней.

Сейчас о коррупции в государстве в целом и в судах, в частности, пишут и те, кто знаком с обстановкой, и те, кто знает понаслышке. Общее мнение: правосудный суд, как говорят, это от нас еще дальше, чем мы размечтались. Предложений по

<sup>3</sup> Джозеф Е. Стиглиц пишет: «... те, кому монополист хочет назначить более высокую цену, отнюдь не спешат раскрыть, что могут уплатить больше за его продукцию. В то же время именно те, кто менее всего способны платить за товары, с меньшей вероятностью возвращают заемные средства или более подвержены иварийным ситуациям, менее всего проявляют готовность к раскрытию этой информации тому, с кем имеют дело» [5, с. 413].

борьбе с коррупцией множество. Риску дать еще одно: *лучший способ борьбы с коррупцией в судах — решить свои проблемы без суда.*

В середине прошлого столетия советский энтузиаст-одиночка Генрих Альтшуллер разработал признанную во всем мире теорию решения изобретательских задач. Его идея: «Идеальная техническая система — это система, вес, объем и площадь которой стремятся к нулю, хотя ее способность выполнять работу при этом не уменьшается. Иначе говоря, идеальная система — это когда системы нет, а ее функция выполняется». Для социальных, в том числе правовых систем данный критерий также является идеальным. Больше всего возможностей решать проблемы без суда в хозяйственной деятельности при оптимальной ее организации. Можно сколько угодно толковать о свободе рынка, но еще Сократ и Платон доказали: из крайней свободы возникает величайшее и жесточайшее рабство. Блаженный Августин поэтому сказал: «Каждому из нас дана свобода, чтобы можно было от нее уклониться». Любая организация по своей сути есть ограничение свободы. Хозяйственное право определяет организационные рамки свободы, устанавливает систему эффективных ограничений в хозяйственной деятельности.

В уголовном праве один из основных принципов: «Незнание закона не освобождает от ответственности». В отличие от гражданского права, где субъектом может выступать рядовой обыватель, в хозяйственном праве этот принцип должен получить максимальное воплощение, конкретизировавшись в формуле: «*Твое незнание закона, сознательное или неосознанное пренебрежение законом освобождает от ответственности контрагента*» (за исключением явного криминала).

Нельзя безучастно относиться к тому, что суды завалены заведомо бесперспективными исками. Так, Хозяйственный суд Луганской области вынужден был с соблюдением всей процедуры вынести решение об отказе в удовлетворении иска арендатора административно-бытового корпуса у летнего оздоровительного лагеря «Санаторий «Озерный», поскольку «Санаторий «Озерный» — это дочернее предприятие Закрытого акционерного общества «Укрпрофздравница», которое и являлось собственником оспариваемого имущества. В нарушение ст. 766 Гражданского кодекса Украины договор аренды был заключен с ненадлежащим собственником. Более того, в нарушение ч. 2 ст. 793 и ст. 794 кодекса договор найма заключен на срок один год, но не был нотариально удостоверен и не прошел государственную регистрацию.

ОАП «Соля» заключило договор субаренды экскаватора с ЧП «Инпром» без согласия собственника спецтехники — государственного предприя-

тия «Лутугинское ремонтно-строительное управление», что послужило основанием для отказа в удовлетворении иска.

ООО «Строительно-монтажное управление» г. Лисичанска обратилось к ЧП «Северодонецкий консервный завод» с иском о взыскании штрафных санкций, тогда как договором меры ответственности вообще не были предусмотрены [6].

ОАО «Мегабанк» обратилось в Хозяйственный суд Харьковской области с иском о взыскании 2191333 грн с Главного финансового управления Харьковской областной государственной администрации — суммы выданного сроком на два года кредита и процентов за его использование. Суд признал договор недействительным, ибо согласно существующим нормативным актам Главное финансовое управление имело право получать кредиты в коммерческих банках и подписывать кредитные договоры на срок не более трех месяцев и только в границах одного бюджетного года [7].

Заслуживает отдельного комментария надувшаяся в 2006–2007 гг. афера строительной организации «Элита-Центр». Ее жертвами стали 1562 гражданина, общая сумма ущерба составила 441,1 млн грн. Во всем мире финансирование строительства и жилых, и коммерческих объектов осуществляют банки, инвестфонды и другие профессиональные игроки фондовых рынков. Граждане покупают за наличные или в кредит уже готовое жилье. В нашей же стране сложилась уникальная система. Лишь единичные компании, используя на строительство домов собственные оборотные средства и заемные средства банков, продают квартиры уже после ввода зданий в эксплуатацию. В подавляющем большинстве в качестве «кошельков» для строительства жилого дома выступают обычные граждане. Организаторы аферы приобрели фирму, построившую несколько домов, и объявили о создании группы компаний под брендом «Элита-Центр». Как юридическое лицо «Элита-Центр» зарегистрирована не была. Все операции и договоры проходили через другие компании — ООО «НДЦ Прогресс», ЗАО «Строительный — инжиниринговая компания «БИК», ООО «Марс-1», ООО «АБФ», ООО «Химбуд» и т. п., которые активно собирали ресурсы. Однако реальное строительство не осуществлялось. Поскольку все пострадавшие кредиторы — физические лица, в контексте статьи пример можно было бы не приводить, если бы не одно но: «25 % инвесторов «Элиты» были прокредитованы солидными украинскими банками. В их числе — «Аваль», Укрсоцбанк, Укркредитбанк. Два из них по этому поводу даже открыли целые кредитные линии. По большому счету, речь о mine под всю банковскую систему Украины, которая еще не

взорвалась благодаря только большой конспирации самих банков» [8, с. 1, 14].

Подобные дела отнюдь не единичны.

В СССР «Правилами рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами» арбитражу предоставлялись широкие полномочия по восполнению упущений сторон. Он мог выходить за пределы исковых требований, если это необходимо для защиты общегосударственных интересов, а также прав и охраняемых законом интересов предприятий, учреждений и организаций (ст. 79 п. 1); истребовать от предприятий, учреждений, организаций, в том числе не являющихся сторонами, документы, сведения, необходимые для разрешения спора (ст. 66), привлекать к участию должностных лиц, если их объяснения необходимы для выяснения объективной истины по делу. По инициативе государственного арбитража могли быть истребованы доказательства (ч. 1 ст. 34), назначена экспертиза (ст. 37). Для арбитража признание одной стороной фактических данных и обстоятельств, которые приводились стороной в обоснование своих требований или возражений, не являлось обязательным (ч. 3 ст. 39) [9].

С учетом нынешних реалий многие из перечисленных положений должны найти применение в гражданском процессе, когда одной из сторон является гражданин. Надо признать, государство виновно в крайне неудовлетворительной юридической грамотности населения, низкой организации, а то и полном отсутствии общественных объединений, призванных защищать законные интересы граждан. Политики только провозглашают необходимость формирования гражданского общества. Его создание требует времени и соответствующих усилий. Поэтому государство вынуждено взять на себя заботу обеспечения защиты законных интересов граждан в гражданском процессе.

Иное дело хозяйственный процесс. В СССР в арбитражном процессе рассматривались споры между предприятиями единой социалистической собственности. Понятно, государство не могло быть безучастным, безразличным к тому, насколько эффективно распоряжаются его собственностью. Отсюда столь широкие полномочия советского Госарбитража. Сейчас другие времена. В хозяйственном суде выясняют отношения многочисленные владельцы разнородной собственности, это, в первую очередь, их головная боль.

В ряде государств (ФРГ, Италия, Австрия, Швейцария и др.) достаточно давно регламентируется возможность признания договора недействительным, если для одной из сторон создается несоразмерная выгода вследствие обмана, использования экономической слабости, профессиональной неосведомленности другой стороны. В условиях экономи-

ческой и политической поляризации субъектов хозяйствования в Украине данная проблема актуальна. Но практического опыта даже в подходах к ее решению у нас нет. Поэтому требуется широкое обсуждение проблемы в контексте ст. 207 ХК Украины.

В. С. Милаш, обобщив зарубежный опыт, обоснованно утверждает: обман и насилие могут рассматриваться как основания для оспаривания коммерческих договоров с учетом экономического могущества обоих контрагентов, опыта функционирования на рынке определенного товара, характера насилия, степени осведомленности об обстоятельствах, в которых сторона подверглась обману. Так, если ущербность воли у одной из сторон сформировалась под влиянием насилия в условиях финансовой зависимости от контрагента, что привело (или могло привести) к значительным убыткам, договор должен быть признан недействительным. Однако ошибка, допущенная из-за недостаточной информированности, небрежности, должна рассматриваться как часть так называемого предпринимательского риска и основанием для оспаривания договора не является [10, с. 320–322]. Эта позиция может быть признана базовой при внесении коррективов в Хозяйственно-процессуальный кодекс Украины.

Понимаю жесткость занятой позиции. Принято считать, что культура восточных славян, в отличие от западной культуры — преемницы Древней Греции и Древнего Рима — в большей степени продолжает традиции византийской культуры — совершенно иного ценностно-идеологического образования по сравнению с Западной римской империей. Евразийская культура славян соединяла в себе элементы Востока через азиатский мир кочевников и татаро-монгол, и элементы Запада через Византию. Известны две исторические попытки вестернизации российской культуры: Петр I хотел привить России черты Европы существующей, в то время как большевики прививали России формы Европы социалистической, т. е. будущей, идеальной, мифической, которой в действительности никогда еще не существовало. Поэтому в России, как полагали, к примеру, евразийцы, существует особый цивилизационный мир евразийской культуры, отличающийся и от мира восточной культуры, и от мира культуры западной [11, с. 185].

Игнорировать значительную общность культуры, в том числе правовой, этих народов можно лишь преследуя не связанные с реалиями национально-политические цели. Не останавливаясь на всех особенностях славянской правовой культуры, отмечу главную — понимание права как правды, как справедливости. Предложенная конструкция в абстракции ближе к западной традиции права, где сформировалась научная и обыденная установка жесткого разведения юридических и морально-нравственных

регулятивів. Договір одній стороні може бути вигіден, а для другої — разорителен. Однак чоловік, заключивши разорительний договір, повинен разоритися — такі принципи буржуазних приватно-правових відносин з часів римського права. Жодної зобов'язаності не разоряті в класическому юридическому світогляді західних народів не існує. З моральних підбудинок можна сжалитися над боржником, можна доброжелателно відноситися до робітників і служачих, але все це не суть юридически визнані зобов'язаності. Це частне справа, а для публіки має значення лише те, що в договорі формально виражено і закріплено.

Однак, ратуя за жорсткість договірної дисципліни, не можна забувати знамениту древнеримську сентенцію: «строжайше право — це величайша несправедливість» (*summum ius summa iniuria*). Щоб поєднати на перший погляд несумісне — незмінність договору і його справедливість, необхідно навести елементарний порядок в процедурі його укладання.

Тут потрібна тісна єдність господарського права і господарського процесу, каскадне посилення правового стимулювання ефективності господарювання. Господарський процес повинен працювати на забезпечення стабільності господарської діяльності. В свою чергу, чітка регламентація правових гарантій виконання господарських зобов'язань дозволить упростити процедуру розгляду господарських спорів. Не отрицаючи роль суду як демократического інституту рішення конфліктних проблем, цілесобразно максимально використовувати економіческі антистимули проти звернення в суд з необоснованими ісками. В результаті можна очікувати отримання кумулятивного результату.

Починати, видимо, треба з ужесточення порядку формування господарських зобов'язань. Ісконно ісповідуваний принцип: довіряй, але перевіряй, нині позбавлений можливості для реалізації. В результаті відносно не рідкість ситуації, подібної тій, яка була предметом розгляду Господарського суду Луганської області. ООО «Чернігівавтодеталь» за договором з ООО «Луганський міський автобусний парк» виробило ремонт автобусів і агрегатів на суму 92 тис. грн. Однак до часу оплати роботи за замовником не отримав необхідної суми грошей. Поки виконавець очікував розрахунку, «Луганський автобусний парк» був оголошений банкрутом, в газеті «Голос України» опублікували відповідне оголошення і затвердили реєстр вимог кредиторів по справі про банкрутство. Не думаю, що на всіх підприємствах існує штат співробітників, які тільки тим і займаються, що читають газети. В Луганській області, наприклад, кількість підписників газети «Голос України» в не-

скільки раз менше кількості зареєстрованих суб'єктів господарювання. Не маючи інформації про банкрутство, ООО «Чернігівавтодеталь» пропустило тридцятиденний термін подачі письмових вимог до боржника і на цьому основанні Господарський суд відмовив у задоволенні іски про стягнення 92 тис. грн [12].

Представляється оправданим доповнити ст. 180 ХК України вимогами оговорити в договорі економіко-правові гарантії як умови, забезпечуючі його виконання кожної з сторін (наліччє ліцензії, грошових засобів, сировини, обладнання і т. п.), порядок доступу до інформації, свідчєтьсвуючої про обоснованість гарантій, можливість періодического контролю за незмінністю умовних гарантій, зокрема до права вимагати в заздалегідь оговорених випадках проведення аудиторської перевірки, встановити відповідальність за спотворення представленої інформації. Такого роду умови можуть бути типовими або індивідуальними. Їх деталізація залежить від сфери господарської діяльності, статусу суб'єктів господарювання, постійності господарських відносин і т. д.

Основи для реалізації даного пропозиції закладені в с. 4 ст. 179 ХК України, допускаючої право сторін погоджувати по своєму усмотренню будь-які умови договору, не суперечачі законодавству, і в ч. 2 самої ст. 180 ХК України, регламентуючої, що суттєвими вважаються умови, по котрим по вимозі однієї з сторін повинно бути досягнуто узгодження.

В Господарському кодексі України необхідно: передбачити відповідальність за спотворення суб'єктом господарювання свідчень про свою конкурентоспосібність, представлених учаснику договірних відносин, повліклих на невиконання прийнятих зобов'язань — в формі неустойки в поєднанні з штрафними санкціями, застосовуваними в порядку адміністративної відповідальності до винуватим посадовим особам суб'єктів господарювання;

зобов'язати суб'єкта господарювання в триденний (десятиденний) термін інформувати всіх учасників договірних відносин про відбувшіся суттєві зміни в фінансовому і іншому забезпеченні прийнятих зобов'язань, встановив відповідальність за невиконання вимог.

Допустимо встановити кримінальну відповідальність за умислене спотворення суб'єктом господарювання свідчень про свою конкурентоспосібність, представлених учаснику договірних відносин, якщо в результаті останній поніс збитки в значному розмірі.

Можливий варіант доповнення Уголовного кодексу України спеціальною нормою або, що оптимально, дача роз'яснень пленумом Верховно-

го суда Украины о квалификации таких действий, как мошенничество.

Пора, наконец, в деталях изучить практику заключения хозяйственных договоров в дальнем зарубежье, международную практику. Глава «Евроцемент-групп» — крупнейшего холдинга в российской отрасли строительных материалов — Ф. Гальчев вспоминает: «Мы занимались подготовкой инвестиционного контракта с датчанами около восьми месяцев. Вы не представляете — гарантия за гарантией, страховка за страховкой» [13, с. 44]. Конечно, не все контракты столь масштабны и требуют столь больших сложностей в оформлении, но принципы должны быть едины и для контракта века, и для контракта месяца.

Вызывает, например, недоумение, что большинство отечественных субъектов хозяйствования при заключении соглашений крайне редко используют регламентированные ст. 200 Хозяйственного кодекса Украины банковские гарантии обеспечения выполнения хозяйственных обязательств, тогда как зарубежные партнеры без этого не заключают ни одной сделки.

Попутно отметим, что у нас, на удивление, в плане обеспечения гарантий проблема взаимосвязи хозяйственно правовой и личной ответственности выпала из поля исследований. Директор Института народнохозяйственного прогнозирования РАН, академик А. Ивантер привел многозначное высказывание своего коллеги В. Панфилова: «У нас было много обанкротившихся банков, но почему-то не было ни одного обанкротившегося банкира. Никто не стрелялся, не выбрасывался из окон». Автор приводит это высказывание в контексте обсуждаемого им вопроса об ответственности власти [14, с. 69]. Однако не менее актуально оно и применительно к прямой ответственности участников бизнеса. Тем более, что цитате предшествует содержательная характеристика: «Бизнес — это люди, отвечающие перед своей семьей, а на семью у них деньги всегда есть». Добавим, не только на семью, но и на многочисленных любовниц, недвижимостью в теплых краях, открытие счета в оффшорном банке. Нетрудно проследить: бывшие банкроты вновь становятся прямыми или латентными владельцами (совладельцами) крупных компаний, новых банков и т. п.

Не будем трогать тему умышленного банкротства — там все прописано в Уголовном и Уголовно-процессуальном кодексах. Правда, практика применения соответствующих норм оставляет желать лучшего. Но почему и при обычном хозяйственном риске основная ответственность за наступление негативных последствий ложится на вкладчиков, рядовых акционеров и др.? Когда-то строитель моста становился под ним во время испытания, подтверждая гарантию прочности. Почему бы не распространить подоб-

ную практику на реальных владельцев банков, хозяйственных обществ и т. п.? Почему не предусмотреть в Хозяйственном кодексе их обязанность иметь в уставном капитале не мифические, а реальные, весомые суммы в обеспечение его надежности? Нет у тебя сегодня такой суммы, например, для открытия банка — возьми кредит на свое имя. Прогоришь — будешь погашать, разделять все невзгоды с рядовыми вкладчиками. Но тогда сто раз подумаешь, прежде чем примешь решение, ведущее к банкротству.

Можно сожалеть об отсутствии прозорливости или объяснимого известными причинами нежелания законодателей упорядочить процедуру заключения хозяйственных договоров. Однако отсутствие закона не означает запрет участникам хозяйственных отношений самим определять условия заключения договоров и порядок контроля за его соблюдением. Соответствующие коррективы необходимо внести в ст. 199 Хозяйственного кодекса Украины.

Реализация данного предложения будет способствовать снижению уровня криминогенности хозяйственной деятельности. Например, согласно бухгалтерской отчетности наших строителей, все они или убыточны, или перебиваются с хлеба на квас. Реальная прибыль растекается среди поставщиков и субподрядчиков, где легче зависеть расходы, не попадая на балансы материнских фирм. Цель — попытка уклонения от налогообложения или прямое хищение. Теперь поле для злоупотребления сужается — хочешь иметь заказчиков, не прячь, а показывай свое благосостояние.

Объективно возникает необходимость в четком определении границ информации, относящейся к коммерческой и банковской тайне. Ныне абсолютизация этих понятий позволяет безнаказанно совершать массу правонарушений и преступлений, уходить не только от общественного, но и государственного контроля.

Появляется возможность существенно сократить сферу неоправданного оборота наличных денег. Например, значительную часть афер в строительстве жилых домов с предварительной оплатой можно было избежать, если бы инвесторы осуществляли платежи через банк. В рамках установленного финансового мониторинга легализации (отмывания) денежных средств и иного имущества, приобретенных преступным путем, на банки возложена обязанность сообщать о производстве подозрительных финансовых операций, что позволяет своевременно вскрывать и предупреждать преступные замыслы.

Допустимо полагать, реализация предложений, наряду с обеспечением общей стабильности хозяйственной деятельности, позитивно скажется, в частности, на динамике банкротств, приведет к уменьшению возникающего при этом вреда.

*Заманчиво пойти дальше и регламентировать: лицо, заключающее договор, выполнение которого заведомо не было обеспечено надлежащими гарантиями контрагента, не вправе претендовать на возмещение причиненного ему вреда.*

Если непредвзято оценить сделанные предложения, то вывод вполне очевиден — ничего революционного в них нет. Речь идет об элементарном совершенствовании формы договора, придании обязательного характера некоторым, вполне известным практике его атрибутам.

Однако по самому определению предпринимательская деятельность основана на риске, а риск — тоже по определению — это деятельность в условиях неопределенности, которую при всем желании в железные рамки действующего закона вогнать трудно, если вообще возможно.

Правовые начала и законность — важное условие жизни цивилизованного общества. Однако значение юридических норм переоценивать не стоит. Правовой фетишизм, придание закону магической силы, превращение его в икону может вредить нормальному развитию общества. Нет и не может быть идеальных законов «на все случаи жизни». Более того, нет необходимости, чтобы гражданин каждый свой шаг согласовывал с законом. В идеале, подобно тому, как известный герой не знал, что он говорит прозой, так и гражданин может не знать, что он во всех случаях поступает по закону, является субъектом правоотношений. Хороший закон тот, который регламентирует линию поведения, наиболее удобную, наиболее приемлемую, я бы сказал — обыденную для пользователя. К. Маркс был прав, утверждая: «Общество основывается не на законе. Это — фантазия юристов. Наоборот, закон должен основываться на обществе; он должен быть выражением его общих ... интересов и потребностей...» [15, с. 259]. Обращение к закону необходимо тогда, когда возникает потенциальная угроза конфликта, предотвратить или разрешить который наиболее удобно в рамках действующих предписаний. Но давайте будем объективны и честно ответим на поставленный вопрос: удобно ли наше законодательство, насколько быстро и справедливо оно позволяет предотвратить или разрешить конфликт? Не удивительно, что хозяйственная практика пестрит примерами деятельности, основанной на «домашнем» нормотворчестве. И это нужно только приветствовать.

Как в таком случае быть с требованием знать и неукоснительно соблюдать законодательство? Есть решение, не противоречащее предложенной концепции? Есть, и, притом, простое: рискуешь, отступаешь от типовых форм, регламентированных в законе, — иди до конца, предусматривай и согласовывай с контрагентом свою форму решения конфлик-

та в случае провала операций. Самоорганизация в регулировании хозяйственной деятельности, новаторство — это магистральный путь повышения ее эффективности. Законодатель должен прогнозировать будущее, но жизнь всегда опережала его предвидение, и с этим приходится считаться.

В равной степени сказанное относится и к любителям заключать крупные сделки по правилам торговых обычаев. Вам хочется экзотики, работать под старину, отступать от нынешнего прописанного в законе регламента — пожалуйста. Но тогда знайте, что в случае конфликта следует обращаться в соответствующий суд, создаваемый на основе таких же обычаев<sup>4</sup>.

И не иначе как абсурдом надо считать попытки обжалования решений добровольно избранных третейских арбитров в хозяйственных судах. Добровольно согласились рассматривать споры вне процедуры хозяйственного суда — забудьте туда дорогу. Иначе мы создадим извилистый путь ухода от соблюдения договорной дисциплины, потянем резину в третейских судах, не получилось — пойдем на второй круг по иной дорожке.

Еще раз повторяю, жизнь не стоит на месте, возникают новые отношения. Сегодня сделки заключают по телефону, через Интернет. Появляются ростки процессуального их оформления. Но пока эти ростки не укоренились, риск возможного конфликта и пути его разрешения стороны должны специально оговаривать в соглашении.

Обсуждая проблемы повышения эффективности хозяйственного права, нельзя обходить вопрос о его тесном взаимодействии с правом процессуальным.

В основу выделения в самостоятельную отрасль бывшего арбитражного, а ныне хозяйственно-процессуального права был положен традиционный критерий — предмет правового регулирования. Однако водораздел между хозяйственным и гражданским процессами на деле не столь велик и не столь строг, чтобы исключить диффузию, а то и прямое отождествление норм этих отраслей. Например, трудно четко определить различие в процессуальном порядке разрешения споров о невозврате кредита между двумя юридическими лицами и аналогичного спора о невозврате долга между лицами физическими. И подобных ситуаций немало.

Очевидно при выделении хозяйственного процесса в самостоятельную отрасль учитывалась какая-то специфика, ставились какие-то цели, оправдывающие неизбежные издержки, порождаемые несвойственным в целом системе права частич-

<sup>4</sup> Попутно отмечу, что согласно давним обычаям заключение сделки не сводилось только к битию по рукам, как ныне пытаются представить некоторые новаторы, нужно было распить чарку и совершить еще ряд обрядов.

ным дублированием норм. Но какие? К сожалению, в теории права ответ на этот вопрос найти трудно. А без него мы можем получить практически неограниченное поле для всякого рода околонучных фантазий с предложением создать брачно-семейное процессуальное право, авторское процессуальное право и кучу других процессуальных прав. Почему бы нет? Ведь предмет регулирования, безусловно, специфичен. Существующая неопределенность, а точнее — отсутствие определенности привело к тому, что в реформированной судебной системе арбитражный процесс и гражданский процесс оказались спроектированными по единому шаблону, с одинаковым порядком рассмотрения споров и обжалования решений, с одинаковыми сроками и т. д.

Не принимая решение полностью исследовать проблему, попытаемся предложить для обсуждения несколько отправных моментов.

Если цели и задачи гражданского процесса множественны и их, в принципе, допустимо формулировать даже с привлечением набора философских категорий, то цель хозяйственного процесса одна и сугубо прагматичная — обеспечить беспрепятственное эффективное функционирование экономики. Поэтому принцип конкуренции вполне обоснованно должен быть распространен на отношения сторон не только в хозяйственном праве, но и в хозяйственном процессе, где на судебном заседании выясняют отношения не дилетанты, а профессионалы. Это означает, что хозяйственный суд должен быть не только правым (что обсуждению не подлежит), но и *скорым*, ибо даже правильное, объективное судебное решение, вынесенное с задержкой, может уже не ратифицировать предпринимательскую деятельность, парализованную судебной тяжбой.

Вспомним, что Магдебургское право, применявшееся в Украине, имело такой институт, как «горячее право». Так называемые гостинные суды рассматривали споры иногородних купцов во время проведения ярмарок и споры местных купцов с приезжими, руководствуясь принципом: решение должно быть вынесено, «когда ноги купцов еще были в пыли» [16, с. 368].

Обладает ли хозяйственный процесс какими-то «ускорителями», которых нет в процессе гражданском? Полагаем, да. Стороны, участвующие в процессе хозяйственном, обладают одной специфической особенностью: в повседневной деятельности они априори *обязаны* соблюдать некий набор *стандартных процедур*, априори *обязаны* соблюдать установленный *стандартный порядок* юридического оформления своих действий. Если старушка, обращаясь в суд, может просить вызвать свидетелей в подтверждение того, что она одалживала ответчику деньги, то в хозяйственном процессе перечень ис-

точников доказательств должен быть самый минимальный, а судье там отводится роль наблюдателя за соблюдением честных условий игры.

Еще раз обратимся к практике применения магдебургского права. Сторонам в процессе (согласно актовым документам украинских судов «сторона поводная», «укривжоний», «сторона жалобливая», позже «челобитчик», «истец» и «сторона отпорная», «ответчик») предоставлялось право пользоваться услугами уполномоченных-адвокатов. Последние должны были безукоризненно соблюдать соответствующие процессуальные формулы, ибо даже в случае ошибки в слове дело можно было проиграть. Не случайно «Саксонское Зеркало» требовало, чтобы после каждого выступления «уполномоченного» («говорителя») суд выяснял у стороны, подтверждает ли она его слова. И, наверное, самое показательное: источники магдебургского права устанавливали, что адвокат, который действовал непрофессионально, карался смертной казнью [17, с. 44–45]. Комментарии, полагаю, излишни.

Целесообразно разработать перечень критериев, при несоблюдении которых рассмотрение иска может осуществляться по упрощенной процедуре. Если истец настаивает на рассмотрении ущербного дела на общих основаниях, судебная пошлина устанавливается в кратном исчислении.

Предъявление необоснованного иска означает подрыв деловой репутации субъекта хозяйствования — ответчика, что автоматически должно влечь компенсацию причиненного ему морального вреда. В отличие от уголовного процесса, где существует презумпция невиновности, в хозяйственном процессе действует презумпция вины ответчика. На нем лежит обязанность тратить силы и средства, доказывая, что он не слон. Понесенные при этом материальные затраты также необходимо возлагать на инициатора необоснованного иска.

Для обеспечения равенства прав сторон целесообразно распространить предлагаемый порядок и на ответчика, бесосновательно возражающего против иска.

Было бы полезно расширить полномочия сторон на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, вменив им в обязанность обмениваться информацией об имеющихся у каждой из них доказательствах и с учетом этого внести, при необходимости, коррективы в занимаемую позицию [18, с. 76–77].

Понимаю реакцию многих. Но может все же не спешить отвергать идею сразу и целиком? Давайте, если иное не дано, несмотря на обычно высмеиваемую процедуру, попробуем рубить кошке хвост в несколько приемов, экономический эффект-то очевиден.

*Вывод: организация рациональной взаимосвязи хозяйственного права и процесса позволит улучшить соблюдение договорной дисциплины субъектами хозяйствования.*

Література

1. Кейнс Джон Мейнард. Общая теория занятости, процента и денег (1936 г.) / Пер. с англ.— М.: Изд-во «Гелиос», 1999.— 371 с.
2. Платон. Собр. соч.: В 4-х т.— М., 1994.— Т. 1.— 815 с.
3. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 23.02.2007 р. «Про підсумки роботи господарських судів України у 2006 році та завдання з підвищення ефективності господарського судочинства» // Вісник господарського судочинства.— 2007.— № 2.— С. 2—10.
4. Савицькі Ф. К. Обязательственное право / Пер. с нем.— СПб.: Юридический центр Пресс, 2004.— 245 с.
5. Стиглиц Д. Е. Информация и смена парадигмы в экономической науке. Политикам об экономике: Лекции нобелевских лауреатов по экономике.— М.: Современная экономика и право, 2005.— 560 с.
6. Архив Хозяйственного суда Луганской области, дела № 15/71 пп, 15/36 пд, 15/17 за 2006 год.
7. Архив Хозяйственного суда Харьковской области, дело № 11/530-05 за 2006 год.
8. Ведерникова Н., Москалевич И. Пострадавшие «Элиты» шантажируют власть? // Зеркало недели.— 2007.— № 35 (664).— С. 2.
9. СП СССР.— 1980.— № 16—17.— Ст. 104.
10. Мілаш В. С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов: Монографія.— Харків: Видавець ФО-П. Вапярчук Н. М., 2007.— 430 с.
11. Овчинников А. И. Правовое мышление в герменевтической парадигме.— Ростов н/Д: Изд-во Ростун-та, 2002.— 288 с.
12. Архив Хозяйственного суда Луганской области, дело № 15/357 за 2005 год.
13. Каляніна Л., Ступин І. Платить за цемент не стыдно // Эксперт.— 2007.— № 38 (579).— С. 3.
14. Ивантер А. Акулы бизнеса и фобии власти // Эксперт.— 2007.— № 44 (585).— С. 4.
15. Маркс К. и Энгельс Ф. Сочинения. Т. 6.
16. Харитонова О. І., Харитонов Є. О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції.— Х., 2002.— 490 с.
17. Grotckі V. Porządek sądow i spraw mieyskich prawa majeburskiego ц Koronie Polskiej.— Warszawa, 1953.— 265 s.
18. Николаенко Л. Н. Доказывание в хозяйственном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук.— Донецк, 2003.— 185 с.

*Представлена в редакцію 24.03.2008 г.*