

А. В. Смітюх,
канд. юрид. наук, доцент кафедри адміністративного
та господарського права ОНУ ім. І. І. Мечникова

СТРАТАГЕМАТИКА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУ

Дослідження господарського процесу здійснюється, як правило, за інституційним принципом, тобто дослідник вивчає певний процесуальний інститут, його теоретичне підґрунтя, практику застосування норм законодавства судами та надає висновки щодо необхідності внесення до законодавства певних змін.

Так, М. Абрамов зазначає, що наука господарського процесуального права «займається вивченням законодавства про : господарський процес, його завдань, (принципів, історії виникнення та розвитку» [1, с. 14]. Наука, яку К. Юдельсон визначав як «арбітраж у СРСР» вивчала «проблеми організації арбітражних органів та їх діяльності» [2, с. 10]. І. Побірченко зауважував, що предметом науки радянського арбітражного процесу є «процесуальні норми, що регулюють організацію та діяльність радянського арбітражу» [3, с. 17].

Втім, можливий також принципово інший підхід, не інституційний, а функціональний, згідно з яким норми процесу не є головним об'єктом вивчення. При такому підході досліджуються не стільки самі норми, скільки існуючі та теоретично можливі процесуальні практики учасників справи. Маються на увазі засоби досягнення учасниками процесу цілей у правовому конфлікті, виходячи з можливостей, які їм надає процесуальний закон і які вони можуть використовувати згідно передбаченими статтями 4², 4³ ГПК України принципів рівності і змагальності.

При інституційному підході «наукові знання відображуються у правових доктринах, концепціях, коментарях, *рекомендаціях законодавцю та арбітражним судам*» [4, с. 21] (виділено мною - А. С.), натомість функціональне дослідження адресоване, в першу чергу, членам спільноти правознавців - «мислячим практикам».

Отже, якщо при інституціональному підході дослідник ніби ставить себе на місце або судді, або законодавця, у функціональному підході він виходить з потреб сторони правового конфлікту, яка займає певне процесуальне становище: сторони у справі або третьої особи.

Подібне дослідження потребує світосприйняття практика, який щодня змушений застосовувати норми права такими, якими вони є. Оскільки норми процесуального права сприймаються не як матеріал, що потребує покращання, а як аксіома, при такому підході висновки щодо змін законодавства не можуть бути головним результатом дослідження. Таким результатом є висновки щодо найбільш ефективного використання процесуальних інститутів для досягнення цілей учасників процесу із додержанням закону. На найвищому рівні узагальнення при такому підході можуть формуватись певні ґрунтовні ідеї щодо ведення спору, які вже не залежатимуть безпосередньо від конкретних норм процесуального закону, що змінюються.

Господарська справа, судовий спір є формалізованим конфліктом між суб'єктами господарювання. Втім, така формалізація конфлікту не означає, що його сутність стає іншою.

Сунь-Цзи — найвидатніший стратег Давнього Китаю — зазначав: «Війна - це шлях омани» [5, с. 36]. Починаючи, принаймні із Сунь-Цзи, китайські стратеги вдало використовували концепцію «Гун Дао» (тобто - «шляху омани»).

Дж. Фуллер, теоретик механізованої війни, наголошував, що у війні майбутнього військові хитрощі будуть грати першу роль... До перемоги приводить настільки ж лисиця у людині, наскільки й лев. [6, с. 68].

Ст. 24 Гаазької конвенції 1907 р. про закони та звичаї наземної війни, так само, як ч. 2 ст. 37 Додаткового Протоколу 1977 р. до Женевських конвенцій 1949 р. про захист жертв міжнародних збройних конфліктів, забороняючи віроломство, дозволяє військові хитрощі [7, статті 581, 753].

Отже, постає питання про допустимість омани процесуального противника у формалізованому правовому конфлікті.

Норми господарського процесу для сторін правового конфлікту є правилами за якими конфлікт відбувається. Для учасників справи процесуальні форми не мають цінності, як такі — це лише знаряддя захисту або нападу. Буде лицемірством вимагати від кожної сторони неупередженості щодо іншої: на відміну від суду, який покликаний здійснити об'єктивний розгляд справи, сторони, перебуваючи у стані конфлікту, відстоюють власні матеріальні інтереси. Отже, сторони є вільними використовувати процесуальні інститути так, щоб максимально захистити свої інтереси, звісно, не порушуючи при цьому закон.

В. Кравчук зазначає, що у навчальній та спеціальній літературі цивільний процес традиційно подається нейтрально, і позиції стороннього спостерігача, але для учасників спірних правовідносин процес — це не просто зведення норм про діяльність суду, а певні правила гри, щ» визначають можливості гравців. Кожна із цих можливостей має своє призначення, умови і порядок застосування. Саме та* сприймають цивільний процес заінтересовані сторони. Для них цивільний процес - це боротьба [8, с. 250—251]. Це є правильним також щодо господарського процесу.

Дослідник В. Кравчук вперше у новітній правовій науці України виклав певну цілісну концепцію тактики цивільного процесу. Подібних досліджень у галузі господарського процесу не було.

Треба зазначити, що у 2002—2003 роках в одеському провінційному виданні «Судебный вестник» А. Айзенберг без посилань на першоджерела оприлюднив трактат Сунь-Цзи та 36 класичних китайських стратагем, трохи відредагувавши їх з урахуванням специфіки юридичного характеру публікації [9]. Одна* серйозних спроб усвідомлення стратагем аналізу з метою пристосування до потреби процесуальної діяльності не було. Втім, у запропонованій концепції вивчення процесуальних практик учасників господарських справ, стратагеми можуть стати одним із головних об'єктів дослідження.

Слово «стратагема» в перекладі і грецької — «воєнна хитрість». Фронтисекст Юлій, римський державний діяч

називає стратагемами конкретні приклади з воєнної історії, тобто «підсумовані в коротких записах майстерні діяння полководців» [10, с. 26]. Найвищий рівень узагальнення стратагеми мають у китайській традиції: 36 класичних китайських стратагем втілено у лаконічних формулах: «Витворити щось із нічого», «Про око лагодячи дерев'яний міст, таємно виступити в Ченьцан», «Спокійно очікувати стомленого ворога» та ін., які передають їх суть, що розшифровується численними прикладами з воєнної історії, історії дипломатії і класичної літератури. Така стратагема є певним принципом дії, який може набувати ознак «цілої запланованої системи поведінки в скрутній ситуації, що виключає прямий образ дій, причому контрагент «проводиться», в широкому розумінні слова, у становище, в якому він не орієнтується, інсценоване... з певного метою...» [11, с. 41—42].

Отже, стратагеми є своєрідними непрямыми діями в конфліктних ситуаціях. У контексті господарського процесу стратагеми можна вважати своєрідними та непрямыми засобами використання процесуальних інститутів.

Існування 36 класичних китайських стратагем не означає, що цей перелік є вичерпним. Стратагема - це принцип дії. Отже, маємо стратагему, якщо певний специфічний і непрямий образ дії можна використовувати для досягнення подібних цілей.

Специфіка процесуальної діяльності виробляє характерні прийоми, які не можуть бути цілком зведені до однієї або навіть декількох стратагем і є настільки специфічними, що повинні розглядатися як самостійні стратагеми.

Стратагеми завжди є результатом творчості: «стратагеми схожі на заховані в людському мозку невидимі ножі, які виблискують, тільки коли захочеш їх застосувати... той, хто вміє застосовувати стратагеми може миттєво перетворити на хаос упорядкований світ або упорядкувати хаотичний світ, може викликати грім серед ясного неба, перетворити бідність на багатство, презирство в повагу і безнадійну ситуацію па виграшну» [11, с. 46]. Х. Зенгер наголошує на тому, що стратагеми є неортодоксальними шляха

ми досягнення цілей [11, с. 28], алгоритмами, що організують послідовність дій [11, с. 9]. Щодо неортодоксальності воєнний теоретик Дж. Фуллер зазначив, що єдиним шляхом запобігти вузькості мислення є відмова від визнання незмінності догм... Слепе слідування догмам знищило більше армій, програло більше битв і понесло більше втрат, ніж будь-які інші причини [6, с. 12-13].

За контрастом із наведеною тезою, М. Треушніков вважає суттєвою ознакою арбітражного (в Україні — господарського) процесу те, що учасники процесу вчиняють лише ті процесуальні дії, які наперед запрограмовані арбітражними процесуальними нормами [4, с. 13].

Справді, господарський процес існує виключно у встановлених законодавством формах провадження, всі дії суду, сторін та інших учасників процесу також здійснюються у встановлених законом формах. Водночас обмеженість форм об'єктивно не відповідає розмаїттю ситуацій, що виникають, крім того, учасники справи або суд можуть серйозно зловживати процесуальними формами. Як наслідок, виникає намір подолати диктат процесуальної форми. Отже, мистецтво юриста, його процесуальна творчість полягає не у слідуванні процесуальним формам, а у вмілому їх використанні. На думку класика китайської воєнної думки Сунь-Цзи: «Межа в наданні своєму війську форми — це досягнути того, щоб форми — не було» [5, с. 49]. Як зауважує перекладач і коментатор китайських воєнних трактатів М. Конрад, справжня форма має бути прихована від противника; він повинен бачити тільки ту форму, яку я хочу йому показати. І тоді удавана форма стає знаряддям стратегічного нападу [5, с. 484].

Інший китайський стратег, Сима Жан-Цзюй зазначав: «Коли люди обізнані з мистецтвом форми і повністю використовують силу речей готуючись до бою, це є досягненням переваги» [12, с. 67]. У господарському процесі правильне планування процесу та повне усвідомлення можливих наслідків запланованих дій, обрання адекватних процесуальних форм та використання «сили речей», тобто обставин справи, мають вирішальне значення.

Кожна дія чи подія має певні наслідки. Побічними ефектами є наслідки, що виходять за межі поставленої при вчиненні дії мети. Оскільки нежива природа не має свідомості, в ній немає побічних ефектів. Різні наслідки природних явищ можуть по-різному виражатись різною мірою, але в неживій природі відсутній суб'єкт, що визначить, який ефект є основним.

Право є витвором людської свідомості, отже, всі правові інститути мають певну мету. Втім, використання цих інститутів часто має серйозний побічний ефект. Як зазначає Х. Зепгер, страатагеми є результатом гри «Наочного та Таємного» [11, с. 42]. Отже, важливим аспектом процесуальної страатагематики є вміння використовувати побічні ефекти процесуальних дій (здійснення процесуальних прав).

Наприклад, забезпечення позову, як таке, є корисним процесуальним інститутом, застосування якого судом є дуже бажаним для позивача. Втім, такс застосування має побічний ефект - ухвалу про забезпечення позову згідно зі ст. 67 ГПК України може бути оскаржено. Побічним ефектом оскарження ухвали, незалежно від обґрунтованості скарги, є пересилання справи разом зі скаргою до суду апеляційної (згодом — касаційної) інстанції, згідно зі статтями 91, 109, 111¹⁶ ГПК України, що унеможлиблює розгляд справи по суті, доки не буде розв'язано питання про обґрунтованість забезпечення позову. Отже, забезпечення позову може мати побічний ефект у вигляді затягування розгляду справи на тривалий строк.

Подаючи апеляційну скаргу на ухвалу про забезпечення позову, відповідач ніколи не виявляє свого справжнього мотиву - бажання затягнути розгляд справи: він обґрунтовує порушення процесуального закону при прийнятті ухвали. Це є характерним прикладом непрямой процесуальної дії, тобто страатагеми, причому страатагеми з ознаками процесуальної диверсії.

Позивач, у свою чергу, із тим, щоб запобігти можливому затягуванню розгляду важливого позову може подати до господарського суду два окремих позови. В одному позові буде заявлено вимогу, яка падає позивачеві вирішальну перевагу у

правовому конфлікті (провадження у такій справі форсується), а в іншому зазначатимуться певні несуттєві вимоги, похідні від вимог, що заявлені у форсованому процесі. Саме ці похідні вимоги і буде забезпечено. Далі провадження у справі, порушеній за забезпечувальним позовом слід зупинити до отримання рішення у форсованому процесі. В такому випадку оскарження ухвали про забезпечення позову це впливатиме на розвиток форсованого процесу. Цей образ дій також є прикладом страатагеми.

Подем змагань та процесуальної творчості, на якому юристи відточують мистецтво форми є сукупність усіх судових процесів, якими оформлюється правовий конфлікт, своєрідне процесуальне середовище, яке є формальніш, легалізованим засобом існування правового конфлікту.

Межі такого конфлікту не завжди збігаються з конкретною справою, конфлікт може виявлятися в кількох господарських справах, в яких беруть участь різні, причому іноді - формально не пов'язані між собою особи.

Саме сторони правового конфлікту створюють процесуальне середовище, оскільки господарський суд порушує справи не па власний розсуд, а лише за позовними заявами (ст. 2 ГПК України). При цьому процесуальна творчість суду є вторинною та має похідний характер від процесуальної творчості сторін.

Сторона правового конфлікту, яка ініціює подання позовів та створює процесуальне середовище, має потенційні переваги порівняно з більш пасивними учасниками конфлікту, для яких параметри процесуального середовища визначаються чужим волевиявленням. У межах процесуального середовища сторони правового конфлікту намагаються отримати вирішальну перевагу в правовому конфлікті через реалізацію процесуальних прав сторони у справі або третьої особи. Як наслідок, процесуальне середовище стає конвертером, в якому перетворюється правова реальність.

Слід зазначити, що досить часто юристи обирають непрямі шляхи не через бажання ввести в оману процесуального противника. На відміну від більшості

конфліктів, формалізований правовий конфлікт розв'язується не зусиллями сторін, а судом, який надає свою оцінку обґрунтованості правових позицій сторін. Втім, суди не завжди перебувають «над» гі ра в о в и м к о н ф л і к т о м .

Традиційні чесноти юриста - вміння переконувати та обґрунтовувати власну позицію, майстерне володіння матеріалами справи, майже не мають значення у справі, результат якої відомий ще до початку її розгляду. У такому випадку перед юристом — представником приреченої на програш сторони, який усвідомлює: обґрунтованість власної позиції по суті і справи та неможливість досягнення результату, повстає дилема: або програти справу, або спробувати запобігти програшу, скориставшись стратагемою.

Жодна ситуація не є безнадійною, оскільки дія будь-якого адміністративного ресурсу є обмеженою як у просторі, так і в часі. Отже, однією з причин застосування стратагем є цілком виправдане не бажання отримати незаконне судові рішення.

Для позначення суми знань про стратагеми використовується термін «стратагематика» [11, с. 14]. Отже, стратагемати-

ку господарського процесу можна визначити як галузь знань про непрямі(без виявлення справжніх мотивів) засоби використання інститутів господарського процесу та прав учасника процесу сторонами правового конфлікту в усіх судових справах, якими такий конфлікт оформлюється.

У такому розумінні стратагематика виявляється допоміжною галуззю знань у межах науки господарського процесуального права.

Слід зазначити, що в жодному разі, не йдеться про створення на базі господарського процесу повної лженауки з далекосхідним колоритом, або деструктивної ідеології (антисистеми).

Стратагемна поведінка учасників господарських справ об'єктивно існує, отже — є суспільним феноменом доступним до спостереження та дослідження. Перспективним вбачається узагальнення стратагемної практики, розроблення та випробування нових стратагем. У процесі таких досліджень неодмінно має бути порушене також питання про визначення межі, за якою процесуальна творчість учасників господарської справи набуває ознак зловживання процесуальними правами.

Використана література:

1. *Абрамов Н. А.* Хозяйственно-процессуальное право Украины: Учебное пособие: Курс лекций. - Х.: Одиссей, 2003. - 336 с.
2. *Арбитраж в СССР:* Учеб. пособие / Под ред. К. С. Юдельсона. - М.: Юридическая литература, 1984. - 240 с.
3. *Побирченко И. Г.* Советский арбитражный процесс. — К.: Вища школа, 1988. - 272 с.
4. *Арбитражный процесс:* Учебник для вузов / Под ред. проф. М. К. Треушников. - М.: Изда- (тельство «Спарк», Юридическое бюро «Городов»,), 1997. - 253 с.
5. *У Трактаты о военном искусстве /* Сунь-Цзы, У-Цзы; 1 Гор. с кит., предисл. и ком.мент.
6. *Н. И. Конрада.* - М.: ООО «Издательство АСТ»; СПб.: Terra Fantastica, 2003. - 558 с. ні. *Фуллер Дж.* Операции механизированных сил. Внимание, тапки! - М.: ООО «Издательство I АСТ»; СПб.: Terra Fantastica, 2003. - С. 7-174.
7. *17. Действующее* международное право: В 3 т. / Сост. 10. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. - М.: Издательство Московского независимого института международного права, 1999. - Т. 2. — 832 с.
8. *Лядецький М. М., Хаврошок М. І. Кравчук В. А./* Стратегія і тактика цивільного процесу: Практичний посібник. - К.: Лтіка, 2005. - 352 с.
9. *Фронтин (Секст Юлий Фронтин).* Военные хитрости (Стратегемы). — СПб: Алетейя, 1996. 165 с.
10. *Айзенберг А.* Исскуство юридической защиты // Судебный вестник. — 2002. — № 7; 2003. — I №1-5.
11. *ЗенгерХ.* Стратегемы. О китайском искусстве жить и выживать. — М.: Эксмо, 2004. - Т. 1. — I 512 с.
12. *У-цзин.* Семь военных канонов Древнего Китая. - СПб: Евразия, 2001. — 448 с.