

ти елементи механізму правового регулювання на економічні процеси, відповідаючи змісту і цілям встановлення управління між суб'єктами цивільно-правових відносин в Україні.

**Список літератури:** 1. Постановление Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения дел о наследовании» от 24.06.1983 г. // *Бюллетень законодательства и юридической практики Украины*. 1993. №2. 2. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. 3. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. К.К. Ячков. М., 1996. 4. Михеева Л.Ю. Доверительное управление имуществом / Пол ред. В.М. Чернова. М., 1999. 5. Слюсаревский Н.Н. Теоретические проблемы договорного управления чужим имуществом в Украине: Дис. ... канд. юрид. наук. Харьков. НЮА Украины им. Я. Мудрого. 1999. 6. Ефимова Л.Г. Банковское право: Учеб. пособие. М., 1994. 7. Майданник Р. Довірче управління векселями: практика застосування, поняття та види // *Підприємництво, господарство і право*. 2001. №6. С.37–41. 8. Майданник Р.А. Трест: собственность и управление капиталами (природа прав, рещения в праве Украины). К., 1995. 9. Рябов А.А. Трест в российском праве // *Государство и право*. 1996. №9. 10. Слищченко С.А. Институт права доверительной собственности и его действие в Украине: Дис. ... канд. юрид. наук. Харьков. Ун-т внутр. дел. 1997.

*Надішли до редколегії 18.02.02*

*С.В. Томчишен*

### **Новий погляд на підприємництво\***

Ринкові перетворення останнього часу обумовили поширення ринкових законів та механізмів у всі сфери економічного життя. За сучасних умов зовсім не уявляється функціонування економіки без свободи підприємництва. Тому в останній час правова регламентація економічної діяльності будь-яких суб'єктів цивільних відносин була поставлена у залежність від того, чи є така діяльність підприємницькою?

Це питання у законодавстві та правовій доктрині, як правило, вирішується шляхом визначення легального та доктринального *поняття підприємництва* та закріпленням *принципів регулювання підприємницької діяльності*.

---

\* Слід відмітити, що економічна та правова доктрина та законодавство різних країн, у тому числі України, характеризуються чисельністю термінів, що визначають ринкові майнові відносини. Такі відносини традиційно охоплюють комерційну, торгову, підприємницьку чи господарську діяльність. Як правило, використання у законодавстві того чи іншого терміну зумовлене багатовіковою законодавчою та правозастосовною практикою. Проте, вивчення правової літератури дозволяє стверджувати про спроби у науковій літературі в останній час дати змістову відмінність вказаних понять. У більшості випадків такі спроби лишаються марними і не мають практичного значення. Софістична спрямованість більшості з них заслуговує на увагу лише стосовно питання термінологічної єдності. Вивчення законодавства України дозволяє відмітити про використання при визначенні ринкових майнових відносин, як правило, поняття «підприємництво». У зв'язку з цим ми, не вкладаючись до змістовного обґрунтування, використовуватимемо термін «підприємництво».

Вивчення легального та доктринального визначення підприємництва дозволяє стверджувати, що у законодавстві та у правовій доктрині воно не має однозначного вирішення. Однак слід відмітити, що в усіх випадках йдеться про коло відносин, що охоплюються поняттям підприємництва.

Аналіз більшості визначень підприємництва, наведених у законодавстві та наукових джерелах, дозволяє відмітити про використання, як правило, двох різних підходів. З одного боку, діяльність деяких суб'єктів не розглядається як підприємницька у зв'язку з тим, що їх створення не переслідує отримання прибутку. З іншого боку, будь-яка економічна діяльність фактично переслідує мету отримання прибутку. У такому разі спрямованість будь-якої економічної діяльності на отримання прибутку прямо обумовлена економічними причинами.

Виходячи з легального визначення підприємницької діяльності, протягом останнього часу традиційно її відмежовували від інших видів економічної діяльності на підставі ознак підприємництва [1, с.5-27]. У більшості випадків роль ознак підприємництва, як правило, зводилася до **характеристики його економічної природи**.

З такої позиції до 2000 р. підприємницькою визначалася будь-яка ініціативна, самостійна діяльність юридичних та фізичних осіб щодо зайняття виробництвом, торгівлею, наданням послуг та виконання робіт, що здійснювалася з метою отримання прибутку [2; 3; 4].

Поряд з цим можна відмітити і про існування більш широкого підходу. Згідно з ним до підприємництва прирівнювалася будь-яка діяльність, що переслідувала мету отримання прибутку. Так, відповідно до положень Закону України «Про боротьбу з корупцією» державним службовцям було заборонено займатися підприємництвом, а також виконувати іншу роботу на умовах сумісництва. Роз'яснюючи порядок застосування цієї норми, Пленум Верховного Суду України вказував, що виконанням роботи за сумісництвом визнається будь-яка оплачувана робота, незалежно від укладеного трудового договору (див. Постанову Пленуму Верховного Суду №13 від 25.05.1998 р.). При цьому було зауважено, що у контексті вказаного закону не визнається сумісництвом та підприємництвом лише зайняття науковою, творчою, викладацькою діяльністю та медичною практикою.

Концептуальний підхід до визначення підприємництва змінився тільки у 2000р. з внесенням змін до Закону України «Про підприємство». При визначенні підприємництва основна увага була зосереджена виключно на **правовому критерії підприємництва**. Законодавець визнав підприємницькою будь-яку діяльність, що відповідає визначеним ним ознакам, тільки за умови, якщо вона здійснюється фізичними чи юридичними особами, які зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності у порядку, встановленому законом (абзац 1 ст.1 Закону України «Про підприємство»).

Слід відмітити, що подібними підходами характеризувалися майнові відносини і у минулому. Так, на початку ХХ ст.торгівельний (комерційний) оборот розглядали як діяльність професійних торговців (підприємців) [5, с.6]. Його економічний зміст зводився виключно до посередництва між виробни-

ками та споживачами. Традиційно таке посередництво у літературі підводилося до сукупності юридичних угод у сфері торгівлі. У більш вузькому розумінні така діяльність розглядалася як торгова лише стосовно осіб, які займалися торгівлею як промислом. Як головний критерій віднесення діяльності до комерційної (торгової) розглядали як мету отримання прибутку, так і правовий статус осіб, що її здійснювали [5, с.51].

Про відсутність однозначного нормативного визначення підприємницької діяльності дозволяє говорити і аналіз законодавства та практики його застосування західних країн. Традиційно у правовій доктрині та у законодавстві європейських країн використовують декілька підходів до визначення підприємництва. У цілому в їх основі лежать два критерії: **суб'єктивний** та **об'єктивний** (інколи використовуються обидва).

**Суб'єктивний** критерій зводиться до прив'язування підприємницької діяльності до правового статусу суб'єктів, що її здійснюють. При **об'єктивному** – приватне спеціальне право орієнтоване на визначення підприємницької діяльності незалежно від правового статусу особи, яка її здійснює.

Так, значного поширення суб'єктивний критерій набув у Німеччині. Відповідно до Торгового кодексу Німеччини (ТКН) комерсантом (підприємцем) визнається особа, яка займається комерційною діяльністю, форми котрої перелічені у ТКН (абзац 2 §1) [6]. При цьому зміст підприємництва не обмежується лише купівлею та продажем товарів – воно включає також комісійну торгівлю, торгівлю цінними паперами, перевезення та інші види діяльності. Однією з умов визнання діяльності як підприємницької є отримання комерсантом прибутку. Однак не у всіх випадках при отриманні прибутку діяльність розглядається як підприємницька. Зокрема, до таких випадків відносять наукову, викладацьку діяльність, у тому числі і репетиторство, творчу діяльність та діяльність дрібних торговців – вулична торгівля [6, с.7]. При цьому як єдина умова, що визначає діяльність особи як підприємницьку, законодавець визнає особливий статус її суб'єкта. Тому під підприємницькою діяльністю у Німеччині розуміється будь-яка діяльність комерсанта, котрий обов'язково повинен бути занесений до торгового реєстру (§2 ТКН) [6].

Зовсім протилежне визначення знайшла підприємницька діяльність у законодавстві Франції. Останнє визначає підприємницькі угоди як будь-які угоди, що врегульовані нормами торгового права і які є торговими за природою, за формою чи за належністю [7, с.13]. До них відносяться операції безпосередньо перелічені у Торговому кодексі, а також всі операції, що здійснюються у процесі торгівлі – торгіві за природою. Поряд з цим торговими визнаються операції незалежно від того, ким вони здійснюються – торгіві за формою. Серед торгових операцій французьке законодавство також виділяє будь-які цивільні угоди, що за природою наближаються до торгівлі і є її доповненням – торгіві за належністю.

У той же час обидва підходи не є безперечними. Так, не зовсім є доречним перелічення всіх можливих форм підприємницької діяльності, оскільки форми, у яких вона проявлятиметься, можуть бути різноманітними. Поряд з цим за-

стосування принципу професіоналізму обумовлює неможливість застосування спеціальних норм до діяльності суб'єктів, що незареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності.

У зв'язку з цим у законодавстві та у правовій доктрині більшості західних країн питання визначення відносин, що охоплюються поняттям підприємництва, зводиться лише до встановлення особливого правового режиму комерційної діяльності. Як правило, особливий правовий режим підприємницької діяльності передбачається спеціальним законодавством, зокрема торговим чи комерційним кодексами.

З такої позиції можна стверджувати, що відсутність у законодавстві України та у правовій доктрині єдиної позиції щодо змісту підприємництва обумовлена *не стільки невдалою ідеєю, що покладена в основу суб'єктивного чи об'єктивного критеріїв, скільки невірним підходом щодо їх застосування.*

Так, застосування принципу професійного зайняття підприємницькою діяльністю зумовлює вузьке її розуміння. Підприємницькою розглядається лише діяльність, що здійснюється особою, яка має правовий статус суб'єкта підприємницької діяльності. Тому будь-яка діяльність комерційного характеру, що здійснюється особою, яка не зареєстрована як суб'єкт підприємницької діяльності, не визнається підприємницькою.

У той же час презумпція обов'язкової реєстрації як суб'єктів підприємницької діяльності осіб, які займаються діяльністю наближеною за формою до комерційної, обумовлює віднесення до підприємницької будь-якої діяльності, результатом котрої стає отримання прибутку.

За таких умов стає неможливим без відповідної реєстрації укладення розповсюдження на практиці цивільно-правових договорів (наприклад, найом житла, репетиторство, продаж продукції, вирощеної у підсобному господарстві, зведення громадянами на підставі договору на виконання будівельних робіт тощо).

Таким чином, зазначенні обставини обумовлюють значно ширше розуміння підприємницької діяльності, ніж передбачалося.

Поряд з цим не вирішує питання і закріплення ознак підприємницької діяльності, що є характерним при широкому трактуванні змісту підприємництва. За таких умов підприємницька діяльність зводиться до будь-якої діяльності комерційного характеру, незалежно від статусу особи, яка її здійснює. Недолік такого підходу полягає у тому, що будь-яка діяльність приватних осіб здійснюється на основі самоокупності – отримання певного прибутку, що взагалі робить недоречним виділення підприємницької діяльності як предмет спеціального правового регулювання.

У той же час презумпція обов'язкової реєстрації як суб'єктів підприємницької діяльності осіб, які займаються діяльністю наближеною за формою до комерційної, обумовлює у всіх випадках набуття правового статусу суб'єкта підприємницької діяльності.

У зв'язку з цим у законодавстві та науковій доктрині більшості західних країн принципово відмовилися від будь-яких спроб визначення на рівні правової дефініції кола відносин, що охоплюються поняттям підприємництва.

Поняття підприємництва зустрічається лише у економічній науковій літературі.

Тому у західній правовій доктрині застосування суб'єктивного чи об'єктивного критерію при визначенні підприємництва полягає *не стільки у визначенні його змісту, скільки у визначенні принципу застосування правових норм щодо регулювання комерційної діяльності*.

З такої позиції у законодавстві багатьох країн питання зводиться лише до вирішення питання про правила та принципи розповсюдження дії норм торгового чи комерційного кодексу на майнові відносини. Так, у разі застосування об'єктивного критерію положення цих кодексів поширюють свою дію на будь-яку діяльність, метою якої є отримання прибутку. У той же час із застосуванням суб'єктивного критерію дія норм обох кодексів обмежується лише відносинами, учасники яких зареєстровані як суб'єкти комерційної діяльності.

В Україні при вирішенні подібного питання традиційно виходять із змісту ст.2 Закону України «Про підприємництво». Аналіз її положень дозволяє відмітити, що до осіб без статусу суб'єктів підприємницької діяльності застосовується підприємницьке законодавство лише у частині їх комерційної діяльності.

Дійсно, під час аналізу чинного законодавства України відносно комерційної діяльності, ми приходимо до висновку, що національне законодавство у більшості випадків при регулюванні комерційної діяльності юридичних чи фізичних осіб встановлює особливий порядок її здійснення, незалежно від правового статусу її суб'єктів. Так, А.А. Полов, аналізуючи законодавство, що регламентує порядок здійснення торгівлі в Україні, наводить положення багатьох нормативних актів, які розповсюджують свою дію на підприємницьку діяльність юридичних чи фізичних осіб незалежно від їх реєстрації як суб'єктів підприємницької діяльності. Поряд з цим більшість нормативних актів розповсюджують свою дію і на комерційну діяльність некомерційних організацій та установ, про реєстрацію яких як суб'єктів підприємницької діяльності мова взагалі не може йти [8].

Подібна позиція покладена і в основу Господарського (комерційного) кодексу України. Останнім передбачається особливий порядок регулювання будь-якої комерційної діяльності незалежно від правового статусу особи, що її здійснює. Відповідно до положень Господарського (комерційного) кодексу України про комерційний характер будь-якої діяльності свідчить лише мета отримання прибутку. При цьому зауважується, що здійснення і некомерційної діяльності може передбачати застосування принципу самоокупності та нормативного рівня прибутку – рентабельності.

З такої позиції у правовій літературі в останній час набули поширення погляди про віднесення до підприємницької діяльності, крім діяльності підприємців, також діяльність, що здійснюється особою без статусу підприємця, якщо вона переслідує мету отримання прибутку [9].

Як аргумент такої позиції можна розглядати і публічне законодавство. Так, Кримінальний кодекс України та Кодекс України про адміністративні правопорушення встановлюють юридичну відповідальність за незаконну

підприємницьку та торговельну діяльність. Під незаконною торговою діяльністю, як правило, розуміється здійснення угод купівлі-продажу товарів чи інших предметів без реєстрації у встановленому порядку з метою отримання прибутку, який не контролюється державою (див. Постанову Верховної Ради України «Про застосування статей 154, 155<sup>6</sup> Кримінального кодексу України та статей 160<sup>2</sup>, 208<sup>1</sup> Кодексу України про адміністративні правопорушення» [4]).

У зв'язку з цим визначальним правовим критерієм підприємницької діяльності виступає лише її спрямованість на отримання прибутку. З такої точки зору можна говорити, що більш доречним постає не стільки питання визначення кола відносин, що охоплюються поняттям підприємництва, скільки питання про можливість здійснення комерційної діяльності конкретною юридичною чи фізичною особою.

**Список літератури:** 1. Савіхметова Н.В. Підприємницьке право: Суб'єкти підприємництва. Кредитування. Оренда. Лізинг. Зовнішньоекономічна діяльність. Інвестиції. Антимонопольне законодавство. Захист від недобросовісної конкуренції. Реклама. Наяв. посібник. К., 2001. 2. Закон України «Про підприємництво» // ВВР. 1991. № 14. Ст.168. 3. Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» в редакції від 22.05.1997р. № 283/97-ВР з подальшими змінами // Урядовий кур'єр. 1997. 16 груд. 4. Постанова ВР України «Про застосування статей 154, 155-6 Кримінального кодексу України та статей 160-2, 208-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення» від 26.01.1993 // Правове регулювання торговельної діяльності в Україні. Х., 1997. 5. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. 6. Основи Немецького торгового и хозяйственного права. М., 1995. 7. Буйні М. Торгове право: Словарь французьких терменов. М., 1993. 8. Попов А.А. Торгове право. Х., 1999. 9. Жукон В.І. До питання Торгового (комерційного) кодексу України // Вісник Ун-ту внутр. справ. 1999. № 6.

*Надійшла до редколегії 12.02.02*

*М.О. Самойлов*

#### **ОСНОВНІ АСПЕКТИ УКАДАННЯ ШЛЮБІВ ГРОМАДЯНАМИ УКРАЇНИ В РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА**

Матеріально-правові норми сімейного права Польщі й України досить різноманітні, що породжує на практиці виникнення колізій при вирішенні різних питань у правовідносинах з іноземним елементом. Істотний вплив на регулювання сімейних відносин справляють національні, побутові, релігійні особливості і традиції, яскравим прикладом яких є підписаний 28 липня 1993 р. договір між Польщею і Ватиканом, ст.10 якого практично прирівнює шлюби, укладені за релігійним обрядом, до укладених в державних органах.

У відповідності зі ст.8 Закону Республіки Польща «Міжнародне приватне право» іноземні громадяни користуються там правами і несуть обов'язки в шлюбно-сімейних відносинах нарівні з польськими громадянами. Стаття ж 15 зазначеного Закону встановлює, що іноземні громадяни можуть укладати і розривати шлюби з польськими громадянами й іншими особами відповідно до польського законодавства.

Таким чином, іноземні громадяни визнаються суб'єктами польського сімейного права.