

Національний університет «Києво-Могилянська академія»

Л. А. МУЗИКА

КОНЦЕПЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

Монографія



Видавець ПАЛИВОДА А. В.
Київ — 2020

РЕЦЕНЗЕНТИ

Гринько С. Д. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова, заслужений юрист України; **Калаур І. Р.** – доктор юридичних наук, професор, народний депутат України, заслужений юрист України; **Колодій А. М.** – доктор юридичних наук, професор, директор Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ “Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана”», член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України; **Пархоменко Н. М.** – доктор юридичних наук, професор, вчений секретар Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України; **Притика Ю. Д.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений юрист України.

Музика Л. А.

Концепція цивільно-правової політики України: монографія.
К.: ПАЛИВОДА А. В., 2020. 504 с.

ISBN 978-966-437-577-8.

У монографії здійснено теоретичне розв’язання актуальної науково-прикладної проблеми – розроблена концепція цивільно-правової політики України. У такий спосіб започатковано рух системного осмислення нового, відповідно до предмета дослідження, наукового напрямку у вітчизняному правознавстві.

Зокрема, висунута й обґрунтована наукова гіпотеза про застосування верховенства права як методу пізнання (юридичного методу); досліджено реальний потенціал практичного запровадження вжиток цього наукового методу через методіку його застосування – «Rule of Law Checklist» («Мірило правовладдя»); започатковано дослідження соціальної обумовленості цивільно-правової політики. Досліджено поняття, систему та види міжгалузевих зв’язків цивільно-правової політики, проаналізовано форми реалізації цивільно-правової політики (доктринальну, правотворчу і правозастосовну), виявлено та систематизовано новопосталі проблеми-виклики у сфері реалізації вітчизняної цивільно-правової політики на тлі російської агресії проти України; окреслено актуальні національно- та міжнародно-правові засоби протидії російській агресії у цивільно-правовому напрямі.

Видання розраховане на науковців і науково-педагогічних працівників, державних службовців і політиків, суддів, прокурорів, слідчих, адвокатів, студентів вищих навчальних закладів юридичного профілю.

УДК

Друкується в авторській редакції.

© Музика Л. А., 2020

ISBN 978-966-437-577-8

© Видавець ПАЛИВОДА А. В., 2020

*Присвячую моїм неймовірним батькам –
Наталії Миколаївні
й Анатолію Анатолійовичу,
а також дорогому сину Богдану*

ЗМІСТ

ВСТУП	6
РОЗДІЛ 1. НА ШЛЯХУ ДО ПІЗНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ: ВИХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ	
1.1. Проблема конвергенції публічного та приватного у цивільному праві.....	12
1.2. Правова політика Української держави: загально- теоретичні аспекти.....	25
РОЗДІЛ 2. МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ	
2.1. Методологічний інструментарій дослідження проблеми цивільно-правової політики: пошуковий підхід.....	45
2.2. Верховенство права як метод пізнання: обґрунтування наукової гіпотези.....	79
РОЗДІЛ 3. ФОРМУВАННЯ ЗАГАЛЬНОГО УЯВЛЕННЯ ПРО ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВУ ПОЛІТИКУ	
3.1. Стан дослідження проблеми цивільно-правової політики: від Л. Й. Петражицького та Г. Ф. Шершеневича до сьогодення...	101
3.2. Цивільне право і цивільно-правова політика як проблема синергії.....	132
3.3. Соціальна обумовленість становлення цивільно-правової політики України.....	173
3.4. Про важливість і необхідність вітчизняної цивільно- правової політики (за результатами власного соціологічного дослідження).....	203
РОЗДІЛ 4. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА ТА ІНШІ ВИДИ ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА	
4.1. Поняття, система та види міжгалузевих зв'язків цивільно- правової політики.....	220

4.2. Аксіологічне поєднання конституційно-правової і цивільно-правової політики (через пізнання ідеалу верховенства права).....	243
4.3. Взаємозв'язок цивільно-правової, сімейно-правової та цивільної процесуальної правової політики.....	267
4.4. Співвідношення цивільно-правової та фінансово-правової політики.....	293
4.5. Порівняння цивільно-правової та кримінально-правової політики.....	324

РОЗДІЛ 5. ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ

5.1. Правотворча форма реалізації цивільно-правової політики (в аспекті проблеми кодифікації цивільного законодавства)...	348
5.2. Правозастосовна форма реалізації цивільно-правової політики: аналітичний огляд.....	382

РОЗДІЛ 6. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА НА ТЛІ РОСІЙСЬКОЇ АГРЕСІЇ ПРОТИ УКРАЇНИ: НОВОПОСТАЛІ ПРОБЛЕМИ

6.1. Російська агресія в Криму і на Сході України: систематизація сучасних проблем-викликів у сфері реалізації вітчизняної цивільно-правової політики.....	414
6.2. Актуальні національно- та міжнародно-правові засоби протидії російській агресії: цивільно-правовий напрям.....	454

ВИСНОВКИ	489
ДОДАТОК	501

*... попытка доказать необходимость и возможность науки
гражданской политики, сделанная несколько лет тому назад,
некоторых удивила, как невероятная смелость другими
не была даже понята, третьих побудила к ожесточенным
нападкам, а тех, которые выразили свое сочувствие,
можно по пальцам перечесть.*

**Л. И. Петражицкий,
«Предисловие и введение в науку политики права» (1896 г.)**

ВСТУП

Цивільно-правова політика є складовою правової політики держави, і відповідно – соціальної (та державної політики загалом). Вона здатна відігравати важливу роль у житті кожної людини, суспільства і держави. Власне така державна діяльність має передувати практиці формування та застосування цивільного законодавства. У свою чергу, без наукового обґрунтування цивільно-правової політики законодавець часто діє навмання, «користуючись» інстинктом там, де наука могла б створити тверду і надійну основу. Звісно, парламент не завжди враховує пропозиції, що розробляються у межах галузевих видів правової політики. Водночас такої доктринальної підтримки (на рівні стратегії, тактики, аналітики, моніторингу) у цивільно-правовому напрямі вітчизняний законодавець наразі позбавлений.

Всі види правової політики (як і галузі права) – тісно взаємопов'язані. Ще наприкінці XIX – початку XX ст. такі вчені-юристи, як С. А. Муромцев, Є. В. Васьковський, Г. Ф. Шершеневич, Л. Й. Петражицький виокремлювали галузеві види правової політики, зокрема й цивільно-правову політику. Натомість у вітчизняній доктрині цивільного права проблема цивільно-правової політики до останнього часу залишалася недослідженою. І такий стан спостерігається тоді, коли існує соціальна обумовленість цивільно-

правової політики як об'єктивної реальності, що переконливо підтверджується низкою встановлених нами факторів. Зокрема, в історичному аспекті визнається неспростовним доказом заподіяння надзвичайної шкоди народам колишнього СРСР більшовицьким експериментом радянського правління – на його початку, відповідно до комуністичної ідеології, взагалі заперечувались приватноправові відносини. Задля такої стратегії влада ухвалювала «необхідне» цивільне законодавство, забороняла приватну ініціативу трудової людини, чинила тиск на суди. Від такої політики, що характеризувалася неабияким (часто репресивним) домінуванням публічних інтересів над приватними, цивільно-правове регулювання упродовж десятиліть зазнавало системної руйнації. Набутий негативний досвід має стати уроком для України – як застереження нам і прийдешнім поколінням.

Важливу роль у розумінні соціальної обумовленості цивільно-правової політики відіграють правові фактори. Вони знаходять своє відображення у чинному законодавстві, і насамперед – в Основному Законі України. Актуальне значення мають і політичні фактори, що виявляються, зокрема, у євроатлантичних прагненнях нашої держави. У цьому аспекті для успішної адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу визнається необхідною наявність науково обґрунтованої цивільно-правової доктрини з чітко визначеною стратегією і тактикою.

За результатами проведеного нами соціологічного дослідження (2017–2019 рр.) встановлено, що спеціалісти в галузі правознавства переважно не заперечують факт існування цивільно-правової політики як різновиду правової політики і визнають за необхідне розробку відповідної доктрини та впровадження її здобутків у практичну діяльність.

Основним теоретичним підґрунтям дослідження є наукові здобутки у сфері правознавства, зокрема, таких вітчизняних і зарубіжних вчених, як: Є. В. Васьковський, М. А. Гредескул, Д. Д. Грім, Р. фон Єринг, Д. І. Меєр, С. А. Муромцев, Л. Й. Петражицький, Й. О. Покровський, Ф. К. фон Савіньї, В. І. Синайський, Г. Ф. Шершеневич – *спадок дорадянського періоду*; М. М. Агарков, Ч. Н. Азімов, С. С. Алексєєв, С. М. Братусь, Д. В. Боброва,

О. В. Васильєв, А. В. Венедіктов, Д. М. Генкін, Є. А. Гетьман, А. Б. Годес, О. Г. Гойхбарг, А. В. Дозорцев, М. Д. Єгоров, О. С. Йоффе, Д. А. Керімов, С. Ф. Кечекьян, О. О. Красавчіков, О. А. Підопригора, О. А. Пушкін, В. М. Сирих, П. І. Стучка, В. А. Тархов, Ю. К. Толстой, Р. Й. Халфіна, В. Ф. Яковлев – *надбання радянської доби*; А. Ю. Бабаскін, О. А. Беляневич, І. Е. Берестова, С. С. Бичкова, В. І. Борисова, Є. В. Вавілін, В. А. Васильєва, І. В. Венедіктова, О. М. Вінник, М. К. Галянтч, С. П. Головатий, Б. М. Гонгало, С. Д. Гринько, А. Б. Гриняк, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, Ю. О. Заїка, Р. Кабріяк, І. Р. Калаур, І. С. Канзафарова, М. С. Кельман, Н. С. Кузнецова, І. М. Кучеренко, М. І. Козюбра, А. М. Колодій, О. Л. Копиленко, В. М. Коссак, О. О. Кот, О. В. Кохановська, О. Д. Крупчан, В. В. Луць, Р. А. Майданик, О. Л. Маковський, М. М. Малєїна, О. В. Малько, В. К. Мамутов, М. І. Матузов, В. М. Махінчук, В. П. Мозолін, Н. М. Онищенко, О. О. Отраднова, Н. М. Пархоменко, О. О. Первомайський, О. В. Петришин, М. Д. Пленюк, Є. В. Погорелов, С. О. Погрібний, О. П. Подцерковний, В. Д. Примак, Ю. Д. Притика, П. М. Рабінович, З. В. Ромовська, Я. В. Сімутіна, І. В. Спасибо-Фатєєва, Р. О. Стефанчук, М. О. Стефанчук, М. К. Сулейменов, Є. О. Суханов, Г. П. Тимченко, О. Д. Тихоміров, В. І. Труба, П. Л. Фріс, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, М. Ю. Челишев, Я. М. Шевченко, С. В. Шевчук, Ю. С. Шемшученко, Р. Б. Шишка, О. О. Штефан, В. С. Щербина, О. С. Яворський, В. Л. Яроцький, О. Н. Ярмиш – *досягнення сучасного періоду*.

Для загального уявлення про витoki теоретичних положень, які належать до предмета нашого дослідження, у монографії детально проаналізовано працю Л. Й. Петражицького «Предисловие и введение в науку политики права» («Университетские известия», серпень 1896 р.).

Метою дослідження є розв'язання важливої науково-прикладної проблеми – формування сучасної концепції цивільно-правової політики України, що вирізняється доктринальними підходами до оптимального врегулювання цивільних правовідносин, а також розробка на її основі практичних пропозицій щодо вдосконалення

приватноправового регулювання особистих немайнових і майнових відносин.

Досягнення зазначеної мети започаткує рух системного осмислення нового, відповідно до предмета дослідження, наукового напрямку у вітчизняному правознавстві.

Основна ідея праці – об'єктивна необхідність становлення справжньої цивільно-правової політики України, що має забезпечити приватний інтерес від можливих проявів свавілля держави.

Визначено такі завдання дослідження: розкрити проблему конвергенції приватного та публічного у цивільному праві; систематизувати наукові знання про поняття правової політики Української держави; здійснити аналітичний огляд методологічного інструментарію дослідження проблеми цивільно-правової політики; висунути й обґрунтувати наукову гіпотезу про застосування верховенства права як методу пізнання; визначити реальний потенціал практичного запровадження в ужиток верховенства права як наукового методу через методіку його застосування – «Rule of Law Checklist»¹ («Мірило правовладдя»)²; пізнати стан дослідження проблеми цивільно-правової політики: від витоків до сьогодення; розробити власну дефініцію поняття «цивільно-правова політика України»; розглянути кореляцію цивільного права і цивільно-правової політики як проблему синергії; започаткувати дослідження соціальної обумовленості цивільно-правової політики; провести власне соціологічне дослідження з метою з'ясування думки фахівців у галузі правознавства про феномен «цивільно-правова політика»; охарактеризувати поняття, систему та види міжгалузевих зв'язків цивільно-правової політики; розкрити форми реалізації цивільно-правової політики; виявити і систематизувати новопосталі проблеми-виклики у сфері реалізації вітчизняної цивільно-правової політики

¹ Checklist (амер. ¹tʃeklist) – список, перелік, контрольний список (перелік).

² Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Ухвалено Венеційською комісією на 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11–12 березня 2016 р.). Переклад з англійської Сергія Головаго. USAID, червень 2017. 163 с. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

на тлі російської агресії проти України; окреслити актуальні національно- та міжнародно-правові засоби протидії російській агресії у цивільно-правовому напрямі.

Під час дослідження використані філософські, загальнонаукові та спеціально-наукові методи пізнання правових явищ. Зокрема, важливу роль відіграв *соціологічний метод* – слугував дослідженню соціальної обумовленості цивільно-правової політики. Обґрунтована також доцільність подальшого поширення практики застосування у правознавстві новітніх методів пізнання – як перспективних напрямів методологічних досліджень і методологічного інструментарію (наприклад, SWOT-аналізу та Lean-методу).

В аспекті методологічної проблематики висунута й обґрунтована наукова гіпотеза щодо необхідності і можливості використання всесвітнього феномена верховенства права як наукового методу дослідження у правознавстві (стану функціонування інститутів права і держави у конкретній країні); за допомогою документа Венеційської комісії «Rule of Law Checklist» здійснена його верифікація.

Емпіричну базу дослідження становлять: матеріали судової практики застосування цивільного, сімейного, житлового законодавства (рішення в окремих справах та відповідні узагальнення судової практики, здійснені Верховним Судом України, Верховним Судом, Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ); практика Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини у зазначених категоріях справ; результати соціологічного дослідження, здійсненого автором протягом 2017–2019 рр. (має за основу не випадкову вибірку і спеціалізоване (експертне) опитування; респондентами виступили 300 науковців і практиків).

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що праця є першим комплексним і системним науковим дослідженням сучасних проблем цивільно-правової політики України, на підставі якого розроблено концепцію (систему поглядів, загальний задум) відповідного напрямку державної діяльності.

Щиро вдячні науковому консультанту – академіку НАПрН України Руслану Олексійовичу Стефанчуку, рецензентам монографії – професорам Світлані Дмитрівні Гринько, Івану Романовичу Калауру,

Анатолію Миколайовичу Колодію, Наталії Миколаївні Пархоменко, Юрію Дмитровичу Притиці, а також іншим шановним колегам, які своїми слухними порадами і цінними зауваженнями стимулювали науковий пошук і сприяли вдосконаленню багатьох положень цього дослідження, як тривало понад 10 років.

Розділ 1

НА ШЛЯХУ ДО ПІЗНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ: ВИХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ

1.1. Проблема конвергенції публічного та приватного у цивільному праві

Основним Законом України нашу державу визначено, зокрема, як правову державу (ст. 1). У такий спосіб законодавець окреслив загальний напрям модернізації правової системи. Зрозуміло, що у цьому процесі центральну роль відведено праву. Однак аби право стало вектором змін та інновацій, воно має набути сучасного змісту і розуміння, що пов'язано з його суттєвим оновленням відповідно до сучасних підходів, ідей, потреб.

Фактично йдеться про якісно нову правову політику щодо розвитку українського законодавства в цілому, та про цивільно-правову політику зокрема. Видається, що основна проблема гальмування сучасного розуміння цивільно-правової політики, складність її формування полягає передусім у тому, що її основним суб'єктом (як і будь-якого іншого виду правової політики) є держава – публічний суб'єкт з відповідною діяльністю. При цьому остання спрямована на класичні приватні відносини та їх оптимізацію.

У зарубіжній доктрині є актуальним таке розуміння права, для якого центром всієї політики дійсно виступатиме благополуччя соціально-правового життя кожного конкретного громадянина. Важливим визнається не лише повага щодо інтересів особистості, а й людський вимір права, що, в свою чергу, є кардинально іншим підходом, який

виражає принципово новий погляд на право³. Зазначені твердження можуть повною мірою застосовуватись і у вітчизняних реаліях. Базується це передусім на таких конституційних положеннях: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (ст. 3).

Правова доктрина акумулювала чимало проблем, оптимальне розв'язання яких турбує не одне покоління вчених-юристів. І їх актуальність із плином часу не втрачається. Серед них – проблема необхідності законодавчого забезпечення співвідношення публічного та приватного у межах відповідних галузей права⁴. Власне одним із основних завдань цивільно-правової політики і є необхідність розв'язання проблеми «співіснування» приватних та публічних інтересів.

Різноманітним аспектам зближення та взаємопроникнення публічних і приватних елементів присвячена значна кількість наукових праць вчених дореволюційного та радянського періоду, а також наших сучасників. До них належать праці В. І. Борисової, М. І. Брагінського, С. М. Братуся, Є. В. Вавіліна, І. В. Венедіктової, О. В. Дзери, Ю. М. Дзери, Б. М. Дроніва, М. М. Коршунова, Н. С. Кузнецової, І. М. Кучеренко, А. В. Лавренюка, Р. А. Майданика, О. В. Малька, Д. І. Мейера, В. П. Мозоліна, О. О. Первомайського, Л. Й. Петражицького, І. О. Покровського, О. А. Пушкіна, Р. Б. Сабодаша, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Р. О. Стефанчука, Є. О. Суханова,

³ Шафиров В. М. Правовая политика в области развития российского законодательства в условиях модернизации: человекоцентрический подход. *Правовая политика и развитие российского законодательства в условиях модернизации: сборник докладов*. Под ред. д-ра юрид. наук А. В. Малько, д-ра юрид. наук В. М. Шафирова, д-ра юрид. наук А. В. Усса. Красноярск: СФУ, 2012. С. 15.

⁴ Див., зокрема: Банчук О. А. Публічне і приватне право: історія українських вчень та сучасність. К.: Конус-Ю, 2008. 184 с.

Р. Й. Халфіної, Я. М. Шевченко, Г. Ф. Шершеневича, Л. В. Щеннікової. Необхідність віднайдення рівноваги публічних і приватних інтересів в умовах сучасного стрімкого розвитку суспільних відносин, що значною мірою зумовлено появою нових правових інститутів, спонукають дослідників до наукових пошуків розв'язання аналізованої проблеми.

Нині активно відбувається зближення приватно- та публічно-правового регулювання у багатьох сферах суспільних відносин. Поділяємо думку А. Є. Кубка про те, що «сучасне цивільне право України спрямоване на пріоритетну реалізацію приватних інтересів і на обмеження державно-владного впливу на суб'єктів цивільних відносин. Саме тому реалізація публічних інтересів у цивільному праві України має особливості з позиції характеру засобів їх реалізації. Вони мають враховувати, крім характеру публічних інтересів, специфіку і соціальну значимість цивільного права, його правову і суспільну цінність. Це особливо актуально в сучасних умовах, оскільки упродовж тривалого часу держава традиційно здійснювала практично необмежене втручання в сферу цивільних прав і приватних інтересів особи. Водночас необхідність реалізації публічних інтересів зумовлює застосування певних заходів державного впливу в цивільних відносинах»⁵. Отже, наразі вельми актуальним є питання про визначення критеріїв допустимості, а також – оптимальних меж зазначеного впливу. Варто наголосити, що взаємне проникнення публічних і приватних елементів правового регулювання цивільних відносин (так само, як і в інших галузях права) жодною мірою не слід вважати державним втручанням у приватні правовідносини.

Взагалі межа між приватним і публічним правом протягом історії його формування неодноразово зазнавала суттєвих зрушень то у бік приватного права, то у зворотному напрямі – більше схилилася до публічного права. Те, що в одну епоху регулювалося за допомогою юридичної децентралізації і, відповідно, – належало до галузі приватного права, в іншу епоху – перебудовувалося за типом

⁵ *Кубко А. Є.* Реалізація публічних інтересів у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К, 2012. С. 8.

юридичної централізації, а отже, переходило до галузі публічного права, і навпаки. Наприклад, у давньоримському праві заподіяння тілесних ушкоджень або крадіжка належали не до сфери публічно-правового регулювання, а мало приватний характер: помста здійснювалась самим потерпілим або його близькими, штраф встановлювався і стягувався за приватною ініціативою в порядку цивільного судочинства. Згодом все, що стосувалося злочинів, держава почала брати під свій контроль, відповідне регулювання здійснювалось у межах кримінального (публічного) права. Історії відомі приклади і зворотного процесу – зокрема, щодо відокремлення церкви від держави. З юридичної точки зору, цей процес був нічим іншим, як питанням про перенесення зазначених відносин із сфери права публічного до приватного права: задоволення релігійних потреб має належати приватним союзам віруючих, які регулюють свої відносини шляхом приватних домовленостей⁶.

Для регулювання та захисту приватних інтересів, зокрема, у цивільному праві необхідним є такий тип правового регулювання, за якого державна влада принципово утримується від безпосереднього та владного регулювання відносин. Дійсно, неефективність публічно-правового регулювання, наприклад, товарно-грошових відносин зумовлена передусім тим, що подібне регулювання, передаючи все у цій сфері в руки держави, знижує приватну зацікавленість і приватну ініціативу. Зазначене, своєю чергою, за певних умов може призвести до повного пригнічення особистості.

Втім це не означає, що у сфері виробництва має бути лише приватноправове регулювання, за якого виключається будь-яке втручання держави і застосування публічно-правових елементів у регулюванні суспільних відносин. Ще у 1917 р. Й. О. Покровський зазначав: спроба здійснення повного приватноправового регулювання, що виключає державне втручання, разом зі звільненням

⁶ *Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Антология украинской юридической мысли: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 6: Цивільне право. Упоряд. Я. М. Шевченко. І. Б. Усенко. Г. П. Тимченко. Т. І. Бондарчук, С. Є. Морозова; відп. ред. Я. М. Шевченко. К., 2003. С. 359–360.*

величезної індивідуальної енергії, призводить до внесення у відповідну галузь суспільного життя відомого елементу випадковості і невизначеності, розширення прірви між багатими і бідними, капіталістами і робітниками. Останні виявляються жорстко залежними від перших і внаслідок цього, хоча є юридично вільними і рівними, стають економічно невольними і нерівними⁷.

Неможливо повністю відмовитись від концепції публічного права, пояснюючи це тим, що воно панувало за часів тоталітарного режиму, натомість примусово та штучно насадити концепції приватного права на ті інститути та сфери суспільного життя, яким воно не властиве. За такого підходу суспільство кидається в іншу правову крайність – від командно-адміністративної системи до повного насадження приватноправових основ регулювання суспільного життя.

На жаль, цей фактор проігнорували у багатьох країнах пострадянського простору під час економічних реформ кінця 90-х рр. XX ст. – початку XXI ст., спрямованих на впровадження майже виключно приватноправових начал у регулюванні ринкових відносин. Зокрема, це й спричинило появу кризових явищ в економічній та соціальній сферах. Держава не повинна відмовлятися від обов'язку, який вона має перед суспільством та громадянами щодо захисту їх прав та інтересів через регулювання економічних відносин, встановлення і підтримку правил цих відносин⁸.

Зарубіжні спеціалісти наголошують: сьогодні є підстави стверджувати про недостатнє державне регулювання, зокрема, у банківській, інвестиційній, зовнішньоекономічній сферах діяльності, що в окремих випадках призводить до розкрадання величезних за обсягом сум коштів вкладників, інших інвесторів та відпливу валюти за кордон⁹. Ці застереження є актуальними і для українських реалій.

⁷ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998 (по изданию 1917 г.). С. 39, 43.

⁸ Яковлев В. Ф. Гражданский кодекс и государство. Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 58.

⁹ Бакаева О. Ю., Погодина Н. А. О соотношении частных и публичных интересов. Журнал российского права. 2011. № 4. С. 36–47.

У правовій літературі неодноразово зверталася увага на взаємну обумовленість публічного і приватного права, їх взаємне проникнення та кореспондуючий характер¹⁰. Слід наголосити й на тому, що не завжди існує можливість однозначно визначити, до якого права – публічного чи приватного належить та чи інша галузь або правовий інститут. Безсумнівним є той факт, що сьогодні не існує абсолютно «чистих» галузей права – суто приватних чи публічних. У галузях публічного права є приватноправові елементи. Так само й у будь-якій галузі приватного права є публічно-правові норми, наприклад, щодо охорони та захисту суспільних інтересів¹¹, щодо участі держави, територіальних громад та інших публічних суб'єктів у приватних правовідносинах.

Саме тому не виправдовує себе категоричний підхід окремих науковців, наприклад, щодо методу правового регулювання. Так, О. В. Наден стверджує, що «єдиним можливим методом кримінально-правового регулювання суспільних відносин є імперативний метод, який, зокрема, повністю охоплює собою тенденції сучасного кримінального права до розширення кримінально-правового значення різного роду угод та компромісів у кримінальному праві»¹². Натомість сучасні тенденції розвитку права, про які згадує автор, як раз і спростовують наведену нею позицію. Домінуючу роль імперативного методу в публічно-правових галузях права ніхто не заперечує, водночас слід відмітити, що поряд з ним частково застосовуються й інші методи, зокрема диспозитивний та метод заохочення. Водночас, на думку М. М. Марченка, методи правового регулювання, при всьому своєму розмаїтті та відносній

¹⁰ Попандопуло В. Ф. Система и правовые формы общественных отношений. *Известия вузов. Правоведение*. 2002. № 4. С. 85.

¹¹ Богатирева Н. Г. Понятие частного права. *Российская правовая политика в сфере частного права: материалы «круглого стола» журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь»* (г. Казань, 22 июня 2010 г.). Отв. ред. А. В. Малько, Д. Н. Горшунов. М., 2011. С. 211.

¹² Наден О. В. Теоретичні основи кримінально-правового регулювання суспільних відносин в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2013. С. 6.

самостійності, тісно взаємопов'язані і, як правило, використовуються в поєднанні один з одним¹³. Така наукова позиція видається дещо спірною; вважаємо можливим поєднання різних методів правового регулювання лише у публічних галузях права (про це докладніше – у підрозділі 3.2 дослідження).

В аспекті аналізованої проблеми доречно привернути увагу до кандидатської дисертації Л. Є. Прись «Цивільно-правове забезпечення профілактики наркотизму», яка захищена за двома спеціальностями: 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право та 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право¹⁴. Результати цього дослідження свідчать про те, що автору доволі переконливо вдалося проілюструвати наявність і взаємодію публічних і приватних начал у цивільному та кримінальному праві.

Загалом ми можемо констатувати проникнення публічних начал у приватноправове регулювання, і навпаки – включення приватних начал до публічного права. Так, у кримінальному праві відбувається посилення приватного начала у питаннях, пов'язаних з потерпілим від злочину. А в цивільному праві значно розширено перелік публічних суб'єктів, які можуть на рівні з фізичними та юридичними особами брати участь у цивільно-правових відносинах (окрім держави, це ще й територіальні громади, Український народ та ін.). Однак таке взаємопроникнення має відбуватися збалансовано. Держава не повинна втручатися там, де цього не вимагається, і водночас – вона не може втрачати контроль у ситуаціях, що насправді потребують його. Зокрема, окремі приклади дерегуляції правовідносин, що впроваджуються у сучасне вітчизняне законодавство, не завжди є позитивною практикою. Так, напевно чи є доречним рішення уряду (принаймні окремих його положень) стосовно надання дозволу українцям здійснювати перепланування у їх квартирах без жодних

¹³ Общая теория государства и права. Академический курс: в 3 т. 2-е изд., перераб. и доп. Отв. ред. проф. М. Н. Марченко. М., 2001. Т. 2. С. 337.

¹⁴ *Прись Л. Е.* Гражданско-правовое обеспечение профилактики наркотизма: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03, 12.00.08. Академия права и управления. Волгоград, 2006. 159 с.

дозвільних документів¹⁵. І хоча у затвердженому переліку певних будівельних робіт передбачено, що подібні перепланування не повинні здійснюватися щодо несучих конструкцій будинку, однак залишаються відкритими питання щодо контролю та відповідальності за такі дії. Це викликано тим, що по всій країні упродовж останніх років нерідко трапляються руйнації житлових будинків (та ще й з людськими жертвами) саме через незаконні перепланування.

Завдяки спрощенню дозвільних процедур у будівництві Україна піднялась у рейтингу Всесвітнього банку Doing Business-2014 на 145 позицій і перемістилась із 189 місця на 41. Звісно, така ситуація значно покращила наші «досягнення» в очах світової спільноти. Однак чи відповідає це реальним інтересам наших громадян? Навряд чи: окрім зазначеного, варто акцентувати і на поширеній практиці шахрайства у сфері будівництва – пригадаймо, зокрема, ошуканих вкладників «Еліта-Центр».

Необхідно зазначити, що держава нерідко і в традиційно публічних відносинах безпідставно втрачає свій вплив. Як наголошує О. А. Музика-Стефанчук, відповідальність за порушення бюджетного законодавства наразі не шанується. Зокрема, ст. 7 БК України в редакції 2010 р., що визначає принципи, на яких ґрунтується бюджетна система України, вже не містить принципу відповідальності учасників бюджетного процесу (раніше він передбачався БК України 2001 р.)¹⁶. Це вкрай небезпечна тенденція. Адже ми спостерігаємо ситуацію, коли держава із власної ініціативи відходить від виконання власних обов'язків. При цьому навіть не йдеться про делегування їх іншим суб'єктам правовідносин. Така позиція нівелює правове врегулювання певних сфер суспільних відносин і продукує появу чергових правових прогалин, що є

¹⁵ Про затвердження переліку будівельних робіт, які не потребують документів, що дають право на їх виконання, та після закінчення яких об'єкт не підлягає прийняттю в експлуатацію: Постанова Кабінету Міністрів України від 7 червня 2017 р. № 406. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/406-2017-п#Text>

¹⁶ *Музика-Стефанчук О.* Нереальні положення у фінансовому праві України. *Право України*. 2013. № 1–2. С. 34.

надзвичайно шкідливим у питаннях відповідальності, за нашим прикладом – у її відсутності.

Аналізуючи природу приватних та публічних інтересів, Л. В. Щеннікова дійшла суперечливих висновків. Вона стверджує, що приватні інтереси спонукають до дій приватних суб'єктів, тоді як публічні інтереси забезпечують благополуччя всіх і кожного. При цьому автором ігнорується те, що забезпечення загального благополуччя у більшості випадків можливе саме завдяки реалізації приватних інтересів.

Також Л. В. Щеннікова зазначає, що дотримання публічних інтересів буде сприяти приватним інтересам, інтересам окремих осіб. Тому, на її думку, питання необхідно розглядати не в аспекті досягнення балансу публічних та приватних інтересів (адже якщо вони протилежні, то це завдання буде нездійсненим), а з позиції того, що приватний інтерес має відповідати публічному. У разі їх конфлікту важливим є визначення пріоритетності саме публічних інтересів, оскільки в них науково обґрунтована ідея загального блага та економічного прогресу; у той самий час приватний інтерес може бути егоїстичним, хибним та руйнівним для суспільства¹⁷. Як тут не пригадати слова з радянської пісні: «Раньше думай о Родине, а потом – о себе».

Ми не підтримуємо наведену позицію. Те, що пропонує Л. В. Щеннікова та інші прихильники зазначеного підходу щодо співвідношення публічних та приватних інтересів, громадяни пост-радянських держав упродовж багатьох років добре на собі відчули. Практика всього періоду існування СРСР та інших соціалістичних держав (НДР, Чехословаччина, Болгарія тощо) свідчить як раз на користь контраргументів щодо пріоритетності публічних інтересів над приватними. Лише у країнах із добре захищеним приватним інтересом може йтися про належне врегулювання та реалізацію публічних інтересів. Формула «кожен зобов'язаний всім і кожному» не виправдовує себе. Адже контрагента для реалізації свого інтересу у такій ситуації не знайдеш, оскільки не існує жодних реальних

¹⁷ Щенникова Л. В. Гражданско-правовое регулирование: публичные интересы, общие пользы, добрые нравы: монография. М., 2013. С. 22, 23.

гарантій можливості здійснення свого приватного інтересу, а за необхідності – і його захисту.

Вважаємо за необхідне відійти від питання про з'ясування пріоритетності інтересів і торкнутися власне питання щодо їх збалансованості. Проблема пріоритетності інтересів є важливою лише у випадку їх колізії. І в таких ситуаціях, на нашу думку, саме приватному інтересу має належати пріоритет. Сучасні реалії вимагають конвергенції приватних і публічних інтересів, їх взаємопроникнення (але не взаємозаміни).

Водночас не слід впадати у крайнощі. Сьогодні у певних правових утвореннях (галузях права, правових інститутах) цивільно-правові норми поєднуються із публічно-правовими нормами у врегулюванні значної кількості майнових відносин. І як слушно зазначають В. П. Мозолін та В. І. Лафітський, зона монопольного регулювання цивільним законодавством майнових відносин, зазначених у ст. 2 ЦК РФ (ст. 1 ЦК України) як таких, що належать до предмета цивільного права, постійно скорочується. Бажаємо ми того чи ні, але значне коло майнових відносин, що регулюються у динамічному режимі цивільного законодавства, вже перебувають у сфері комплексного правового регулювання¹⁸.

При цьому варто погодитись із М. М. Коршуновим, який справедливо критикує таке твердження: всі галузі права підпорядковані принципу публічності, меті служіння інтересам держави і суспільства. За такою логікою розуміння сутності та соціального призначення права необхідно було б визнати неправовими міжнародно-правові положення більшості демократичних держав світу про те, що найвищою цінністю, яка визначає зміст і розуміння законів, діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування, є права та свободи особи¹⁹. Якщо ці міркування зарубіжного дослідника сприймати в аспекті вітчизняних реалій,

¹⁸ *Мозолін В. П., Лафитский В. И.* О статусе Российской академии наук, Банка России и других юридических лиц в связи с проектом новой редакции Гражданского кодекса РФ. *Законодательство и экономика*. 2011. № 1. С. 9.

¹⁹ *Коршунов Н. М.* Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2013. С. 135 – 136.

необхідно констатувати: дійсно, за такого підходу нівелюються приписи ст. 3 Конституції України, у якій визначено головний зміст та спрямованість діяльності нашої держави – це права і свободи людини та їх гарантії.

Аналізуючи суб'єктивні фактори взаємовпливу приватного і публічного права в сучасній Європі, вчені визначають, що яскравим прикладом такої конвергенції є практика лобіювання. В Україні, за умов відсутності тривалих традицій взаємодії суб'єктів громадянського суспільства та держави, лобіювання у свідомості людей має дещо негативне забарвлення, оскільки сприймається як канал проштовхування інтересів бізнесу у рішення центральних та місцевих органів влади за допомогою будь-яких методів. На противагу нашому досвіду європейська практика лобіювання чітко розрізняє законні та незаконні методи впливу на владу. У Європі існує широка мережа суб'єктів, які впливають на процеси ухвалення рішень публічного характеру. Усі вони більшою або меншою мірою використовують стратегії лобіювання, їх можна поділити на три види: негативні стратегії, які полягають у відкритій опозиції ініціативам Єврокомісії чи поданні неприйнятних контрпропозицій (часто до цього вдаються проаграрні групи інтересів); реактивні стратегії, в яких поміркованість домінує над активними діями (для них характерні моніторинг, проведення зустрічей і незначна активність у медіа просторі); проактивні стратегії, що ґрунтуються на конструктивній роботі з Єврокомісією в дусі партнерства і довіри²⁰.

Політика, як відомо, є сферою конкуренції публічних та приватних інтересів, боротьби за владу та утримання влади. Зміна конфігурації влади відображається й на розвитку права. З часом, на зміну концепції влади-домінування приходять влада-співробітництво²¹.

²⁰ *Сабанадзе Ю. В.* Практика лобіювання у структурах ЄС. *Демократія та право: проблеми взаємовпливу і взаємозалежності*: матеріали міжнар. наук. конф. (26 жовт. 2007 р., м. Київ). За ред. акад. АПрН України О. В. Скрипнюка. Х.: Право, 2008. С. 198 – 199.

²¹ *Беше-Головко К.* Этатизм Раймона Карре де Мальберга и его неожиданная актуальность в современных условиях. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2008. № 4. С. 170.

Формування демократичного політичного режиму, розвиток механізмів співробітництва сприяє розширенню сфери використання диспозитивних методів правового регулювання. Це є однією з умов легітимності державної влади. Ще одним прикладом впливу приватного права на публічне є впровадження начал саморегуляції у сферу публічної влади, здійснюваної місцевим самоврядуванням. Проникнення в публічну сферу начал самоврядування свідчить про глибинні системні зв'язки приватного й публічного права²².

Пошук балансу публічних і приватних інтересів є характерним для всієї історії цивільного права. На нашу думку, для всебічного, повного і неупередженого пізнання та правильного розв'язання цієї проблеми необхідно враховувати досягнення, зокрема, європейської доктрини приватного права, опиратися на вітчизняні реалії, що відображаються у законодавстві і судовій практиці. Переконані, що до основних завдань саме цивільно-правової політики належить віднайдення рівноваги публічних і приватних інтересів, а також формування правової моделі унеможливлення зловживань з боку держави у випадках її участі в приватних правовідносинах.

Для держави України та інших публічних суб'єктів (територіальних громад, Українського народу тощо) складність їх участі у приватних відносинах пов'язана передусім із тим, що відповідна новела ЦК України лише констатувала можливість такої участі на рівні з іншими суб'єктами цивільного права – фізичними та юридичними особами (ст. 2). Однак чіткої визначеності власне природи публічних суб'єктів та їх способів участі у приватних відносинах у чинному законодавстві немає. У вітчизняній та зарубіжній правовій доктрині також бракує усталеного, науково обґрунтованого підходу щодо окресленої проблеми²³.

²² Дронів Б. М. Система чинників взаємовпливу приватного і публічного права. *Форум права*. 2010. № 4. С. 342. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&S21P03=FILE=&S21STR=FP_index.htm_2010_4_52

²³ Дзера Ю. М. Держава як учасник цивільних правовідносин: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. К., 2011. 223 с.

Отже, баланс приватних та публічних інтересів – вічне й актуальне питання. Є приватні, суспільні і державні інтереси, вони мають бути збалансованими. За словником іншомовних слів, баланс (*фр. balance – терези, від лат. bilanx – той, що має дві вагові чаші*) у першому значенні – це рівновага, урівноваження. Дотримання необхідного балансу інтересів є обов'язком передусім держави. Водночас усі інші учасники правовідносин не мають бути пасивними у забезпеченні такого стану, і не лише через реалізацію своїх прав.

Що таке державні інтереси? Їх елементарний зміст пізнаємо, зокрема, через ознайомлення з текстами присяги: Президента України (ст. 104 Конституції України), народного депутата України (ст. 79 Конституції України), члена уряду (ст. 10 Закону «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 р.), судді Конституційного Суду (ст. 17 Закону «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 р.), державного службовця (ст. 36 Закону «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р.), судді (ст. 57 Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р.), прокурора (ст. 36 Закону «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р.), працівника поліції (ст. 64 Закону «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р.), військовослужбовця (постанова Верховної Ради України «Про текст Військової присяги» від 6 грудня 1991 р.).

Порушення присяги означає, що інтереси влади (окремого чиновника) не співпадають з державними інтересами, настає дисбаланс інтересів, а має бути навпаки.

Що таке суспільні інтереси? Їх можна визначити як інтереси окремої громади і навіть інтереси всього Українського народу. Окремо взятий приватний інтерес, чи приватний інтерес групи осіб або приватний інтерес усього суспільства не має зашкоджувати реальним суспільним і державним інтересам. Усвідомлення кожною особистістю того, що різновиди інтересів не можуть суперечити один одному, слугуватиме формуванню їх балансу. Якщо суспільні і державні інтереси збігаються, не заперечують один одного (власне така модель поєднання зазначених інтересів є ідеальною), це мають визнавати носії приватного інтересу і поступатися на користь інших прагнень, потреб.

Урівноважування інтересів, охорона і захист суспільних і державних інтересів через охорону та захист приватного інтересу і є тим балансом інтересів, якого має прагнути держава в особі влади.

Колишній Глава Офісу Президента України А. Й. Богдан в одному із своїх інтерв'ю повідомив: «... Верховна Рада стане органом, який буде *обмежувати права особи* в інтересах суспільства, а не навпаки – обмежувати інтереси суспільства в інтересах якоїсь особи»²⁴ (курсив наш. – *Л. М.*). Така позиція особи, що мала значний вплив на формування правової політики держави, – це інформування загалу про директиву, спрямовану на порушення балансу публічних і приватних інтересів шляхом прикриття інтересами суспільства, а за ефектом зовнішнього впливу на громадськість – лобіювання інтересів держави на шкоду приватним інтересам. Насправді, що можна припустити, у такий спосіб «заперечувалась» причетність влади до просування приватних інтересів окремих осіб.

1.2. Правова політика Української держави: загальнотеоретичні аспекти

Основне завдання сучасних юристів вбачається у постійній роботі над вдосконаленням права, аби воно завжди відображало соціальну реальність нинішнього світу і тим самим відповідало справедливості на конкретному історичному етапі розвитку суспільства²⁵. При цьому ніхто не стане заперечувати, що право формується (не в останню чергу) завдяки зусиллям державної влади, її активної участі. Саме тому держава не може бути байдужою і знаходитись осторонь того, як здійснюється правове регулювання суспільних відносин, наскільки ефективним є механізм його реалізації. Звідси й висновок

²⁴ *Бердінських Христина, Кравець Роман*. Андрій Богдан: Я сказав Зеленському: «Розумієш, що фільмом "Слуга народу" ти дав людям надію?». URL: <https://www.pravda.com.ua/articles/2019/04/25/7213591/> (дата звернення: 25.04.2019).

²⁵ *Майданик Р.* Приватне право: особливості розуміння і застосування в Європі та Україні. *Юридичний вісник України*. № 43 (799). 23–29 жовтня 2010 р. С. 5.

про необхідність науково-обґрунтованої правової політики держави, яка б дозволила реалізовувати нормативні регулятори найбільш оптимальним, раціональним способом – в інтересах людини та всього Українського народу.

Нині привертає увагу факт наявності таких форм деформації свідомості громадян, як правовий нігілізм, правовий інфантилізм, правова недосвідченість тощо. З метою подолання зазначених проблем, підвищення рівня правової культури потрібно виробити чітку державну політику в цій сфері, забезпечити системний, науковий підхід до проведення відповідних заходів, скоординувати зусилля державних органів²⁶.

Проблема правової політики держави є актуальною на всіх етапах розвитку суспільства. В Україні вона набуває особливої значущості з огляду на модернізаційні процеси, які відбуваються в соціальному просторі, глобалізаційні тенденції та зміну ідеологічних засад, а також через перехід до новітньої моделі розвитку державності. Таким чином, ґрунтовне вивчення проблеми правової політики держави в умовах трансформації суспільства вимагає нового для сучасної юриспруденції підходу, який забезпечував би комплексне дослідження стратегії і тактики правової політики, принципів, цілей і функцій на основі вже наявних напрацювань у сфері теорії держави та права і ціннісних концепцій та методик інших наук²⁷.

Цікаво, що в англійській мові існують щонайменше чотири терміни, які характеризують різні прояви політики: 1) власне політична сфера (politics); 2) політичний лад, що близький до понять політичної системи і політичного суспільства (polity); 3) політичний курс, свідомо вироблена стратегія (policy); 4) сфера публічного управління (public policy)²⁸. Найбільш близьким аналогом до

²⁶ *Наливайко Л. Р.* Принцип правової держави як принцип державного ладу України. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/39598>

²⁷ Руданецька О. С. *Правова політика держави в умовах трансформації суспільства: теоретико-правовий аспект: дис. ... канд. юрид. наук.* Львів, 2014. С. 3.

²⁸ *Политология: учеб.* А. Ю. Мельвиль [и др.]. М.: Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России. ТК Велби; Проспект, 2008. С. 18; Краснов Ю. К. *Правовая политика России на современном этапе: учебное пособие.* Моск. гос. ин-т междунар. отношений (у-нт) МИД России. М.: Прометей, 2019. 182. С. 17.

українського поняття «правова політика» є, на нашу думку, третє поняття – policy.

Нам імпонує наукова позиція Р. О. Стефанчука про те, що право у своїй сукупності є складною і багаторівневою системою наукових знань, навичок та вмінь, яка містить три основні рівні: математику права, філософію права та політику права. Перший рівень (математика права) – це інструментарій права, його доктрини, способи та прийоми. Другий (філософія права) – містить різні погляди на можливе філософське осмислення існуючого правового порядку та потенційні варіанти його розвитку. Найскладнішим рівнем, на думку вченого, є рівень політики права. Він має бути спрямованим на вибір тієї моделі права, яка найбільш повно відповідає політичним, економічним і соціальним реаліям, а також визначення її структури, елементів та етапів упровадження²⁹.

Свого часу С. С. Дністрянський писав: «Право є нормою суспільного життя, політика – методом, як ним керувати; вони перебувають у нерозривному зв'язку між собою»³⁰. Як зазначає О. В. Минькович-Слободяник, «значення правової політики полягає в тому, щоб, з одного боку, «примусити» право як статичне явище більш активно і цілеспрямовано «працювати» на суспільство, а з іншого – широко використовувати соціальні цінності політики і одночасно «тримати» її в межах правового поля»³¹.

Виділяють, зокрема, такі трактування **політики**, як: 1) відносини між класами, етносами, іншими соціальними групами щодо

²⁹ Стефанчук Р. Шляхи реформування цивільного законодавства: погляд на Захід та Схід. *Право України*. 2009. № 8. С. 53.

³⁰ Дністрянський С. С. Загальна наука права і політики. Антологія української юридичної думки. В 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Том 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права. Упорядники: В. Д. Бабкін, І. Б. Усенко, Н. М. Пархоменко; відп. редактори В. Д. Бабкін, І. Б. Усенко. К.: Видавничий Дім «Юридична книга». 2002. С. 384.

³¹ Минькович-Слободяник О. В. Правова політика: стратегічні пріоритети і напрями вдосконалення: монографія. К.: Логос. 2012. С. 7.

державної влади; 2) участь у державних справах; 3) вплив держави на суспільство, на окремі сфери, галузі його життя³².

Передусім виникає запитання: що таке державна політика? У підручнику «Державна політика» (Київ, 2014 р.) з цього приводу написано таке. «**Державна політика** – це практична діяльність політичних суб'єктів і органів державної влади з реалізації виробленого політичного курсу та досягнення конкретних політичних цілей»³³. Вона поділяється за напрямками залежно від змісту проблем і питань, що необхідно вирішити органам влади та державного управління у певній сфері або галузі забезпечення суспільного розвитку чи економіки. Основними видами державної політики є: економічна, соціальна, фінансова, паливно-енергетична, аграрна, екологічна, культурна, науково-технічна, інформаційна, адміністративна, зовнішня, національна, військово-промислова, національної безпеки, демографічна та ін.

Можливий поділ політики за іншими критеріями, завдяки чому стає прозорим механізм відносин між учасниками розроблення та реалізації державної політики, а також визначення рівня її конфліктності. За такого підходу виокремлюють специфічні види державної політики: розподільчу, перерозподільчу, регулятивну, антикризову та ін.

У зазначеному підручнику згадується і **правова політика** – як «особливий різновид державної політики, яка, у свою чергу, є одним із видів політики взагалі як родового інтеграційного поняття. Демократичні перетворення в Україні, зокрема в правовій сфері (визнання прав людини і громадянина, формування правової держави; судово-правова реформа; удосконалення законодавства;

³² Решетов Ю. С. Взаимодействие политики и частного права. *Российская правовая политика в сфере частного права: материалы «круглого стола» журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь»*. г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 22 июня 2010 г. Отв. ред. А. В. Малько. Д. Н. Горшунов. М., 2011. С.15.

³³ Державна політика: підручник. Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; ред. кол.: Ю. В. Ковбасюк (голова), К. О. Ващенко (заст. голови), Ю. П. Сурмін (заст. голови) [та ін.]. К.: НАДУ, 2014. С. 12.

усвідомлення нової, гуманістичної ролі права; пошук мирних конституційних шляхів вирішення конфліктів), поставили на порядок денний питання про вироблення єдиної загальнонаціональної довгострокової правової політики держави та визначення її основних пріоритетів. Розробка ефективної правової політики України, обґрунтування концепції правового розвитку на найближчі роки і на перспективу – одне з першочергових завдань сучасної вітчизняної юридичної науки»³⁴.

Деякі фахівці для визначення системного та планового вдосконалення окремих елементів механізму правового регулювання вживають термін «**державна політика**». Так, В. П. Питулін присвятив кандидатську дисертацію вивченню правових основ державної політики у сфері судового захисту прав і свобод особи у сучасній Росії³⁵. Доречно погодитись із В. В. Субочевим у тому, що правова політика та державна політика – не тотожні поняття³⁶. Дійсно, ці категорії близькі, однак суть різні, адже державна політика не завжди є правовою. При цьому йдеться не про порушення закону, а про те, що поняття «державна політика» є більш широким аніж поняття «правова політика». Так, державна політика здійснюється в економічній, соціальній, демографічній, інформаційній, культурній та інших сферах. Разом із тим належна державна політика є запорукою успішної реалізації правової політики.

У свою чергу, **публічну політику** визначають, як більш широке поняття прівняно з поняттям державної політики, яке охоплює не

³⁴ Та само. С. 14, 19.

³⁵ *Питулин В. П.* Правовые основы государственной политики в сфере судебной защиты прав и свобод личности в современной России: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2005. 195 с. URL: <https://www.dissercat.com/content/pravovye-osnovy-gosudarstvennoi-politiki-v-sfere-sudebnoi-zashchity-prav-i-svobod-lichnosti->

³⁶ *Субочев В. В.* Государственная стратегия России в сфере охраны и защиты правовых дозволений. *Российская правовая политика в сфере частного права: материалы «круглого стола» журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь»*, г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 22 июня 2010 г. Отв. ред. А. В. Малько, Д. Н. Горшунов. М., 2011. С. 63.

лише державну політику, а й політику, яку здійснюють (чи можуть здійснювати) недержавні організації, об'єднання державних і громадських органів або навіть приватні структури й агенції; це – програма дій, спрямована на розв'язання певної проблеми чи комплексу проблем, досягнення поставленої мети тощо³⁷. Леслі А. Пал визначає публічну політику як «напря́м дії або утримання від неї, обрані органами управління для розв'язання якоїсь проблеми або комплексу проблем»³⁸. Інші відомі автори – Карл В. Паттон, Девід С. Савіцкі та Дженіфер Дж. Кларк розглядають публічну політику в сукупності з плануванням і створенням комплексних програм розв'язання суспільно значущих проблем³⁹.

Зазначений підхід навряд чи можна визнати коректним. На нашу думку, будь-яка політика є публічною незалежно від того, яким суб'єктом вона створена або реалізується – приватною особою чи інститутом державної влади. Водночас це не виключає можливість існування окремих видів політики у сфері приватних відносин. Тому не вбачаємо за потрібне виділяти публічну чи приватну політику. Правильним буде вести мову про політику у публічній чи приватній сферах.

Нині існує значна кількість визначень поняття **правової політики**⁴⁰. Більшість авторів сходяться у тому, що це – державна політика в галузі розвитку права, комплекс цілей, засобів, завдань,

³⁷ Дем'янчук О. П. «Державна політика» та «публічна політика»: варіант перехідного періоду. *Наукові записки*. Том 18. Політичні науки. 2000. С. 31. URL: http://aleph.ukma.kiev.ua/e-lib/NZ/NZV18_2000_polityk/05_demyanchuk_op.pdf

³⁸ Леслі А. Пал. Аналіз державної політики. Переклав з англ. Іван Дзюб. *Основи*. 1999. С. 22.

³⁹ Carl V. Patton, David S. Savicki, Jennifer J. Clark. *Basic Methods of Policy Analysis and Planning*. Third Edition. Routledge Taylor & Francis Group. London and New York, 2013. P. 5. URL: http://surjonopwkub.lecture.ub.ac.id/files/2019/01/Basic_Methods_of_Policy_Analysis_and_Planing.pdf

⁴⁰ Див. наприклад: *Державна політика: підручник*. Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; ред. кол. : Ю. В. Ковбасюк (голова), К. О. Ващенко (заст. голови), Ю. П. Сурмін (заст. голови) [та ін.]. К.: НАДУ. 2014. С. 19.

програм, ідеологічних настанов, що реалізуються у сфері дії права за допомогою самого права⁴¹. Нам імпонує позиція Г. І. Муромцева, який вважає, що «суперечливість та непослідовність правової політики у сучасній Росії лише підтверджує те, що ця політика не може бути більш ефективною щодо права, яке використовується задля її здійснення. У даному випадку правова політика є стрижнем, генеральною лінією процесу формування правової системи»⁴². Видається, що у повній мірі можна застосувати дане твердження й для визначення стану правової політики в нашій державі.

Отже, нині правова політика визначається, як: 1) комплекс цілей, засобів, завдань, програм, установок; 2) явище або 3) діяльність різноманітних суб'єктів права⁴³. Загалом можна констатувати, що категоріальне оформлення поняття правої політики варто віднести до межі ХХ–ХХІ ст.ст.⁴⁴.

Правову політику тому і називають правовою, що вона, по-перше, ґрунтується на праві і пов'язана правом, по-друге, здійснюється правовими методами; по-третє, охоплює переважно правову сферу діяльності; по-четверте, спирається, коли це необхідно, на примус; по-п'яте, є публічною, офіційною; по-шосте, характеризується нормативно-організаційними засадами⁴⁵.

О. В. Малько та Є. В. Вавілін зазначають, що правова політика є різновидом політики, оскільки вона спрямована на впорядкування

⁴¹ Див. наприклад: *Матузов Н. И.* Актуальные проблемы российской правовой политики. *Государство и право.* 2001. № 10. С. 6.

⁴² *Муромцев Г. И.* Правовая политика: специфика понятия и ее преломление в постсоветской России. Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации: монография. Н. В. Варламова, В. В. Лапаева, Е. А. Лукашева, В. П. Малахов и др. Под ред. Н. С. Соколова. М.: Изд-во РУДН, 2006. С. 40.

⁴³ Правовая политика как научная теория в историко-правовых исследованиях. Под ред. докт. юрид. наук, докт. филос. наук, проф. О. Ю. Рыбакова. М.: Статут, 2011. С. 15.

⁴⁴ Там само. С. 12.

⁴⁵ Державна політика: підручник. Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; ред. кол.: Ю. В. Ковбасюк (голова), К. О. Ващенко (заст. голови), Ю. П. Сурмін (заст. голови) [та ін.]. К.: НАДУ, 2014. С. 20.

правової сфери, на цивілізованість і порядок в економічних, соціальних, національних та інших відносинах. Тому, – справедливо вважають автори, – непродумана та слабка правова політика, разом із недосконалою правовою базою, із суперечностями у правових актах, з неконкретними пріоритетами, є причинами проблем у здійсненні економічної політики, цивільного обороту, що у кінцевому варіанті стоїть на заваді нормального розвитку держави в цілому⁴⁶.

Поняття «правова політика» у широкому розумінні (стосовно якісного виміру цього явища) означає, що будь-яка політика має бути правовою. Це природно-соціальна властивість державної політики загалом, така політика збалансовано та оптимально враховує приватні, суспільні чи державні інтереси.

У вузькому, спеціальному розумінні, поняттям «правова політика» охоплюється державна політика, що здійснюється через застосування власне юридичних механізмів у різноманітних сферах діяльності суб'єктів відповідних правовідносин.

Наші знання про цивільне право, як і будь-яку іншу галузь права, не будуть повними без елементарного, бодай побіжного уявлення про нього як про складову системи права України. Розкрити систему права означає з'ясувати його структуру: з яких частин складається право та як вони взаємодіють. Систему права складають такі елементи: суб'єкт права, норми права, інститут права, підгалузь права, галузь права (галузі права можуть поділятися на фундаментальні і спеціальні) й підсистема права.

За визначенням теоретиків, *«система права – це інтегрована принципами права, зумовлена сполученням приватних і публічних інтересів сукупність правових норм, внутрішня організація якої характеризується їх єдністю, узгодженістю, диференціацією та групуванням у відносно самостійні структурні утворення»*⁴⁷.

⁴⁶ Вавилин Е. В., Малько А. В. Гражданско-правовая политика в сфере предпринимательства. *Правовая политика и правовая жизнь*. М., Саратов, 2009, № 4, С. 10.

⁴⁷ Теорія держави і права: підручн. для студ. юрид. вищ. навч. закл. За ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2014. С. 174.

Від системи права слід відрізнити **правову систему** – сукупність взаємопов'язаних між собою системи права та засобів її реалізації. До основних елементів правової системи належать такі: система права й система законодавства, правові відносини, юридична практика, тобто діяльність правотворчих, правозастосовних і правоохоронних органів, правова політика й ідеологія, правосвідомість і правова культура, юридична наука й освіта тощо⁴⁸.

Правова політика також є системним явищем. Тому пропонуємо ввести до наукового обігу відповідне поняття. На нашу думку, **система правової політики** – це складник правової системи, що утворений як сукупність взаємопов'язаних між собою галузевих видів правової політики, інтегрованих відповідними принципами; така система зумовлена сполученням приватних і публічних інтересів, внутрішня організація якої характеризується єдністю галузевих видів правової політики, узгоджених і диференційованих у відносно самостійні структурні утворення.

Процес державотворення є достатньо комплексним явищем, оскільки утвердження засад конституційного ладу та ціннісних вимірів суспільного життя, потребує врахування багатьох чинників як глобального, так і локального характеру. Одним з основоположних чинників є правова політика, яка являє собою особливий політико-правовий феномен, що виникає у сфері права, є видом державної політики та потребує впорядкування публічною владою. Концентруючи увагу на цьому явищі необхідно підкреслити, що правова політика відіграє велике значення у формуванні вітчизняного законодавства та спрямуванні правотворчої діяльності у русло пріоритетів правової держави. До того ж, слід звернути увагу на визначальну роль правової політики, яку вона відіграє при формуванні юридичного визначення інших видів державної політики, які знаходять своє відображення у відповідних стратегіях, концепціях розвитку, законах та підзаконних актах. Вбачається, що

⁴⁸ Шемшученко Ю. С. Правова система. Юридична енциклопедія: в 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 5: П–С. Київ, 2003. С. 39.

всі види правової політики мають спільну межу й утворюють таке поняття як «державна політика».

Як зазначають О. М. Руднева та О. Н. Ярмиш, «нині термін «правова політика» має три інтерпретації: діяльнісну (правова політика розглядається як науково обґрунтована і послідовна діяльність державних і муніципальних органів зі створення ефективного механізму правового регулювання); ідеологічну (згідно з якою правова політика визначається як комплекс ідей, заходів, завдань, програм, настанов, що реалізуються у сфері права і завдяки праву); у третьому варіанті правова політика сприймається як частина державної політики. Українською важливо зазначити, що здійснювана у державі правова політика визначається типом праворозуміння»⁴⁹. Вважаємо, що зазначені інтерпретації характеризують різні аспекти природи правової політики, які у своїй сукупності утворюють цілісне правове явище під назвою «правова політика держави».

Цікавою думкою з приводу ролі правової політики у процесі державотворення вбачається позиція Г. Ф. Шершеневича. У своїх роботах він зазначав, що політика права притаманна будь-якій спеціальній юридичній науці⁵⁰. Дійсно, з цим твердженням важко не погодитись, адже правова політика є узагальненою категорією, яка використовується для індивідуалізації напрямів правового регулювання суспільних відносин, що існують в державі. Отже, можна стверджувати, що основою правового регулювання будь-якої сфери суспільного життя є правова політика, фундаментальні положення якої визначають волю держави та характеризують межі правомірності поведінки суб'єктів. Саме тому правова політика має розглядатися у вигляді своєї «системи координат», яку покладено в основу процесів державотворення і яка спирається на відповідні принципи та цінності.

⁴⁹ Руднева О. М., Ярмиш О. Н. Правова політика України: стан, проблеми концептуалізації та підвищення ефективності. *Правова політика України: концептуальні засади та механізми формування*: матер. наук.-практ. конф. (м. Київ, 5 груд. 2012 р.). Київ: НІСД, 2013. С. 12.

⁵⁰ Шершеневич Г. Ф. *Общая теория права*. М., 1910. С. 17.

Аналізуючи сутність кримінально-правової політики П. Л. Фріс зазначає, що правова політика займає важливе місце в структурі внутрішньої політики держави. Зміст правової політики, на його думку, об'єктивно обумовлений волею народу (громадянського суспільства), фактично опосередковується його повноважним інституційним представником – державою. Це зумовлено тим, що переважна частина внутрішньої й зовнішньої політики держави регулюється за допомогою права, законотворчого процесу, ухваленням політико-правових рішень, втілюється у нормативні форми і спирається на міжнародно-правові принципи⁵¹. Із зазначеного випливає, що правова політика створює підґрунтя для реалізації державою своїх функцій, які мають як внутрішній, так і зовнішній характер. Причому процес формування правової політики не є монополією держави, оскільки відображення волі громадян є обов'язковою умовою позиціонування напрямів правової політики. Таким чином, правова політика – це продукт співпраці влади та інститутів громадянського суспільства, метою якого є забезпечення стійкого розвитку суспільства – через використання правових інструментів впливу на суспільні процеси.

О. В. Петришин аналізує правову політику крізь призму поняття «концепція правової політики», під якою він пропонує розуміти «систему теоретичних положень, що фіксують досягнутий рівень правового розвитку й визначають цілі, принципи, перспективи і напрями удосконалення основоположних механізмів правового регулювання і правозастосовної практики, що найбільш ефективно функціонує у формі доктринального документа»⁵². З урахуванням наведеного слід визнати, що правова політика є достатньо узагальненим явищем, яке охоплює не тільки конституційно-правові принципи функціонування владних інституцій, а й формалізує

⁵¹ Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України: дис... докт. юрид. наук. Київ, 2005. С. 23.

⁵² Петришин О. В. Основні напрями формування і розвитку правової політики. *Правова політика України: концептуальні засади та механізми формування*: матеріали наук.-практ. конф. (м. Київ, 5 груд. 2012 р.). Київ: НІСД, 2013. С. 33.

напрями рецепції позитивного міжнародного досвіду, який стає невід'ємною частиною правової політики держави.

Достатньо принциповим завданням, на даному етапі дослідження, є аналіз складових правової політики, індивідуалізація яких надасть можливість з'ясувати природу досліджуваної нами категорії. У наукових працях зустрічаються різні підходи щодо їх визначення, зокрема, йдеться про основні із них – «політику» та «право». Отже, для глибокого розуміння сутності правової політики необхідно визначитись з тим, який сенс мають зазначені елементи.

Пропонуємо почати з політики, яка у працях Арістотеля визначається як дія істоти суспільної, яка прагне державного спілкування, а людина, яка живе поза законом і правом, є найгіршою з усіх⁵³. Відомий філософ та мислитель визначає політику як дії громадян, що спрямовані на спілкування з позиції «громадянин-держави» і є природними для людини – суспільної істоти. Крім того, Арістотель піддавав критиці думки своїх сучасників з цього приводу. Наприклад, у першій книзі праці «Політика» він пише: помиляються всі, хто вважає однаковими за змістом поняття «правитель держави», «цар», «господар дому», «пан». Адже вони міркують, ніби ці поняття відрізняються кількістю осіб, а не видом; наприклад, господар – той, під чією владою небагато людей; у кого більше – той управитель; а хто має справу з ще більшою кількістю людей – це державець або цар; немовби ніякої відмінності не існує між великою сім'єю і невеликою державою. Вони ж запевняють, нібито державець і цар відрізняються один від одного тільки тим, що цар особисто керує усіма справами, а державець має владу обмежену і певною мірою підкоряється засадам відповідної науки – політики⁵⁴. З цього твердження Арістотеля можна зробити висновок, що певна частина

⁵³ Арістотель. Философское наследие в 4-х т. М.: Мысль. Т. 4. 1976 – 1983. С. 380.

Також див.: Арістотель. Афинская полития. Государственное устройство афинян. М.: Государственное социальное-экономическое издательство. 1937. 255 с.

⁵⁴ Арістотель. Політика. Пер. з давньогр. та передм. О. Кислюка. К.: Основи. 2005. С. 15.

суспільства того часу уявляла політику як науку, яка встановлювала «правила гри» для державотворців тієї епохи.

Ґер Бурдье вважав, що з причин нерівного розподілу засобів виробництва, які впливають на формулювання уявлення про соціальний світ, політичне життя може бути описане в логіці попиту та пропозиції, де політичне поле – це місце, де у конкурентній боротьбі народжується політична продукція, проблеми, програми, аналізи, коментарі, концепції, події, з яких і мають вибирати звичайні громадяни, зведені до положення «споживачів» і тим більше ризикуючи потрапити в халепу, чим більш вони віддалені від місця виробництва⁵⁵. На думку І. О. Ільїна, навпаки, політика є солідарною діяльністю заради єдиної і спільної мети. Сфера політичного починається там, де всі хочуть одного і того ж, і притому такого, що або у всіх відразу буде, або чого у всіх відразу не буде. Кожен бажає цього у себе в душі і по-своєму, бо психологічно всі люди різні. «Інтерес», як особисте переживання залишається множинним і різним, але інтерес, як бажаний предмет – єдиний у всіх і для всіх і задовольнити його можна тільки за допомогою спільної організованої діяльності. Спільність мети веде до спільності засобів та шляхів, що і є основою політичної діяльності та політики. Політика означає не партійні домагання, не партійну брехню і не партійні інтриги, а підйом правосвідомості до осягнення патріотичних цілей і до вирішення справді державних завдань⁵⁶.

Вважаємо цікавою думку Ю. Ж. Шайгородського, який у своїй роботі «Політика як міф і наукова діяльність» пише: у визначеннях і характеристиках політики є чимало спрощень, міфів, зведень до однієї якості. Поширення набула теза, що «політика – це мистецтво можливого». Це, хоча і спрощена, однак лише одна із граней сучасного «мистецтва» політики, доступної професіоналам. Водночас політика має ще багато рис, які лише в комплексі дають уявлення про її

⁵⁵ Бурдье П. Социология политики. Пер. с фр.; сост., общ. ред. и предисл. Н. А. Шматко. М.: Socio-Logos, 1993. С. 182.

⁵⁶ Ильин И. А. Путь духовного обновления. М.: Институт русской цивилизации. 2011. С. 237, 248.

сутність і функції⁵⁷. Дійсно, розглядати таке поняття як «політика» необхідно лише у комплексі, адже односторонній розгляд приведе до його викривлення. «Тому в загальному вигляді політику можна трактувати як сукупність знань, ідей, дій, результатів з розкриття сутності політичного життя, механізмів його організації і контролю над політичним життям суспільства і держави у внутрішньому і зовнішньому вимірах»⁵⁸.

Необхідно зазначити, що політика не може існувати окремо від людей. Саме людина своїми активними діями надає політиці певного сенсу у суспільному житті, що, безперечно, є достатньо логічним, оскільки суб'єкт зумовлює виникнення, зміну та припинення правовідносин. Натомість слід звернути увагу на те, що кожному напряму політичної діяльності притаманні свої особливості, тому і визначення політики змінюється разом зі зміною вектора такої діяльності.

Політика і право – це дві взаємозалежні сфери громадського життя, їх «взаємини» двосторонні. Держава санкціонує і конструює систему права, роблячи її публічною, загальнообов'язковою, а її порушення спричиняє застосування заходів державного впливу. З іншого боку, сама держава підтримується і забезпечується правом⁵⁹. На ґрунті такої взаємозалежності сформувалися два підходи щодо розуміння співвідношення цих явищ: відповідно до першого з них, якого дотримуються здебільшого представники теорії природного права, чільну позицію займає право, а політика має здійснюватись виключно в узгодженні з ним; згідно з іншим трактуванням, навпаки, чільне місце належить політиці, а право виступає своєрідним засобом для досягнення цілей «політичної гри». Серед відомих представників першого підходу слід назвати Г. Гроція, який визначав державу як

⁵⁷ Шайгородський Ю. Політика як міф і наукова діяльність. *Політичний менеджмент*. 2008. № 6. С. 36.

⁵⁸ Там само. С. 31.

⁵⁹ Мануйлов Є. М. Співвідношення політики і права як соціальних регуляторів. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2014. № 4. С. 264.

досконалий союз вільних людей, укладений заради дотримання права та загальної користі⁶⁰.

Ми також вважаємо, що у феномені «правова політика» домінувати має право. Адже політика може бути і неправовою, злочинною. Але найголовніше полягає в іншому – пріоритет належить верховенству права. Тому встановлений вектор владної охорони права під час формування та реалізації правової політики є визначальним для оптимального функціонування держави у цілому та дотримання балансу відповідних публічних і приватних інтересів зокрема. Звідси – хибною видається теза «**уголовно-правовая политика первична по отношению к уголовному праву**» (Лопашенко Н. А. Уголовная политика. М., 2009. С. 36).

Ю. О. Ващук справедливо зазначає, що «в сучасній Україні правова політика є невід'ємною частиною складного процесу трансформації держави в соціальну, правову, демократичну державу, «інструментом» налаштування максимально ефективного функціонування правової системи загалом. Правова політика є особливим різновидом державної політики, фактично вона проникає в усі сфери державної діяльності і одночасно відіграє провідну роль у формуванні загальнодержавної політики»⁶¹.

Історія дослідження поняття «правова політика» свідчить про те, що впродовж багатьох століть ця категорія пройшла шлях від предмета наукових припущень до повноцінного явища правової дійсності. Починаючи з ХХ ст., вона виявляє перші ознаки правової політики, а вже у ХХІ ст. повністю набуває свого категоріального статусу та стає повноправною категорією юридичної науки.

На початку епохи становлення правової політики як самостійної категорії юридичної науки правники змінювали порядок слів у цьому терміні на власний розсуд. Варто зазначити, що деякі сучасні вчені⁶² і зараз не розмежовують поняття «правова політика» і «політика права», розуміючи її як сукупність уявлень про те, якими шляхами і

⁶⁰ История политических и правовых учений: учеб. Под ред. О. Э. Лейста. М.: Издательство «Зерцало», 2000. М. 243.

⁶¹ Ващук Ю. О. Сутнісні аспекти правової політики. *Форум права*. 2014. № 1. С. 70. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_1_13.pdf

⁶² Поляков А. В. Введение в общую теорию государства и права: курс лекций. СПб.: Юриспруденция, 2000. С. 63.

засобами можна впливати на правову ситуацію в суспільстві з метою наближення до правового ідеалу. Але ці випадки є одиничними.

Правова політика є особливим видом політики, що ґрунтується і виникає у сфері права, при цьому об'єктивно потребуючи впорядкування з боку публічної влади. Вона є самостійним політико-правовим феноменом, особливим видом політики держави, формою реалізації політичного курсу держави з власною складною внутрішньою структурою⁶³. У вузькому розумінні термін «правова політика» означає певний окремий напрям державної діяльності, спрямованої на управління процесом правового розвитку країни, підтримання і даліше упорядкування правового буття⁶⁴. Правова політика, у широкому розумінні, – це державна політика організації і управління сукупністю сфер суспільних відносин задля досягнення на основі права легітимними засобами загального блага, задоволення публічних інтересів (з урахуванням приватних інтересів), вирішення певних конкретних завдань, обумовлених реальними актуальними загальносуспільними, публічними потребами та інтересами⁶⁵.

За допомогою правової політики цивілізовано та гарантовано реалізуються всі інші види політики, не зважаючи на наступну аналогію: на соціальний розвиток, соціальну систему та соціальне життя покликана впливати соціальна політика; на економічний розвиток, економічну систему і економічне життя суспільства покликана впливати економічна політика; на правовий розвиток, правову систему і правову життя суспільства покликана цілеспрямовано впливати саме правова політика⁶⁶. Адже політика, як одна

⁶³ *Минькович-Слободяник О. В.* Види правової політики України. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 21.

⁶⁴ *Селіванов В.* Правова політика України (деякі теоретичні питання сутності, змісту та технології). *Право України*. 2001. № 12. С. 9.

⁶⁵ *Донченко О. І.* Категорії «право» і «політика» на шляху становлення демократичної держави. *Вісник Одеського національного університету. Правознавство*. 2008. Т. 13. Вип. 10. С. 16.

⁶⁶ *Затонский В. А., Малько А. В.* Правовая политика: основы теории и практики: учеб.-метод. комплекс. М.: Проспект, 2015. 352 с. URL: <https://dokumen.pub/9785392154494.html>

з найдинамічніших сфер суспільного життя, тісно взаємодіє з іншими видами діяльності, «відчуваючи» їх вплив і разом з тим детермінуючи їх функціонування та розвиток⁶⁷. Багато представників різних галузей науки стурбовані поширенням тенденції «політизації правових норм»⁶⁸. Дійсно, політика глибоко проникла у всі сфери суспільного життя і право не є виключенням.

Теоретико-правовий аналіз дозволяє стверджувати, що правова політика являє собою особливий політико-правовий феномен; вона виникає у сфері права, є видом державної політики та потребує впорядкування публічною владою. Пропонуємо ознаками правової політики вважати такі властивості:

– основою правової політики є право у різних його проявах (правові методи, примус, нормативно-правове регулювання та інше). На нашу думку, зазначена ознака повністю відповідає ідеологічній інтерпретації правової політики. Це пояснюється тим, що за допомогою правового регулювання відбувається не лише утвердження цінностей та пріоритетів держави, а й досягається їх забезпечення у суспільстві;

– реалізація правової політики передбачає публічність та офіційність, які, у свою чергу, зумовлюють невід'ємний зв'язок правової політики та політики державної. Зрештою, це і є проявом комплексності та багаторівневості, який корелюється з відповідним інтерпретаційним підходом щодо визначення сутності досліджуваного правового феномена;

– досягнення результатів від впровадження окремих напрямів правової політики відбувається шляхом регулювання суспільних відносин у державі (відносини між окремими індивідами, між

⁶⁷ Загурський О. Б. Правова політика як важлива складова державної політики України. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2. С. 35.

⁶⁸ Политология: курс лекц. Под ред. М. Н. Марченко. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Издательство ЗЕРЦАЛО, 1999. С. 414; Загурський О. Б. Правова політика як важлива складова державної політики України. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2. С. 36; Мохонько А. В. Ефективність дії правових та політичних норм. Держава і право: *Юридичні і політичні науки*: зб. наук. пр. 2011. Вип. 52. С. С. 53.

суспільними групами, між індивідами, суспільними групами та державою в особі відповідних владних інституцій). Насправді, ця ознака доволі яскраво характеризує діяльнісний аспект інтерпретації правової політики.

В сучасних умовах (на тлі євроінтеграційних процесів – подолання корупції, реформування й очищення влади та вдосконалення національної правової системи) позиціонування правових ідеалів держави є вкрай важливим. Тому знову на порядку денному – нагальне питання щодо Концепції правової політики України. Її проект був розроблений ще у 2003 р. Центром правової реформи і законопроектних робіт при Міністерстві юстиції України та за участю фахівців НДІ державного будівництва і місцевого самоврядування Академії правових наук України під науковим керівництвом О. В. Петришина⁶⁹. Безумовно, враховуючи сьогоденні реалії, ця Концепція потребує відповідного оновлення.

За Конституцією України Президент України «звертається з посланнями до народу та із щорічними і позачерговими посланнями до Верховної Ради України про внутрішнє і зовнішнє становище України» (п. 2 ч. 1 ст. 106).

Зазначені звернення глави держави фактично містять елементи правової політики. А у Посланні Президента України до Верховної Ради України 2012 р. був безпосередньо закріплений розділ «Політико-правовий розвиток України у загальноєвропейському просторі», який містив п. 5. «Ефективна правова політика як чинник здійснення реформ». Серед іншого, в ньому зазначалося: «... в Україні цілком очевидно є потреба у концептуалізації правової політики, що є однією з умов забезпечення її ефективності, тобто цілеспрямованої планомірної діяльності держави у сфері правового регулювання соціальних відносин. Сутність такої політики полягає у виробленні та практичній реалізації правових ідей та цілей стратегічного характеру. Правова політика має бути організуючим началом усього правового життя та правового розвитку суспільства,

⁶⁹ Железняк Н. А. Поняття державної правової політики та її загальна характеристика. *Наукові записки КНЕУ. Юридичні науки*. 2003. № 21. С. 13.

виступати однією з форм здійснення державної політики, засобом легітимації офіційного політичного курсу країни.

Найближчим часом необхідно розробити та прийняти Концепцію правової політики в Україні. Концепція має визначати: стратегічні, перспективні цілі правової політики (соціальна, політична і правова стабільність; економічний прогрес; безпека особи, суспільства й держави тощо); актуальні завдання правової політики (наукове обґрунтування стратегії правового розвитку на довгострокову перспективу; розроблення середньострокової та короткострокової програми розвитку окремих напрямів правового регулювання, об'єктивна оцінка доцільності та ефективності системи правових засобів і механізмів тощо); принципи правової політики (соціально-політична обумовленість, наукова обґрунтованість, пріоритетність прав та основних свобод людини і громадянина, гласність, легітимність, демократичний характер тощо); механізм формування та реалізації правової політики (суб'єкти, форми реалізації правової політики, чинники, що впливають на ефективність правової політики). Врешті-решт у Концепції необхідно визначити основні заходи, спрямовані на підвищення ефективності правової політики у таких сферах: правотворча діяльність, правореалізаційна практика, інформаційно-виховна, культурно-моральна. До розроблення Концепції слід залучити провідних правознавців, після чого організувати широке обговорення проекту документа»⁷⁰.

На жаль, зазначені плани не знайшли свого втілення у життя. Жодне наступне Послання Президента України до Верховної Ради України не містить положень про розвиток правової політики. Тому питання Концепції правової політики з відповідним розділом про цивільно-правову політику залишається актуальним і донині.

В аспекті аналізованої проблематики доречно привернути увагу до такого факту. 2 січня 2015 р. Президент України видав Указ, яким затвердив важливий документ програмного характеру – «Про

⁷⁰ Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2012 р.: Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України. К.: НІСД. 2012. С. 143.

Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»⁷¹. Аналіз Стратегії свідчить, що в цьому документі слова «правова політика» взагалі не згадуються. Термін «політика» вживається лише в контексті інших її видів: «реформа регіональної політики», «реформа державної політики у сфері науки та досліджень», «реформа державної політики у сфері культури» та «реформа державної політики у сфері спорту». Аналогічне спостереження фіксуємо і після ознайомлення з Програмою діяльності Кабінету Міністрів України від 11 грудня 2014 р.⁷². Це вкотре доводить сумний факт ігнорування важливості програмного і системного здійснення правових реформ у державі. Адже саме правова політика покликана забезпечити відповідний перебіг правових змін і стан правової стабільності у державі.

Також дивує той факт, що немає статті «Політика правова» чи «Правова політика» (так само як і відсутня стаття «Право») у праці «Політична енциклопедія» (2011 р.)⁷³.

На жаль, залишаються актуальними думки академіка В. Я. Тація, оприлюднені близько трьох десятиліть тому: «Реформи, які здійснюються зараз в нашій державі, не забезпечуються проведенням систематизованої та усвідомленої правової політики. Позначення окремих законодавчих пріоритетів, як наприклад приватизації, не підкріплюється спробами зв'язати розрізнені нормативні акти в програму, яка працює і послідовно здійснюється»⁷⁴.

У подальшому ми проаналізуємо такі основні форми реалізації цивільно-правової політики, як доктринальна (підрозділ 3.1), правотворча і правозастосовна (розділ 5 монографії).

⁷¹ Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ Президента України від 2 січня 2015 р. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/18688.html>

⁷² Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України: Постанова Верховної Ради України від 11 грудня 2014 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/26-19#Text>

⁷³ Політична енциклопедія. Редкол.: Ю. Левенець (голова), Ю. Шаповал (заст. голови) та ін. К.: Парламентське видавництво, 2011. 808 с.

⁷⁴ Тацій В. Я. Проблеми формування правової політики в Україні. Вибрані статті, виступи, інтерв'ю: [до 45-річчя наук.-пед. і громад. діяльності]. Харків: Право, 2010. С. 510–522.

Розділ 2

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ

2.1. Методологічний інструментарій дослідження проблеми цивільно-правової політики: пошуковий підхід

Наша праця загалом базується на апробованій методології пізнання правових явищ. При цьому значна увага приділена дослідженню проблем формування правових категорій і понять, що відображають відповідні явища соціально-правової реальності. Більшість із зазначеного формується вперше, оскільки проблема цивільно-правової політики України поки що нерозроблена в юридичній теорії.

За радянського часу методологічна проблематика відображена у монографічних працях Д. А. Керімова, А. В. Шабаліна, О. В. Васильєва, В. М. Сирих та інших, але їх зміст і форма зводились в основному до коментування розробок марксистської філософії. Серед вітчизняних правознавців нині цією проблематикою займаються, зокрема, І. В. Гетьман, О. П. Дзьобань, А. С. Довгерт, М. С. Кельман, М. І. Козюбра, А. М. Колодій, О. Л. Копиленко, Н. С. Кузнецова, О. Д. Крупчан, Р. А. Майданик, С. І. Максимов, Н. М. Онищенко, Н. М. Пархоменко, П. М. Рабінович, І. В. Спасибо-Фатєєва, Р. О. Стефанчук, О. Д. Тихоміров, Є. О. Харитонов, В. Л. Яроцький. При цьому методологічна увага в дослідженнях вже помітно зміщується у сферу ціннісно-світоглядних аспектів правознавства⁷⁵.

⁷⁵ Кельман М. С. Переосмислення методології сучасного правознавства. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Юридичні науки. 20016. № 837. С. 258–264. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2016_837_44

Для висвітлення методологічних проблем дослідження необхідно передусім визначитися із тріадою понять методологія→метод→методика та з'ясувати їх кореляцію. Як свідчить аналіз доктринальних джерел, вони, з одного боку, перебувають в ієрархічному зв'язку, з іншого – можуть існувати доволі автономно.

Методологія – це ключовий інструмент у процесі збагачення та розвитку спеціалізованого знання. Зростання ролі методології є визначальною ознакою сучасної науки. Л. А. Мікешина виокремлює низку істотних причин, що зумовили цю особливість науки: складність структури емпіричного і теоретичного знання, способів його обґрунтування й перевірки; тісне переплетіння характеристики властивостей матеріальних об'єктів з абстракціями, що штучно вводяться, ідеальними моделями, знаковими об'єктами; поєднання результатів предметно-інструментального експерименту з висновками і наслідками «мисленневого експерименту»⁷⁶.

Свого часу Рене Декарт сформулював такі прості і вічні істини, які варто враховувати під час здійснення будь-яких наукових досліджень. По-перше, ніколи не приймати за істинне нічого, що особа не визнала б таке з очевидністю – тобто ретельно уникати поспішності й упередженості та включати у свої судження лише те, що уявляється розумові настільки ясно і виразно, що не дає жодного приводу для сумніву. По-друге, ділити кожне з розглядуваних труднощів на стільки частин, скільки можливо і потрібно для кращого їх розв'язання. По-третє, розташовувати свої думки у певній послідовності, починаючи з предметів найпростіших і найлегше пізнаваних, і рухатися поволі, мов сходинками, до пізнання найскладніших, припускаючи існування порядку навіть серед тих, які природно не передують одне одному. І останнє – робити скрізь переліки настільки повними й огляди настільки всеохопними, щоб бути впевненим, що ніщо не пропущено⁷⁷.

⁷⁶ *Микешина Л. А.* Философия науки: Современная эпистемология. Научное знание в динамике культуры. Методология научного исследования: учеб. пособ. М.: Прогресс-Традиция: МПСИ: Флинта, 2005. С. 225.

⁷⁷ *Декарт Р.* Рассуждение о методе, чтобы верно направлять свой разум и отыскивать истину в науках. Сочинения: В 2 т. Т. 1. М.: Мысль, 1989. С. 250–296. URL: <http://grachev62.narod.ru/decart/content.htm> С. 260. Також див.: URL: <https://gtmarket.ru/library/basis/3698>

Серед науковців донині не існує єдиного підходу до визначення поняття «методологія». У філософській літературі поняття «методологія» (грецьк. – *μεθοδολογία*, тобто вчення про метод; від грецьк. *μέθοδος* – шлях дослідження чи пізнання; *λόγος* – вчення, наука) визначається як: 1) сукупність підходів, способів, методів, прийомів та процедур, що застосовуються в процесі наукового пізнання та практичної діяльності для досягнення наперед визначеної мети; 2) галузь теоретичних знань і уявлень про сутність і форми, закони, порядок та умови застосування підходів, способів, методів, прийомів та процедур в процесі наукового пізнання та практичної діяльності⁷⁸.

У правознавстві методологія юридичної науки визначається як система підходів, методів і способів наукового дослідження, теоретичні засади їх використання при вивченні державно-правових явищ. Її основу становлять передусім:

філософсько-світоглядні підходи (матеріалістичний чи ідеалістичний, діалектичний чи метафізичний, визнання чи заперечення об'єктивних соціальних, у т. ч. державно-правових, закономірностей та можливості їх пізнання, здобуття істинних знань про них);

загальнонаукові методи, тобто такі, які використовуються в усіх або у більшості наук (зокрема: методи структурний, функціональний, сходження від абстрактного до конкретного; формально-логічні процедури – наприклад, аналіз, синтез і т. ін.);

групові методи, тобто такі, що застосовуються лише у певній групі наук, наприклад, тільки у суспільствознавстві (зокрема, метод конкретно-соціологічного дослідження);

спеціальні методи, тобто прийнятні для дослідження предмета якоїсь однієї науки: наприклад, в юриспруденції – тлумачення юридичних норм, спеціальні прийоми узагальнення юридичної практики⁷⁹.

⁷⁸ *Йолон П.* Методологія. Філософський енциклопедичний словник / НАН України. Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди; голов. ред. В. І. Шинкарук. Київ: Абрис, 2002. С. 374.

⁷⁹ *Рабінович П. М.* Методологія юридичної науки. Юридична енциклопедія: В 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К.: «Укр. енцикл.», 1998. Т. 3. К–М. 2001. С. 618–619.

Відповідно до харківської наукової школи теоретиків права у методології правової науки виокремлюються:

загальні (філософські) підходи до дослідження держави і права – матеріалістичний, діалектичний, метафізичний, феноменологічний, герменевтичний, синергетичний, антропологічний, комунікативний;

загальнонаукові методи пізнання – логічний, історичний (хронологічний), системний;

спеціальні методи правознавства – статистичний, конкретно-соціологічний, психологічний, кібернетичний, моделювання, соціального експерименту;

власні методи правознавства – формально-юридичний (юрідико-технічний, формально-догматичний) та порівняльний⁸⁰.

М. С. Кельман визначає поняття методології сучасної юридичної науки як вчення про структуру, логічну організацію, принципи, методи, засоби і форми діяльності дослідника в процесі пізнання ним державно-правових явищ⁸¹.

Наразі є актуальним запровадження в методології приватного права переходу від абсолютизації принципу «монізму» до визнання принципу «плюралізму» з метою адекватного пізнання і перетворення сучасної правової дійсності, від однобічних поглядів та оцінок правових явищ до порівняльного аналізу результатів, одержаних за різними методиками⁸².

Грунтовне наукове дослідження можливе лише завдяки використанню усього доступного арсеналу різноманітних методів наукового пізнання. Історії відомі періоди домінування і насаджування монометодологічного підходу. Це стосується періоду радянської доби, коли упродовж 70-ти років насаджувалася методологія

⁸⁰ Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2014. С. 34–41.

⁸¹ Кельман М. С. Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрями розвитку. автореф. дис... докт. юрид. наук. К., 2013. С. 9.

⁸² Крупчан О. Д. Методологічні виміри сучасного вітчизняного приватного права. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2016_16_3 С. 34.

діалектичного матеріалізму. Такий підхід себе не виправдав. Аналізуючи цей період, М. В. Костицький дійшов цікавого висновку про те, що незважаючи на ґрунтовні роботи того часу, опубліковані визначними вченими (як наприклад: С. С. Алексєєв, А. М. Васильєв, В. П. Казимирчук, Д. А. Керімов, М. І. Козюбра, В. В. Копейчиков, Радомир Лукач, О. Є. Маноха, В. С. Нарсєсянц, П. О. Недбайло, П. М. Рабінович, І. С. Самощенко, В. М. Сирих, І. П. Суслов), проблеми методології юриспруденції не були розв'язані. Хоча згодом вчений правильно зазначив, що ці проблеми не могли бути розв'язаними в принципі⁸³. Насправді, методологія розвивається і змінюється разом із потребами теорії права і практики його застосування, а тому її дослідження завжди будуть актуальними.

Однією з ключових проблем методології пізнання є правильне розуміння функціонального призначення кожного елемента методології. Ю. О. Баранова слушно зазначає, що у той час, коли термінологічні розбіжності не справляють суттєвого впливу на якість дослідження, неправильне розуміння змісту окремого структурного компоненту методології може мати фатальні наслідки, – серед яких спотворене сприйняття правової реальності⁸⁴.

В окремих працях зустрічаються і радикальні погляди, якими заперечується необхідність і важливість дослідження проблем методології взагалі. На підтвердження такої позиції наводяться сумнівні аргументи про те, що «... таких вимог до наукових праць немає в інших країнах Європи (не рахуючи, звичайно, колишніх радянських республік), немає їх і в США, Канаді тощо. Отже, залишається сподіватись, що і в нас знайдуться вчені-реформатори, які відповідним чином трансформують умови приналежності до сучасного наукового співтовариства, і акцент робитиметься не на формальних вимогах, які не мають ані практичного, ані теоретичного

⁸³ Костицький М. В. Деякі питання методології юридичної науки. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 3–11.

⁸⁴ Баранова Ю. О. Методологічні правила порівняльно-правових досліджень: дис... канд. юрид. наук. Одеса, 2015. С. 15.

сенсу, а на змісті та новизні наукової роботи в умовах «процвітання» плагіату – особливо завдяки розвитку технологій, що дозволяють швидко знайти і скопіювати будь-яку інформацію»⁸⁵.

Звісно, якщо формально підходити до вирішення будь-якого питання, про якість не варто і мріяти. Встановлення МОН України вимоги щодо необхідності існування самостійного підрозділу у дисертаційних працях якраз і спонукає вчених до відповідальних наукових пошуків (зокрема і в царині права) за допомогою правильно обраного методологічного арсеналу. А взагалі автор вводить читача в оману, коли пише, що нібито за кордоном немає вимог стосовно опису методології, яка використовується у конкретному науковому дослідженні. Насправді такі вимоги висувуються і їх дотримання є обов'язковим⁸⁶. Тому ми не поділяємо наведену позицію щодо недоречності методологічних досліджень.

У правовій доктрині існує також підхід з іншою крайністю. Так, Р. Б. Шишка переконаний, що з метою уникнення фрагментарного, поверхневого висвітлення проблем методології в дисертаціях слід встановити імператив для дослідників: «на початку кожного підрозділу чітко встановлювати дослідницьке завдання та методи

⁸⁵ Кушакова-Костицька Н. В. Методологічні проблеми сучасних правових досліджень: об'єктивна необхідність чи суб'єктивна формальність? *Філософські та методологічні проблеми права*. 2013. № 1–2. С. 30.

⁸⁶ Див., наприклад: Author guidelines for Scopus journals (common rules). URL: <https://ores.su/en/authors/author-guidelines-scopus-journals-common-rules/>; Vibhute K., Aynalem F. *Legal Research Methods* // Justice and Legal System Research Institute. 2009. 252 p. URL: <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/legal-research-methods.pdf>; Michael McConville, Wing Hong Chui *Research Methods for Law*. Edinburgh University Press, 2007. 239 p.; Michael McConville, Wing Hong Chui *Research Methods for Law (Research Methods for the Arts and Humanities)*. Edinburgh University Press. 2017; Dawn Watkins, Mandy Burton. *Research Methods in Law*. 2nd Edition. Published July 24, 2017 by Routledge. 248 p.; Tom R. Tyler *Methodology in Legal Research*. URL: https://www.researchgate.net/publication/322053100_Methodology_in_Legal_Research

його вирішення»⁸⁷. Вважаємо, що такий надмірний формалізм стане на заваді науковій самостійності.

Аналізуючи сучасні виклики та можливості методології правових досліджень, нідерландські вчені наголошують на універсальності сучасного вченого-правника і його вмінні реагувати на швидкі зміни у суспільстві, політиці, праві, економіці тощо. Водночас автори до недоліків сучасних юридичних досліджень відносять те, що спеціалісти обмежуються традиційними уявленнями та усталеними підходами у цій сфері, в них часто ігноруються методологічні проблеми. Як наслідок, відкритим залишається питання щодо методологічного розвитку таких юридичних пошуків, їх системності і послідовності і, що найважливіше, видається сумнівною їх наукова обґрунтованість⁸⁸.

Варто погодитись із думкою О. Д. Крупчана, що приватноправові дослідження займають чільне місце в системі наукових пошуків у сфері юриспруденції⁸⁹. Нові економічні виклики генерують потреби в поглибленні приватноправового регулювання суспільних відносин. У цьому зв'язку слід особливо відзначити такі колективні монографічні праці, як: «Цивільно-правові науки. Приватне право»⁹⁰ і «Доктрина приватного права України»⁹¹ – у 5-томних виданнях «Правова система України: історія, стан та перспективи» та «Правова доктрина України» відповідно.

⁸⁷ Шишка Р. Б. Методологія досліджень за спеціальністю 12.00.03. *Часопис Київського університету права*. 2016 № 4. С. 150–152. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2016_4_36 С. 15.

⁸⁸ Philip Langbroek, Kees van den Bos, Marc Simon Thomas, Michael Milo, Wibo van Rossum. *Methodology of Legal Research: Challenges and Opportunities*. The Utrecht Law Review. Volume 13, Issue 3, 2017. URL: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.411/>

⁸⁹ Крупчан О. Д. Методологічні виміри сучасного вітчизняного приватного права. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2016_16_3

⁹⁰ Правова система України: історія, стан та перспективи. В 5-ти томах. Х.: Право, 2008. Том 3. Цивільно-правові науки. Приватне право. За заг. ред. Н. С. Кузнецової. 640 с.

⁹¹ Правова доктрина України: у 5-и т. Х.: Право, 2013. Т. 3: Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майда-ник та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 760 с.

Н. С. Кузнецова раціонально зазначає, що методологія цивільного права – це його фундамент, те, на чому формується і тримається все приватне право⁹². Загалом слушною видається думка про те, що галузеві науки не створюють власної методології, а здійснюють дослідження за допомогою загальнонаукових (філософських) методів та з урахуванням особливостей об'єкта дослідження відповідної науки⁹³. Однак це положення потребує уточнення, оскільки окрім загальнонаукових (філософських) методів дослідження, існують і спеціальні методи пізнання.

Водночас у доктрині цивільного права науковцями, на жаль, недостатньо приділяється уваги до проблем її методології. В дисертаціях та інших монографічних дослідженнях цей напрям або взагалі ігнорується, або ж висвітлюється фрагментарно і схематично, без врахування сучасних підходів.

Нами враховувалися такі загальні принципи методології дослідження, як об'єктивність, всебічність, єдність історичного та логічного, системність, детермінізм, діалектичний розвиток; достовірність та єдність теорії і практики⁹⁴. Останній із принципів справедливо посідає особливе місце серед інших принципів, оскільки і науковцями, і практиками має неодмінно усвідомлюватись важливість взаємозв'язку цих двох явищ.

У праці значна увага приділена аналізу основних положень методології цивільно-правової політики власне як доктрини. Враховуючи існуючі визначення поняття методології галузевих

⁹² Кузнецова Н. С. Предмет і система сучасного цивільного права України. Право України. 2017. № 5. С. 27.

⁹³ Див., наприклад: Дзьобань О. П., Яроцький В. Л. Догматичний напрям методології формування сучасної національної доктрини приватного права. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/16730/1/Dzeban_Jarotckiy_42-57.pdf; Петришин О. В., Борисов В. І. Передмова. Панов М. І. Проблеми методології науки кримінального права: вибр. наук. пр. М. І. Панов; уклад.: Г. М. Анасімов, В. В. Гільцова; передм. О. В. Петришина, В. І. Борисова. Харків: Право, 2018. С. 9.

⁹⁴ Бермус А. Г. Введение в гуманитарную методологию: монография. Москва: «Канон+» РООИ «Реабилитация», 2007. С. 97.

наук⁹⁵, сформуємо його дефініцію відповідно до предмета нашого дослідження.

Під методологією цивільно-правової політики як доктрини слід розуміти систему знань (*наявних і тих, що формуються*): а) що складається з ідей, теорій, вчень, концепцій про цивільно-правову політику, юридичні конструкції та інститути, про становлення цивільно-правової політики, її соціальну обумовленість; б) що використовуються для розробки фундаментальних наукових досліджень, результатом яких є, зокрема, *гіпотези, теорії, нові методи пізнання, виявлення закономірностей розвитку суспільства* в аспекті пізнання і вдосконалення стратегії і тактики діяльності держави у приватноправовій сфері; в) як результатів теоретичного осмислення, спрямованих на вдосконалення цивільного законодавства і практики його застосування.

Пізнання предмета дослідження нами здійснено із дотриманням критеріїв науковості юридичного знання: теоретичності, об'єктивності, несуперечності, раціональності, обґрунтованості, емпіричного підтвердження, рефлексивного контролю⁹⁶. Адаптувавши окремі положення фахівців з кримінального права⁹⁷ до власного дослідження, вважаємо, що дослідження проблем цивільно-правової політики має бути здійснено за такою структурою: 1) постановка теоретичної та/або прикладної проблеми → 2) визначення мети розв'язання проблеми → 3) вибір методів розв'язання проблеми → 4) розробка

⁹⁵ Див., наприклад: *Петришин О. В., Борисов В. І.* Передмова. Панов М. І. Проблеми методології науки кримінального права: вибр. наук. пр. М. І. Панов; уклад.: Г. М. Анасімов, В. В. Гільцова; передм. О. В. Петришина, В. І. Борисова. Харків: Право, 2018. С. 8.

⁹⁶ *Губанов Н. И., Губанов Н. Н., Волков А. Э.* Истина и ее критерии. *Вестник Тюменского государственного университета.* 2014. № 10. Философия. С. 84–92; *Тюменева Н. В.* Критерии научности юридического знания и практика их применения. *Изв. Саратов. ун-та.* Нов. сер. Сер. Экономика. Управление. Право. 2018. Т. 18. Вып. 3. С. 343–348.

⁹⁷ *Кошелева А. Ю.* Открытия и конструкции в науке уголовного права. *Ученые записки.* Электронный научный журнал Курского государственного университета. 2011. № 18. С. 160–168.

та обґрунтування наукових гіпотез і нових методів пізнання → 5) методологічно виважене розв'язання проблеми → 6) співвідношення результатів дослідження з його метою → 7) перевірка достовірності одержаних результатів → 8) перевірка співвідношення результату до заявленої проблеми → 9) висновки про розв'язання поставленої проблеми. Власне такий підхід і реалізовано у нашій праці.

Метод (грец. μέθοδος – «шлях крізь»); шлях до чогось, прослідковування, дослідження) слід розуміти як сукупність прийомів і операцій, з допомогою яких здійснюється пізнання. Метод – це інструмент; методи регулюють виробництво нового знання, іншими словами – процес дослідження⁹⁸.

Свого часу ректор Університету Св. Володимира М. К. Ренненкамф писав: «Методи не дають самі собою знань; виробнича сила знання за будь-яких обставин належить праці та особистим здібностям. Методи – це лише шляхи та прийоми, які має застосовувати думка, відшуковуючи істину, але правильне застосування та дія цих знарядь надзвичайно важливі: вони запобігають даремній втраті сил і помилкам, скеровують до пошуку істини і напрацьовують наукову достовірність»⁹⁹.

Видатний вчений-фізіолог І. П. Павлов у «Лекціях з фізіології» так оцінював значення наукового методу (мовою оригіналу): «... метод – самая первая, основная вещь. От метода, от способа действия зависит вся серьезность исследования. Все дело в хорошем методе. При хорошем методе и не очень талантливый человек может сделать много. А при плохом методе и гениальный человек будет работать впустую и не получит ценных, точных данных». І далі: «Метод держит в руках судьбу исследования»¹⁰⁰.

⁹⁸ Луман Никлас. Истина. Знание. Наука как система. Перевод с немецкого и предисловие А. Ю. Антоновского. М., 2016. С. 336.

⁹⁹ Ренненкамф Н. К. Юридическая энциклопедия. Київ, 1889. С. 246

¹⁰⁰ Павлов И. П. Полное собрание сочинений в 6 томах. Изд. второе. дополи. Т. 5. Москва – Ленинград: Изд. Академии наук СССР, 1952. С. 26, 28.

До методів правового дослідження сучасна методологічна наука висуває такі основні вимоги: об'єктивність, відповідність методу об'єкта дослідження й рівню наукового пізнання; зрозумілість та загальнодоступність; детермінованість та відсутність стихійності і свавілля у застосуванні; здатність забезпечувати досягнення мети; здатність забезпечувати не тільки заплановані, але й не менш значущі, побічні результати; надійність (здатність з високим ступенем достовірності забезпечувати бажаний результат); економічність (здатність давати результат з найменшими витратами коштів і часу)¹⁰¹.

Важливо з'ясувати, як необхідно розуміти поняття «метод» і «підхід» у методології правової науки. Нерідко ці поняття ототожнюються – вживаються як синонімічні або принаймні взаємозамінювані. Наприклад, в одних джерелах помічаємо сполуку слів «аксіологічний метод», «системний метод», а в інших – «аксіологічний підхід», «системний підхід». Інколи їх розмежовують, але не пояснюють очевидну відмінність¹⁰².

М. С. Кельман стверджує, що спеціальних досліджень, присвячених як категоризації підходу, так і його методологічним характеристикам, в юридичній літературі не існує. Згадування про «певний підхід може контекстуально означати й розгляд питання з певної точки зору, і оцінку з певних позицій, і аналіз із залученням категорій та понять певної науки або метанаукової сфери, і претензію на застосування певного наукового методу і просто залучення деяких неюридичних понять»¹⁰³.

Ці слушні міркування можна доповнити ще й тим, що у наявних спробах окремих авторів проілюструвати відмітні риси пізнавального

¹⁰¹ Данильян О. Г. Методи правового дослідження. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Т. 2: Філософія права; редкол. С. І. Максимов (голова) та ін. Х.: Право, 2017. С. 456.

¹⁰² Див., зокрема: Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2014. С. 32–41.

¹⁰³ Кельман М. С. Співвідношення методу і методологічного підходу у правовій науці. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». 2016. № 850. С. 208.

підходу від методу пізнання легко виявляються доволі суперечливі думки¹⁰⁴. Також необхідно зазначити, що, на відміну від юристів, проблематика методологічних підходів активно досліджується соціологами¹⁰⁵.

За тлумачним словником, метод, в аспекті нашого інтересу, – це спосіб пізнання явищ природи та суспільного життя; прийом або система прийомів, що застосовується в якій-небудь галузі діяльності (науці, виробництві тощо)¹⁰⁶.

Слово «підхід», зокрема, означає – сукупність способів, прийомів розгляду чого-небудь, впливу на кого-, що-небудь, ставлення до кого-, чого-небудь; виявляти своє ставлення до чого-небудь, оцінюючи¹⁰⁷.

Отже, насправді, аналізовані поняття – досить близькі за змістом. Але все-таки вони не є тотожними, їх треба розрізняти. З цього приводу нам імпонує бачення В. А. Козлова. Розрізняючи поняття «метод» і «підхід» як засоби пізнання, він підкреслює, що для визначення першого «найчастіше зазначають такі його характеристики, як послідовність і доцільність застосовуваних дій, прийомів, операцій, системність і нормативний характер використовуваних процедур»; через поняття «підхід», наголошує автор, «визначаємо основний шлях, стратегію вирішення поставленого завдання»¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Відповідну критику див., наприклад: *Бойченко І. В.* Підхід і метод: схожість і відмінність. URL: <https://westudents.com.ua/glavy/95724-6332-pdhd-metod-shojst-vdmmnst.html>; URL: <https://westudents.com.ua/knigi/630-flosofya-stor-boychenko-v.html>

¹⁰⁵ Див. зокрема: *Харченко О. І.* Порівняльна характеристика методологічних підходів у соціологічних дослідженнях. URL: https://sociology.knu.ua/sites/default/files/library/elopen/actprob13_103.pdf

¹⁰⁶ Метод. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. Том 4. 1973. С. 692.

¹⁰⁷ Підхід. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. Том 6. 1975. С. 521.

¹⁰⁸ *Козлов В. А.* Проблемы предмета и методологии общей теории права. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та. 1989. С. 87–88. 120 с.

Отже, нами встановлено, що в загальній теорії права питання щодо чіткого розмежування понять «метод» і «підхід» не розроблене і воно належить до проблемних.

Поняття «методика» також тлумачиться не завжди однозначно, у відповідних джерелах його часто визначають приблизно так само, як і «метод», наприклад: «сукупність взаємозв'язаних способів та прийомів доцільного проведення будь-якої роботи»¹⁰⁹. Нам імпонує інше розуміння поняття методики – як технології наукового пізнання, що здійснюється за допомогою відповідних методів; вона виражає певну послідовність розв'язання конкретного наукового і практичного завдання, а також сукупність і порядок застосування належних методів¹¹⁰.

Загальноновизнана система методів наукового пізнання (загальнонаукові та спеціальнонаукові, теоретичні та емпіричні тощо) у сучасній сфері цивілістичних досліджень успішно апробована. Водночас, як правильно зазначають О. П. Дзьобань і В. Л. Яроцький, «алгоритм підбору необхідного в кожному конкретному випадку методологічного інструментарію практично не розроблений. Залишається малодослідженим питання щодо можливості застосування єдиної, стандартної сукупності методів пізнання явищ цивільно-правової реальності, незалежно від специфіки об'єкта дослідження. Зокрема, виникає питання щодо того, в якій мірі впливає переважно теоретичний чи, навпаки, прикладний характер поставленої наукової проблеми чи обраної науковцем проблематики на коло і особливості необхідного набору методів, що підлягають застосуванню в даному дослідженні»¹¹¹.

¹⁰⁹ Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970– 1980. Том 4. 1973. С. 692.

¹¹⁰ *Майданик Р. А.* Цивільне право: Загальна частина. Т. I. Вступ у цивільне право. К.: Алерта, 2012. 472 с. URL: <https://westudents.com.ua/glavy/72071-ponyattya-zmst-metodolog-tsvivlstiki.html>

¹¹¹ *Дзьобань О. П., Яроцький В. Л.* Догматичний напрямок методології формування сучасної національної доктрини приватного права. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/16730/1/Dzaban_Jarotckiy_42-57.pdf

Насправді, у цьому питанні науковець зазвичай, з одного боку, максимально незалежний і необмежений жодними рамками під час проведення свого дослідження. З іншого – він не має навіть приблизного орієнтиру, як і коли послуговуватися методологічним арсеналом. У той самий час наявність певної методики щодо алгоритму обрання та подальшого застосування відповідних методів сприяло б, на нашу думку, релевантному їх використанню. Йдеться про те, що дослідник має оволодіти методологічними знаннями ще на початку свого дослідження і застосовувати їх цілеспрямовано у процесі розв'язання конкретних наукових проблем. Не випадково положення про методологію дисертації, відповідно до вимог, мають бути відображені у перших її розділах.

Доцільно підтримати думку О. П. Дзьобаня і В. Л. Яроцького про те, що «забезпечення подальшого розвитку національної доктрини приватного права актуалізує не тільки вибір нагальної та малодослідженої проблематики, але і правильний вибір необхідного та достатнього методологічного інструментарію та міцної гносеологічної платформи, на яких базується дослідження»¹¹².

Вибір методів цивілістичного дослідження визначається насамперед метою і завданнями, які стоять перед ним, рівнем пізнавальних можливостей цивільного права України, а також інших суспільних і гуманітарних наук, станом розвитку загальної теорії права. Позитивно сприймаємо позицію про те, що «головною методологічною проблемою завжди залишатиметься правильність обрання конкретного методу дослідження, що, безперечно, впливатиме на істинність наукового результату. Нині вчені не мають обмежень у виборі наукових методів, що забезпечує реалізацію їх основного права – обирати види, напрями і засоби наукової і науково-технічної діяльності відповідно до власних інтересів, творчих можливостей та загальнолюдських цінностей»¹¹³.

Вивчення цивільного права можливе в історичному, догматичному, соціологічному та критичному аспектах. Водночас змістом будь-

¹¹² Там само.

¹¹³ *Крупчан О. Д.* Методологічні виміри сучасного вітчизняного приватного права. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2016_16_3

якої цивілістичної роботи є критика, що з'ясовує недоліки чинного законодавства і напрацьовує пропозиції щодо їх оновлення. Вчені мають досліджувати суспільні потреби і їх наступне законодавче врегулювання. Якщо законодавцю не вдалося повною мірою втілити зазначені суспільні потреби, дослідники мають розробити чіткі рекомендації щодо подальшого вдосконалення чинного цивільно-правового законодавства¹¹⁴.

Основними науковими методами дослідження цивільно-правової політики слід визнати: діалектичний, системний (системно-структурний), історико-правовий, порівняльно-правовий (компаративістський), герменевтичний, догматичний (формально-юридичний).

У сучасній правовій науці, зокрема, у цивільно-правовій, використовується передусім традиційна методологія. Так, у всіх підрозділах нашої праці під час аналізу теоретичних і прикладних проблем активно застосовується **діалектичний метод**¹¹⁵.

Основи діалектики заклав давньогрецький філософ Геракліт (540–480 рр. до н. е.). У подальшому цю справу продовжив Сократ, а згодом – його учень Платон. Також зробили значний внесок у розвиток вчення про діалектику Рене де Карт, Барух Спіноза, Готфрід Вільгельм Лейбніц. Однак найбільшого піднесення діалектика набула у філософській системі Г. В. Ф. Гегеля. Він розумів діалектику як метод віднайдення та розв'язання суперечностей, які містяться в поняттях; цей метод базується на раціональному пізнанні предмета в єдності його протилежностей та розвитку; розкриває істинну суть

¹¹⁴ Щенникова Л. В. Некоторые особенности цивилистического исследования. выявленные классиками дореволюционной цивилистики. Метод С. А. Муромцева. *Методологические проблемы цивилистических исследований*: сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 3. 2018. Отв. ред. А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. М.: Статут, 2018. С. 374.

¹¹⁵ Ющик А. И. Диалектика права. К.: Ред. Журн. «Право Украины»; *Ин Юре*, 2013 Кн. 1: Общее учение о праве (Критический анализ общеправовых понятий). Ч. I. 2013. 456 с.; Ющик А. И. Диалектика права. К.: Ред. Журн. «Право Украины»; *Ин Юре*, 2013 Кн. 1: Общее учение о праве (Критический анализ общеправовых понятий). Ч. II. 2013. 768 с.

предметів і явищ, показуючи односторонність розумового пізнання¹¹⁶. Побуває думка, що у Г. В. Ф. Гегеля діалектика перестає бути лише методом, а стає методологією пізнання¹¹⁷. Це досить цікавий підхід і він заслуговує позитивного сприйняття, адже визначає динамічність, розвиток і взаємозв'язок категорій методологія-метод-методика, а не статику та ієрархію, як це традиційно сприймалося вченими. Діалектичний метод реалізується через закони та принципи діалектичної логіки: закон переходу кількісних змін у якісні, закон єдності та боротьби протилежностей, закон заперечення заперечення. Також за його допомогою є можливим сходження від абстрактного до конкретного і від конкретного до абстрактного, аналізу і синтезу, узагальнень і абстрагування, аналогій, індукції та дедукції тощо.

Так, завдяки використанню діалектичного методу категорія «цивільно-правова політика» досліджувалася нами крізь призму не лише приватного, а й публічного права. Як правильно зазначає Р. Б. Сивий, ці системи права в сукупності становлять діалектичну єдність¹¹⁸.

Завдяки **системно-структурному методу** проблема цивільно-правової політики розглянута у цілому та крізь призму її окремих компонентів, а також визначено зв'язки між цими складовими. Цей метод заслужено вважається одним із найефективніших серед загальнонаукових методів. Використовується у законотворенні, правозастосуванні, теорії конструювання, пізнанні і застосуванні багатьох системних цивільно-правових інститутів – таких, як принципи цивільного права, особисті немайнові права, право

¹¹⁶ Гегель Г. В. Ф. Наука логіки. В 3-х томах. Т. 1. М., «Мисль», 1970. 501 с.

¹¹⁷ Костицький М. В. Деякі питання методології юридичної науки. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 5. URL: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/3056/1/2013_1_kostytskyi.pdf

¹¹⁸ Сивий Р. Б. Приватне право в системі права України: поняття, критерії виокремлення, структура: дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львівський національний ун-т імені Івана Франка. Л., 2006. 231 с. URL: <http://www.disslib.org/privatne-pravo-v-systemi-prava-ukrayiny-ponjattja-kryteri-i-vyokremlennja-struktura.html>

власності та інші речові права, правочин, цивільне правопорушення, зобов'язання, делікт тощо.

У підрозділі 4.2 «Аксіологічне поєднання конституційно-правової і цивільно-правової політики (через пізнання ідеалу верховенства права)» за допомогою цього методу проаналізовано співвідношення зазначених видів правової політики, йдучи від загального до конкретного, від цілого до його частин. Зокрема, феномен верховенства права, що досліджений у підрозділі 2.2, розглянуто як метод наукового пізнання через застосування наявної методики – «Rule of Law Checklist». У такий спосіб певною мірою проілюстровано стан дотримання верховенства права в Україні і одночасно – здійснена верифікація висунутої нами наукової гіпотези.

За допомогою **історико-правового методу** простежено процес наукового зародження цивільно-правової політики, формування її теоретичних засад у працях Є. В. Васьковського, С. А. Муромцева, Л. Й. Петражицького, Г. Ф. Шершеневича (підрозділ 3.1). Особлива увага зосереджена на роботі Л. Й. Петражицького «Предисловие и введение в науку политики права»¹¹⁹. Проілюстровані негативні наслідки відсутності досліджень цивільно-правової політики за радянської доби, коли на ґрунті диктатури пролетаріату приватні інтереси значно поступалися інтересам держави, а нерідко повністю поглиналися нею. Відтак значною мірою зазначена доктринальна прогалина була віддзеркалена в українських цивілістичних кодексах. І дотепер приватноправові галузі потерпають від згубної комуністичної ідеології, що відображена у чинних кодексах – Житловому кодексі УРСР 1983 р. та Кодексі законів про працю України 1971 р.

Однак все це не означає, що зовсім була відсутня хоча б якась цивільно-правова політика. Якраз навпаки, вона існувала, але здебільшого мала спотворений вигляд. З огляду на реальний зміст, справжнє призначення цивільного права і цивільно-правової політики, то

¹¹⁹ *Петражицкий Л. Й.* Предисловие и введение в науку политики права. Петражицкий Л. Й. Вибрані праці: У 2 кн. К: Либідь. 2011. (Пам'ятки правничої думки Київського університету). Кн. 1. Уклад. І. С. Гриценко, В. А. Короткий; за ред. І. С. Гриценка. С. 1–84.

була псевдополітика. Вона не відображала (і не могла виконати таке завдання) ані ролі публічних інтересів, що є притаманним цивілізованій і правовій державі, ані фундаментального значення рушійної сили приватних інтересів у розвитку людиноцентристських суспільних відносин. Досвід багатьох зарубіжних країн переконливо свідчить про те, що лише гармонійне поєднання публічного та приватного слугує процвітанню нації.

Маємо зробити висновок, що радянський правовий режим, з його так званою «соціалістичною законністю», негативно вплинув і на приватне право, і на цивільно-правову систему у цілому. Не в останню чергу – через відсутність наукових розробок цивільно-правової політики.

Активну роль у дослідженні відіграє **герменевтичний метод**; він зорієнтований на розробку засобів розуміння і тлумачення різноманітних значень та положень, які містяться в текстах, у знаках і символах, в оцінках і судженнях про існуюче й обов'язкове. Розробку герменевтики як напряму філософії пов'язують з роботами Ф. Шлейєрмахера, який описав мистецтво розуміння, а не лише тлумачення тексту, і назвав його герменевтикою. За Ф. Шлейєрмахером, наукова герменевтика повинна бути мистецтвом розуміння чужої мови і правильного повідомлення іншим думок інтерпретатора про її зміст¹²⁰.

А. А. Музика слушно зазначає, що «процес розуміння найчастіше описується як рух по герменевтичному колу. Такий рух – від цілого до частини і навпаки виглядає як процес розуміння змісту тексту. *Розуміння і тлумачення* необхідно сприймати як різні *сходинки* герменевтичного процесу. Маємо переконання в тому, що герменевтика – динамічне, а не статичне явище. І тому вона не є сукупністю елементів, а процесом, у межах якого – відповідні операції, процедури»¹²¹.

¹²⁰ Шлеймакер Фридрих. Герменевтика. Пер. с немец. А. Л. Вольского. СПб.: Европейский дом, 2004. 242 с.

¹²¹ Музика А. А. З приводу дослідження проблеми кримінально-правової герменевтики. *Наука і правоохорона*. № 2 (23), 2016. С. 269.

Творче розуміння відповідних правових явищ передбачає внесення суб'єктом у раціональні моделі досліджуваного предмета своїх власних, винятково індивідуальних рис і акцентів. Ці проблеми мають особливу значимість у сфері юридичної герменевтики, де сталі поняття закону передбачають, що він використовується чітко в межах текстуально вираженої волі законодавця, незважаючи на різноманітність конкретних життєвих ситуацій, через які буквальне використання зафіксованих юридичних приписів не завжди можливе¹²².

Герменевтичний аналіз є методом дослідження, під час якого емпіричний матеріал збирається й фіксується. Від належності засобів фіксації матеріалу залежить правильність виявлення його сенсу з позицій герменевтики. Зауважимо, що основний творчий науковий потенціал цивільно-правового дослідження значною мірою залежить від правильності застосування прийомів герменевтики, в межах яких відбувається початкове осмислення текстів, отриманих на першому етапі донаукового дослідження (спостереження, збору емпіричного матеріалу тощо). Висновки, одержані у процесі подальшого втілення програми герменевтичного аналізу, в подальшому потребують осмислення з урахуванням наукових результатів, отриманих на інших рівнях наукового дослідження (соціологічному й аксіологічному)¹²³.

Грунтовний і послідовний алгоритм проведення герменевтично-правового вивчення текстів, який варто адаптувати до цивілістичних досліджень, запропонувала С. Ю. Філіппова¹²⁴. Автор визначила таку послідовність дослідницьких процедур: 1) виявлення юридичного тексту, що підлягає вивченню і його фіксація; 2) попереднє розуміння

¹²² Меленко О. В. Проблеми оновлення методології цивільно-правової науки. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2012. Випуск 636. Правознавство. С. 33.

¹²³ Дзьобань О. П., Яроцький В. Л. Герменевтичний метод у сучасних цивілістичних дослідженнях: до питання про доцільність застосування. *Інформація і право*. 2017. № 2 (21). URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/3_4.pdf С. 9–10.

¹²⁴ Філіппова С. Ю. Инструментальная методология цивилистического исследования: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. М., 2016. С. 34–35.

юридичного тексту з використанням граматичного аналізу: зміст юридичного тексту «схоплюється» в першому наближенні; 3) зіставлення юридичного тексту з системою юридичних текстів, до яких він включений; 4) повернення у попереднє розуміння юридичного тексту з урахуванням виявлених зв'язків з іншими документами, причин створення даного юридичного тексту; 5) вивчення соціокультурної ситуації створення документа; 6) коригування розуміння юридичного тексту з урахуванням виявлених закономірностей і зв'язків; 7) виявлення завдань, які мають вирішуватися за допомогою аналізованого документа; 8) роз'яснення смислу тексту – заключний етап герменевтичного тлумачення, що вимагає фіксації отриманих результатів у вигляді роз'яснення.

У правовій доктрині категорії та поняття традиційно поділяють залежно від їх місця і значення в науці та практиці на дві групи: *de lege lata* і *de lege ferenda*. Тобто йдеться про легальні (нормативно-правові) категорії, що знаходять своє закріплення в чинному законодавстві, та доктринальні (теоретико-правові) категорії, що розробляються науковцями.

Так, М. І. Панов у своїх роботах детально аналізує процедуру формування цих понять, сутність яких полягає у формалізації знань у галузі держави та права. Це знаходить своє реальне вираження в їх абстрагуванні на основі аналізу від несуттєвих і нетипових (неголовних) рис і якостей даних явищ, а також у встановленні та фіксуванні на основі синтезу виявлених найбільш суттєвих і загальних ознак, які мають стійку повторюваність як закономірність і притаманні всьому класу (виду, типу) цих явищ¹²⁵.

Категорії та правові поняття утворюють понятійний апарат науки цивільно-правової політики. Водночас правова наука (юридична наука) виступають джерелом формування її понятійного апарату. Наприклад, нами запропоновано визначення поняття цивільно-правової політики, її мети, завдань, суб'єктів, учасників.

¹²⁵ Панов М. І. Проблеми методології науки кримінального права: вибр. наук. пр. М. І. Панов; уклад.: Г. М. Анасімов, В. В. Гільцова; передм. О. В. Петришина, В. І. Борисова. Харків: Право, 2018. С. 16.

У розділі 5 «Форми реалізації цивільно-правової політики» також активно застосовувався герменевтичний метод наукового пізнання. Зокрема, для розв'язання різних проблем інтерпретації, а в подальшому – похідних від них практичних завдань, що виникають під час адаптаційних процесів. Насамперед йдеться про адаптацію законодавства України до законодавства Європейського Союзу. І здійснюється це значною мірою за допомогою використання надбань герменевтики. Як правильно зазначають фахівці, процес адаптації не може бути стрімким, виникає занадто багато питань щодо сутнісної неможливості останнього в деяких галузях законодавства України через неузгодженість багатьох його норм та інститутів відповідним складовим законодавства ЄС¹²⁶.

В науці пропонується своєрідна тріада, що виступає важливою у процесі адаптації будь-якого законодавства та якій завжди передує мисленева діяльність: розуміння – пізнання – здатність до тлумачення¹²⁷. Вважаємо, що запропонована послідовність має бути дещо інша: пізнання – розуміння – здатність до тлумачення. Адже у процесі пізнання відбувається розуміння і подальше тлумачення.

Догматичний (формально-юридичний) метод пізнання застосовано у поєднанні з концепцією герменевтики¹²⁸ цивільного закону як конкретно-наукового методу в галузі цивільного права. Вона охоплює такі складові, як нормотворча техніка цивільного закону України, текст цього закону як предмет герменевтики, його змістова еквівалентність, розуміння і тлумачення нормативного змісту цього закону, а також експертологія його тексту.

¹²⁶ Гетьман І. В. Тенденції в методологічній компоненті сучасної юридичної науки. *Проблеми законності*. 2012. Вип. 119. С. 14–21. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=A SP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILE=&2_S21STR=Pz_2012_119_4

¹²⁷ Там само.

¹²⁸ Див.: *Загиней З. А.* Герменевтика кримінального закону України: дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2016. С. 10.

Аналізований метод є основним методом наукових досліджень внутрішньої та зовнішньої форми права, поза зв'язком з економічними, політичними та іншими соціальними явищами¹²⁹.

Варто зазначити, що С. І. Аскназій у своїх працях (один із перших за радянської доби) відзначав домінування догматичної цивілістики, завданням якої було описання чинного позитивного права, його систематизація, визначення шляхів застосування та тлумачення¹³⁰. Він наголошував, що «зазвичай правові дисципліни навіть не ставили перед собою завдань, висунутих будь-якими науковими дослідженнями, – пізнати необхідні зв'язки між явищами ... Питання про причинну обумовленість чинних правових інститутів, про соціальні та інші умови, що їх викликали, зазвичай мало займали юридичну думку». За словами вченого, ідеальним результатом розвитку такої науки є усунення всіх її внутрішніх протиріч¹³¹. Такий вектор застосування догматичного методу є актуальним і нині.

Продуктивність догматичного методу полягає також і в тому, що він дає змогу виявити наявні в цивільному законі вади законодавчої техніки формально-логічного, лінгвістичного, стилістичного, редакційно-технічного тощо характеру для того, аби мінімізувати такі вади цивільного права в тексті відповідного закону. Н. М. Пархоменко зазначає, що логічний підхід дає змогу за допомогою законів формальної логіки з'ясувати особливості структури та дії окремих джерел права загалом, виявити зв'язки (неузгодженості) між джерелами й, відповідно, проблеми правового регулювання, дослідити як внутрішню будову системи джерел права, так і їх взаємодію з іншими системами, що існують у правовому полі¹³².

¹²⁹ *Бабаскін А. Ю.* Кредитні відносини у цивільному праві України: монографія. К.: ТАЛКОМ. 2018. С. 13.

¹³⁰ *Аскназій С. І.* Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М.: Статут. 2008. С. 45.

¹³¹ Там само. С. 44.

¹³² *Пархоменко Н. М.* Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія. Київ: ВД «Дакор». 2015. С. 34.

Зокрема, досліджуючи таку ознаку верховенства права, як рівність перед законом і недискримінацію, нами звернуто увагу на недосконалість окремих норм ЦК України, які фактично нівелюють положення загальних постулатів цивільного права і навіть – Конституції України (ст. 24). Це стосується рівності всіх суб'єктів цивільного права і неможливості їх дискримінації за будь-якою ознакою, зокрема, за матеріальним станом особи. Йдеться передусім про ч. 1 ст. 1186 ЦК України, у якій передбачено, що фізична особа звільняється від відшкодування заподіяної нею шкоди, якщо в момент її заподіяння вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними. А далі законодавець уточнює, що «з урахуванням матеріального становища потерпілого та особи, яка завдала шкоди, суд може постановити рішення про відшкодування нею цієї шкоди частково або в повному обсязі». У такий спосіб порушується загальний принцип рівності, визначений у ст. 24 Конституції України та ст. 1 ЦК України, принцип повного відшкодування заподіяної шкоди у цивільних відносинах і загалом це призводить до порушення принципу верховенства права у цілому. Покликання догматичного методу проявляється передусім у можливості виявити і усунути подібні законодавчі вади.

Нині традиційні уявлення про методологію правових досліджень потребують змін. Серед очевидних – гостра проблема адаптації до глобальних перетворень, формування нового світогляду, що відповідатиме сучасності та здатний розширити можливості людини про розуміння різноманітних правових явищ і процесів навколо¹³³. Насправді, правникам не варто ігнорувати напрацювання інших наук, ба більше, активно їх застосовувати у власних дослідженнях. І хоча це завжди певний ризик, але водночас – і наукова сміливість, відкритість до нового, що загалом лише сприятиме поглибленому

¹³³ *Корунчук Л. А.* Проблеми використання синергетичного підходу при дослідженні правових явищ. *Часопис Київського університету права.* 2011. № 3. С. 58.

та всебічному дослідженню конкретної проблеми. Адже в кінцевому результаті відсутність комплексного, міждисциплінарного підходу до вивчення правових явищ і є однією з істотних причин, що впливають на сумнівну оптимальність змісту правових актів, юридичну визначеність їх положень та, в кінцевому результаті, – неефективність їх застосування.

Окрім проаналізованих традиційних методів цивілістичних досліджень, у монографії застосовувалися нетипові (якими зазвичай не послуговуються) для цивілістики методи: **синергетичний, соціологічний**, а також **міждисциплінарні підходи**.

Нетипові для цивілістики методи наукового пізнання мають істотно трансформуватися, набувати нового смислового навантаження, обумовленого особливостями предмета цивільного права. У зв'язку із цим вченими-галузевиками і теоретиками права актуалізуються пошук і розробка відповідних методологічних правил, що сприяють як розвиткові існуючого методологічного інструментарію, так і модифікації запозичених з інших наук нових принципів, підходів і методів¹³⁴. На жаль, вони дотепер незаслужено залишаються поза увагою вчених.

Одним із нетипових методів дослідження для цивілістики є **метод синергії**. До нього вельми обережно ставляться представники наук, що використовують переважно догматичні підходи до вивчення права. Йдеться насамперед про теорію галузевого матеріального й процесуального права (конституційного, цивільного, адміністративного, кримінального)¹³⁵. І це при тому, що дослідники роблять

¹³⁴ Баранова Ю. О. Методологічні правила порівняльно-правових досліджень: дис... канд. юрид. наук. Одеса, 2015. С. 4.

¹³⁵ Ясечко С. В. Синергетичний підхід при дослідженнях у приватному праві. *Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практичне застосування)*: матеріали міжнар. наук.-теорет. конф. (м. Київ, 10 червня 2016 р.). К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрНУУкраїни, 2016. С. 106–110.

спроби осмислення й застосування синергетики як нового методу юридичної науки упродовж багатьох десятиліть¹³⁶.

Синергія (від грец. *συνεργία* – (грец. *σύν*) разом; (грец. *ἔργον*) той, що діє, дія) – це сумарний ефект, який полягає у тому, що при взаємодії двох або більше факторів їхня дія суттєво переважає ефект кожного окремого компонента у вигляді простої їхньої суми¹³⁷.

В аспекті аналізованого варто пригадати і врахування досягнень синергетики (англ. *Synergetics*, від грецького син – «спільне» і ергос – «дія») – міждисциплінарної науки, що займається вивченням процесів самоорганізації і виникнення, підтримки стійкості і розпаду структур (систем) різної природи на основі методів математичної фізики («формальних технологій»)¹³⁸. Інформаційно це означає, що правознавство здатне успішно запозичувати методологічні напрацювання інших наук. Цей напрям у праві лише в стадії зародження, але слід акцентувати на його перспективності.

Актуальними видаються такі застереження К. В. Шундікова: «Юристам нині ще дуже мало відомо про реальні механізми взаємозв'язку правового і неправового в сучасній

¹³⁶ Демидов А. И. О методологической ситуации в правоведении. *Правоведение*. 2001. № 4. С. 14–22; Кононов А. А. Синергетическая концепция системы права. Синергетика и право: материалы теорет. семинара юрид. ф-та СПбИВЭСЭП. Науч. ред. И. Л. Честнов. 2001. Вып. 5. С. 4–11; 3. Сорокин В. В. Феномен самоорганизации правовой системы. *Современное право*. 2005. № 7. С. 45–51; Букина Е. Я. Методологический анализ предмета и методов синергетики: дис. ... канд. филос. наук. Новосибирск, 1988. 187 с. URL: <https://www.disscat.com/content/metodologicheskii-analiz-predmeta-i-metodov-sinergetiki>; Грунина В. А. Синергетические основы правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. 171 с.; Шишкин В. В. Синергетический подход в теории права: дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007. 162 с.; Сорокин В. В. Концепция эволюционного преобразования правовых систем в переходный период: дис. ... докт. юрид. наук. Барнаул, 2003. 337 с.

¹³⁷ Синергія. Вікіпедія. URL:

<https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80%D0%B3%D1%96%D1%8F>

¹³⁸ Синергетика. Вікіпедія. URL:

<https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80%D0%B3%D0%B5%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0>

складноорганізованій системі громадського життя. Більшість дослідників, розглядаючи тезу про тісний взаємозв'язок права з економікою, політикою, мораллю та ін. на рівні догми, уникають спеціального дослідження цих проблем у своїх працях. Більше того, серед правознавців поширена думка про необхідність боротьби за «чистоту предмета» своєї науки, що на практиці призводить до рішучого ігнорування тих питань, які виходять за межі власне юридичної проблематики. Вважаємо, що з подібною постановкою питання можна було б погодитися за умови, якби процес правового регулювання являв собою аналог якогось лабораторного процесу, що протікає в споконвічно заданих та підтримуваних умовах, змінювання яких можна ігнорувати як зневажливо малі величини. Однак у реальності все відбувається саме навпаки: він являє собою зразок сильно нерівноважного й відкритого процесу, розвиток і результати розвитку якого багато в чому визначені впливом «зовнішнього чинника». Без аналізу останнього уявлення юристів про об'єкт свого дослідження будуть вельми грубою абстракцією, що істотно збіднює і спрощує реальну картину»¹³⁹.

Проблема синергії врахована нами, зокрема, під час дослідження взаємозв'язку цивільно-правової політики та цивільного права (підрозділ 3.2). Лише тісно «співпрацюючи», цивільне право і цивільно-правова політика досягнуть спільної мети – оптимального функціонування і врегулювання цивільних правовідносин із дотриманням балансу приватних та публічних інтересів.

Іншим перспективним напрямом дослідження слід визнати **соціологію цивільного права**¹⁴⁰. На жаль, соціологічний метод

¹³⁹ Шундиків К. В. Синергетический подход в правовой науке: проблемы адаптации. *Правоведение*. 2008. № 1. С. 150 – 151.

¹⁴⁰ Див., наприклад: Касьянов В. В., Нечипуренко В. Н. Социология права. Ростов н/Д: Феникс. 2001. 480 с.; Костицький В. В. Соціологія права як наука. URL: <http://www.kostytsky.com.ua/upload/doc/kostytsky-soc-prava.pdf>; Онищенко Н. Соціологія права як чинник удосконалення праводержавотворення в Україні. *Віче*. 2013. № 5. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/viche_2013_5_8

несправедливо недооцінений сучасними цивілістами¹⁴¹, його потужний арсенал вкрай рідко застосовується ними у наукових працях. Переважно ним обмежуються під час дослідження ефективності застосування норм цивільного законодавства та його інститутів¹⁴².

Слід зазначити, що соціологічний метод широко використовується в публічно-правових дослідженнях і в теорії права. Цей метод здатний значно підвищити науковий потенціал відповідної юридичної науки, ефективність її впливу на суспільні відносини. Фахівці наголошують, що ступінь достовірності результатів наукових досліджень можна значно підвищити за рахунок розширення кількості методів дослідження. Серед них чільне місце мають зайняти прийоми і способи емпіричної соціології¹⁴³.

Спеціалісти у галузі соціології права виділяють дві групи методів у структурі її методології: методи збору правової інформації та методи обробки отриманої інформації. До першої відносять проведення анкетувань, опитувань, інтерв'ювання, спостереження, соціальний експеримент. До другої – аналіз документів, експертної оцінки тощо¹⁴⁴.

Отже, серед спеціальних методів цивілістичних досліджень виділяють соціологічний або конкретно-соціологічний метод, який ґрунтується на узагальненні й аналізі практики застосування цивільного законодавства; вивченні рівня правосвідомості у

¹⁴¹ *Морозова С. С.* Правове регулювання опіки та піклування за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. К., 2011. С. 174.

¹⁴² *Бабаскін А. Ю.* Кредитні відносини у цивільному праві України: монографія. К.: ТАЛКОМ, 2018. С. 17.

¹⁴³ *Ершова И. В.* Использование арсенала эмпирической социологии в теоретических и прикладных цивилистических исследованиях. *Методологические проблемы цивилистических исследований: сборник научных статей.* Ежегодник. Вып. 3. 2018. Отв. ред. А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. М.: Статут, 2018. С. 16–32. URL: <http://permcongress.com/content/statut-permmetodol-2017.pdf>

¹⁴⁴ *Вербець В. В.* Методика організації та проведення соціологічного дослідження: навчально-методичний посібник. Друге вид. доп. і перероб. Березно, 2008. 231 с.

сфері дії приватного права; проведенні соціологічних досліджень щодо бажаного напрямку вдосконалення цивільно-правових норм; складанні експертних оцінок змісту і ефективності цивільно-правових актів тощо¹⁴⁵.

У нашому дослідженні соціологічний метод знайшов своє застосування.

Після завершення відповідного анкетування були проаналізовані та узагальнені його результати, на підставі яких додатково обґрунтована соціальна обумовленість необхідності формування доктринальних засад цивільно-правової політики в Україні. Про це йдеться у підрозділі 3.4 праці. Завдяки соціологічному методу стало можливим глибше поглянути на питання про особливості поняття та форми реалізації цивільно-правової політики, її загальне сприйняття юридичною спільнотою України через пізнання фахової громадської думки.

Серед помітних особливостей сучасних наукових досліджень у сфері права України слід виокремити їх **міждисциплінарний характер**. Поділяємо думку З. А. Загинеї про те, що саме за такими дослідженнями – майбутнє, адже вони дозволяють спеціалісту різнобічно підійти до того чи іншого правового явища¹⁴⁶.

Як правильно підкреслив І. Л. Чеснов, наукова новизна, що претендує на ступінь доктора наук, передбачає наукове досягнення або розв'язання наукової проблеми, що має важливе політичне, соціально-економічне, культурне або господарське значення¹⁴⁷. В. М. Сирих також наголошує на тому, що зазначена якість дослідження вимагає в основному розв'язання фундаментальної проблеми юридичної науки. А такі (фундаментальні проблеми)

¹⁴⁵ Цивілістика. URL: <http://pidruchniki.ws/1056112746117/pravo/tsivilistika>

¹⁴⁶ *Загинеї З. А.* Герменевтика кримінального закону України: дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2016. С. 22. Також див.: *Загинеї З. А.* Кримінально-правова герменевтика: монографія. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2015. 380 с.

¹⁴⁷ *Чеснов И. Л.* Методология и методика научного исследования: учебное пособие. Санкт-Петербург, 2018. 124. с. URL: http://www.procuror.spb.ru/izdaniya/2018_03_04.pdf С. 81.

розташовуються в галузі міждисциплінарності, «на стику з іншими гуманітарними науками (соціологією, політологією, економічними науками тощо) та (або) конкретно з філософією»¹⁴⁸.

Правова система¹⁴⁹ і, зокрема, система права динамічно змінюється, в результаті чого змінюються межі класичних галузей права, поширюються конвергенційні процеси у праві. Непоодинокими є випадки, коли правові засоби, що властиві одній галузі права, знаходять своє застосування в інших галузях. Наприклад, раніше вважалося, що організаційні відносини регулюються виключно адміністративним правом. Нині такі відносини належать до предмета правового регулювання багатьох галузей, також обстоюється позиція про їх фактичне включення до предмета цивільного права¹⁵⁰.

Не слід також забувати, що цивільно-правові конструкції активно використовуються в інших галузевих науках. Наприклад, у фінансовому праві слід розрізнити власні фінансово-правові конструкції і запозичені юридичні конструкції. До останніх належать, зокрема, конструкції договору, заліку взаємних вимог, застави, представництва, зобов'язання, застави. Завдяки цьому методу порівняння юридичних конструкцій можливе на міжгалузевому рівні, що збагачує юридичну науку в цілому. Про це йдеться у підрозділі 4.4 монографії. Крім того, підрозділ 4.1 присвячений дослідженню питань про поняття та сутність міжгалузевих зв'язків у цивільному праві. На їх базі, у подальших підрозділах розділу 4, аналізуються міжгалузеві зв'язки цивільно-правової та інших видів політики. Досліджені як приватноправові, так і публічно-правові види правової політики, як нові види політики, так і традиційні (окремі з

¹⁴⁸ *Сырых В. М.* История и методология юридической науки: учебник. Москва: НОРМА: ИНФРА-М, 2012. С. 256.

¹⁴⁹ *Оніщенко Н. М.* Правова система: проблеми теорії: монографія. К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, 2002. 352 с.; *Оніщенко Н. М.* Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. К., 2002. 378 с.

¹⁵⁰ Див., наприклад: *Морозов С. Ю.* Методологическая роль юридических конструкций в цивилистических исследованиях. С. 1–34. С. 11. URL: <http://permcongress.com/content/2018-Morozov.pdf>

них налічують понад 200-річну історію наукових розробок). Таким чином застосований і **порівняльно-правовий метод** дослідження (по-іншому – компаративістський метод, метод порівняльного правознавства)¹⁵¹.

У нашому дослідженні ми максимально враховували елементи методики порівняльно-правових досліджень, що були запропоновані О. В. Кресіним: «уникнення апріоризму та суб'єктивізму, непідкорення дослідження завчасно виробленим теоретичним схемам, а навпаки, формулювання теорії на основі порівняння; формування єдиного підходу до правопорядків, зокрема через визначення єдиних критеріїв опису і порівняння права; порівняння дійсного значення правових норм, пізнання їх соціальної своєрідності; необхідність пізнання національного правопорядку в контексті інших правопорядків; виокремлення константи – певного правопорядку, з яким порівнюються інші правопорядки; пізнання правопорядків у межах груп за аналогією на основі презумпції історичної реальності «корінного» права, історичної наступності правопорядків як частини культури народів; презумпція односпрямованого розвитку правопорядків»¹⁵².

¹⁵¹ Вишновецька С. В. *Методологія порівняльно-правових досліджень як основа гармонізації трудового законодавства України із законодавством ЄС. Правові проблеми трудового та пенсійного законодавства України в контексті євроінтеграції: монографія. Відповід. ред. Н. М. Хуторян. Київ: Ніка-Центр, 2017. С. 8–22; Кресін О. В. Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Х., 2017. 41 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Kresin/a_Kresin.pdf; James G., Taylor von Mehren A. *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006. 581 p.; Лафутский В. И. *Практическое пособие по сравнительному правоведению: степени познания зарубежного права для чиновников, предпринимателей и юристов.* М. Проспект 2020. 392 с.*

¹⁵² Кресін О. В. Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Х., 2017. 41 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Kresin/a_Kresin.pdf С. 7.

Застосування цього методу здійснюється у декілька етапів: макрота мікропорівняння, внутрішнє та зовнішнє порівняння, доктринальне порівняння, нормативне порівняння, функціональне порівняння тощо¹⁵³. З його допомогою з'ясовані особливості цивільно-правової політики крізь призму порівняння її з конституційною, цивільною процесуальною, сімейно-правовою, кримінально- та фінансово-правовою видами політики.

Зазначений метод також використовувався в усіх підрозділах праці для порівняння вітчизняного і зарубіжного законодавства та практики його застосування. Зокрема, проаналізовані законодавчий досвід і окремі рішення у сфері судової практики таких держав, як Франція, Німеччина, Китай, Російська Федерація. Це слугувало формулюванню низки пропозицій щодо подальшого вдосконалення вітчизняного цивільного законодавства.

Стосовно **перспективних напрямів** методологічних досліджень слід зазначити, що останнім часом запроваджуються нові для правознавства методи наукового пізнання. Йдеться, зокрема, про аналіз середовища в стратегічному управлінні, спрямованого на виявлення загроз і можливостей зовнішнього середовища і сильних та слабких сторін будь-якого явища. Власне для цього розроблені такі прикладні прийоми і методи аналізу середовища, як: SWOT-аналіз, STEP-аналіз, SPACE-аналіз, GAP-аналіз, PEST-аналіз, метод аналізу LOTS, PIMS-аналіз, вивчення профілю об'єкта; модель GE/McKinsey, система 111–555¹⁵⁴.

Зазначені методи не одне десятиліття успішно використовуються в економічних дослідженнях, у практичній діяльності підприємств, менеджменту та маркетингу.

¹⁵³ Баранова Ю. О. Методологічні правила порівняльно-правових досліджень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2015. С. 14.

¹⁵⁴ Баламут Г. С. Методи стратегічного аналізу діяльності підприємств. *Молодий вчений*. № 4 (19). Частина 1. квітень, 2015 р. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2015/4/09.pdf>; Томпсон А. А., Стрикленд А. Дж. Стратегический менеджмент: концепции и ситуации для анализа. Пер. с англ. М.: Вильямс, 2002. 448 с.; Томпсон А. А., Формби Дж. Экономика фирмы. Пер. с англ. М.: «Издательство БИНОМ», 1998. 350 с.

У 1963 р. у Гарварді професор К. Ендрюс вперше запропонував метод структуризації та оцінювання інформації, який отримав назву SWOT-аналіз. Назва цього методу складена із початкових літер об'єктів стратегічного аналізу: S – Strength – сильні сторони; W – Weakness – слабкі сторони; O – Opportunities – можливості; T – Threats – загрози¹⁵⁵. Це один із найпоширеніших інструментів стратегічного аналізу. Загальна методика проведення SWOT-аналізу досить широко висвітлена як зарубіжними авторами (Кеннет Ендрюс, Томпсон А. А., Стрікленд А. Дж., Едвард Філдс, Хью Макмільян), так і вітчизняними – М. Г. Саєнко, Л. В. Балабанова, О. А. Савчук. Водночас значна кількість публікацій, присвячених SWOT-аналізу, свідчить про зростаючий інтерес до нього з боку не лише економістів, а й правників¹⁵⁶. Певною мірою це зумовлено реаліями сучасної правової дійсності.

Хоча після створення SWOT-аналізу з'явилося багато інших методів для вивчення перспективної діяльності організацій та розробки стратегій, проте SWOT-аналіз продовжує активно використовуватися і вдосконалюватися. Зокрема, Є. Маршаков, Є. Кузнецова та Ю. Буссель¹⁵⁷ підкреслюють, що вже у 1980-х роках минулого століття SWOT-аналіз повноцінно використовувався у сфері державного

¹⁵⁵ Гольдштейн Г. Я. Стратегический менеджмент: учебн. пособ. 2-е изд., доп. Таганрог: ТРТУ, 2003. С. 13.

¹⁵⁶ Див., наприклад: *Азаров Д. С.* Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА*. 2019. № 3. URL: <http://nrplaw.ukma.edu.ua/article/view/175760/175642>; *Карчевський М. В., Кудінов А. С.* Ефективність кримінально-правового регулювання в Україні: інформаційно-аналітичні матеріали за результатами опитування експертів; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2016. 44 с.; *Баррето Рубен, Гутан Игорь, Новийон Цезарь Кордова.* Модель системы анализа регулятивного воздействия в Таджикистане. *Краткие отчеты АБР*. № 51, декабрь 2015. URL: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/181102/model-regulatory-impact-analysis-system-tajikistan-ru.pdf>

¹⁵⁷ *Маршаков В., Кузнецова Е., Буссель Ю.* Методы структурированной оценки: SWOT-анализ, концептуальная карта, цветовое голосование. URL: <http://www.myshared.ru/slide/91840/>

управління – застосовувався адміністраціями штатів і міст у США під час реалізації політики розвитку. Із середини 1990-х років цей підхід зарекомендував себе в розробці стратегій, планів і програм регіонального розвитку в Європі, оцінки ефективності соціальної політики, бюрократичних структур і управлінських рішень у рамках державного сектора, оцінки галузевих видів політики. На думку О. М. Шевченка, методологія SWOT-аналізу є універсальною, достатньо зарекомендувала себе на практиці і цілком може бути використана як інструмент стратегічного планування в державному управлінні, зокрема, як основний механізм розробки стратегії¹⁵⁸.

Сьогодні гостро відчувається необхідність розроблення ефективної стратегії вибору вектору правого регулювання та практики його застосування. У багатьох офіційних державних документах, наукових і практичних дослідженнях йдеться про визначальну роль чіткої аналітики, планування, стратегії тощо у правовій реальності. І власне зазначений метод може сприяти досягненню визначеної мети щодо формування та реалізації цивільно-правової політики.

Ще одним перспективним напрямом правових методологічних досліджень слід визнати Lean-метод. Лін-мислення (Lean production, Lean manufacturing) – це ефективна, апробована десятиліттями концепція менеджменту, суть якої полягає в оптимізації бізнес-процесів за рахунок максимальної орієнтації на інтереси та потреби клієнта (ринку) і врахування мотивації кожного працівника. Впровадження цієї методології в ідеалі дозволяє вирішити цілу низку основних проблем, з якими щодня і щогодини зіштовхуються більшість підприємств: досягти високої якості при мінімальних витратах, скоротити терміни створення продукції, уникнути надвиробництва, врегулювання питання поставок.

¹⁵⁸ Шевченко О. М. Використання методики SWOT-аналізу для розробки стратегії державного управління міграційними процесами. *Актуальні проблеми державного управління*. 2009. № 2. С. 211–219. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdy_2009_2_27

Автором концепції вважають Таїті Оно, який після Другої світової війни розробив унікальну виробничу систему для корпорації Toyota Production System (TPS), на Заході вона отримала назву Lean production. Принципи Лін-виробництва свого часу намагався донести до бізнес-громадськості ще Генрі Форд. Але його ідеї тоді не сприйняли. Впровадивши методологію Лін-виробництва, японці вкотре продемонстрували свій талант не лише генерувати нові ідеї, а й розвивати вже існуючі¹⁵⁹.

В Україні наприкінці 2016 р. був створений і нині функціонує Лін інститут Україна (Lean Institute Ukraine), його очолює С. О. Комберянов. Цей інститут є представництвом всесвітньої мережі Lean Global Network, що включає 32 інститути. Вона була заснована Джеймсом Вумеком і Деніелом Джонсон у 2007 р., які першими представили світу методологію Lean¹⁶⁰.

Вважаємо, що за Lean-методом велике майбутнє не лише у сфері бізнесу, а й в усіх сферах життєдіяльності людини, у тому числі й у системі спеціально-наукових методів правових досліджень. Адже, наприклад, надання найбільш сприятливих властивостей процесу підготовки, написання і захисту дисертації відіграє неабияку роль в якості кінцевого результату; в часових та розумових витратах дисертанта. І Lean-метод може бути скерований на покращення будь-якого – зокрема, інтелектуального процесу діяльності людини.

Цивільно-правова політика як діяльність держави (власне як і всяка інша діяльність) може і має бути поліпшена. За допомогою Lean-методу це допустимо, зокрема, на шляху оптимізації балансу приватних та публічних інтересів у сфері цивільно-правових відносин – передусім на законодавчому та правозастосовному рівнях.

¹⁵⁹ What Is Lean. URL: <http://leanglobal.org/what-is-lean/>

¹⁶⁰ Офіційний сайт Lean Institute Ukraine. URL: <https://lean.org.ua/pro-nas>

2.2. Верховенство права як метод пізнання: обґрунтування наукової гіпотези

Проблема верховенства права має всесвітню актуальність¹⁶¹. Натомість для України, як і для всіх інших пострадянських республік,

¹⁶¹ *Примітка.* Колишній Генеральний секретар ООН Кофі Анан на 59-й сесії Генеральної Асамблеї ООН заявив, що забезпечення верховенства права – ключ до вирішення гострих проблем сучасного світу; сьогодні верховенство права знаходиться під загрозою ... Див.: Кофі Анан предупреждает, что верховенство права «находится под угрозой по всему миру». URL: <https://news.un.org/ru/story/2004/09/1059031>;

У звіті європейських спеціалістів зазначено, що верховенство права є постійною проблемою в центрально-східних та південних державах-членах ЄС. Нинішні політичні труднощі з Польщею та Угорщиною привертають значну увагу, але основні питання щодо забезпечення верховенства права існують і в більшості інших країн-членів. Див.: *Adriaan Schout, Michiel Luining*. The missing dimension in rule of law policy. From EU policies to multilevel capacity building. Clingendael Report. Netherlands Institute of International Relations «Clingendael». January 2018, p. 2. URL: https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-01/Report_Missing_dimension_Rule_of_law.pdf

Генеральний секретар ООН Антоніу Гутерреш 9 грудня 2018 р. у своєму посланні з нагоди Міжнародного дня боротьби з корупцією підкреслив: «Корупція існує у всіх країнах – багатих і бідних, на півночі і на півдні... Вона підриває верховенство права». Див.: Мировая экономика ежегодно теряет \$2,6 трлн из-за коррупции, – генсек ООН Гутерреш. URL: https://sensor.net.ua/news/3101398/mirovaya_ekonomika_ejegovno_teryaet_26_trln_izza_korrupsii_gensek_oon_guterresh

Ніл Ферпосон повідомляє, що колись США були верховенством права, «але те, що ми бачимо сьогодні, – це верховенство юристів, і це вже дещо інше». Див.: *Ферпосон Ніл*. Глобальний занепад. Як помирають інститути та економіки / пер. з англ. Катерина Діса. Київ: Наш формат, 2020. 144 с. Цитуємо за джерелом: URL: https://nashformat.ua/products/globalnyj-zanepad.-yak-pomyrayut-instituty-ta-ekonomiky-709372?utm_source=eSputnik-promo&utm_medium=email&utm_campaign=202007_mono_zanepad&utm_content=431141842

Цікавим є і таке спостереження. Незважаючи на домінуючий статус США серед інших розвинених країн, расова проблема там залишається досить гострою – існує так зване «верховенство білих». Зокрема, співвідношення «темношкірий підсудний і біла жертва» збільшують ймовірність засудження до смертної кари у декілька разів. Див.: *Стивенсон Браян*. Судити по совісті. Історія про справедливість і спокій / пер. з англ. Мирослава Антонович. К.: Наш формат, 2017. С. 152, 204.

ця актуальність є новопосталою, оскільки до набуття незалежності держава ігнорувала таку соціальну цінність, підмінивши її «верховенством закону», більше того – у будь-якій сфері діяльності спиралася на керівну і спрямовуючу роль Комуністичної партії Радянського Союзу (ст. 6 Конституції СРСР 1977 р.). Не випадково вчені і практики наголошують на важливості тенденції розвитку сучасного правознавства через відхід від заідеологізованості, у напрямку актуалізації людиноцентриських наукових досліджень у сфері приватного і публічного права. Зазначена діяльність має ґрунтуватись на загальноцивілізаційних та європейських цінностях, визначальними з яких є невідчужувані права і свободи людини, справедливість, індивідуальність, рівність та **верховенство права**¹⁶².

У Статуті Ради Європи від 1949 р. «Rule of Law» (верховенство права) визнано базовим принципом, який разом із принципами демократії та прав людини відіграють важливу роль у діяльності Ради Європи, зокрема, його згадують у договорах ЄС, в Копенгагенських критеріях 1993 р., що стосуються приєднання до ЄС, та в судовій практиці ЄСПЛ. Утім розуміння цього поняття як у межах Ради Європи, так і в її державах-учасниках не є одноманітним. Зазначене пов'язано і з особливостями його перекладу, і з певними національними особливостями побудови правової системи в тій чи іншій країні. В окремих випадках це зумовлено наслідками панування тоталітарного режиму в деяких молодих демократичних державах Східної Європи, а також поширення цих традицій і понині в теорії та практиці. В Резолюції Постійної комісії, що діє від імені Асамблеї, від 23 листопада 2007 р. № 1594¹⁶³ наголошено на тому,

¹⁶² Кельман М. С. Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрями розвитку: автореф. дис... докт. юрид. наук. К., 2013. С. 23.

¹⁶³ Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи № 1594 (2007). Принцип Rule of Law. Текст, прийнятий Постійною комісією, действующей от имени Ассамблеи, 23 ноября 2007 года (см. док. 11343, доклад Комиссии по юридическим вопросам и правам человека, докладчик: г-н Юргенс) URL: [http://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/\[russian_documents\]/\[2007\]/%5BBratislava2007%5D/Res1594_rus.asp](http://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/[russian_documents]/[2007]/%5BBratislava2007%5D/Res1594_rus.asp)

що принцип «Rule of Law» необхідно розуміти саме як принцип «верховенства права», а не «верховенства закону».

У вітчизняній правовій науці «Rule of Law» визначають як верховенство права¹⁶⁴, або правовладдя (про що йтиметься далі).

Верховенство права – це багатоаспектна категорія. Традиційно його розглядають як принцип права¹⁶⁵, як складову поняття «правова держава»¹⁶⁶, як доктрину, як філософську або як політичну категорію¹⁶⁷.

Верховенство права «пройшло» довгий еволюційний шлях розуміння і визначення його сутності – від ототожнення із поняттями «верховенство закону», «верховенство Конституції»¹⁶⁸ та з принципом законності¹⁶⁹ до верховенства права над законом. Ці поняття необхідно розмежовувати. Принцип верховенства права стосується загалом функціонування держави, суспільства і людини. Принцип верховенства Конституції означає, що в ієрархії нормативно-правових актів вона має найвищу юридичну силу. Верховенство закону проявляється у співвідношенні його з іншими юридичними актами¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Загальна теорія права: підручник. За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. С. 358.

¹⁶⁵ Там само.

¹⁶⁶ Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: моногр.: у 2 кн. За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. Відп. ред. Н. М. Оніщенко. К., 2008. Кн. 1. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. С. 6.

¹⁶⁷ *Шевчук С.* Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза і співвідношення. *Право України*. 2010. № 3. С. 53.

¹⁶⁸ Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: моногр.: у 2 кн. За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. Відп. ред. Н. М. Оніщенко. К., 2008. Кн. 1. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. С. 101

¹⁶⁹ Микола Козюбра про проєкт оцінки верховенства права в Україні. URL: https://www.bitlax.ua/uk/blog/news/post/mykola_kozyubra_pro_proekt_otsinky_verhovenstva_prava_v_ukrayini

¹⁷⁰ *Бориславська О.* Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2015. № 6. С. 54–55.

Наразі ставлення вітчизняного законодавця до поняття «верховенство права» є доволі контроверсійним і часто незрозумілим. Конституція України проголошує: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права» (ч. 1 ст. 8). Інші положення цієї статті певною мірою роз'яснюють його зміст (правотворчий і процесуальний аспекти). Про практичну реалізацію цього, за відомою термінологією – «політичного ідеалу» (краще було б – «соціального ідеалу»), більш конкретно згадується в іншій статті, але, знову-таки, лише в аспекті державної діяльності і винятково однієї сфери – правосуддя: «Суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права» (ч. 1 ст. 129). Далі у цій статті наведено перелік основних засад судочинства. Що у такому разі є верховенство права?

Верховенство права стосується політичних, демократичних, правових та адміністративних внутрішніх та зовнішніх перевірок усіх видів влади¹⁷¹. Чому в Конституції не зазначено, що верховенство права поширюється на виконавчу владу і місцеве самоврядування, загалом на діяльність усіх недержавних інституцій, зокрема на правовідносини у сфері функціонування громадянського суспільства, приватного сектору? Очевидно, це сталося тому, що на момент ухвалення Основного Закону України тодішні знання про ідеал верховенство права порівняно із сучасним його розумінням були ще досить обмеженими.

У цьому аспекті слушною є думка О. В. Петришина про те, що для сучасної правової науки запровадження верховенства права в національну правову систему передбачає аналіз правової проблематики не лише крізь призму державно-владної організації суспільства, а насамперед у контексті суспільства в цілому¹⁷².

Як принцип (засада) верховенство права згадується у процесуальних кодексах і багатьох законах, наприклад: «Про Конституційний

¹⁷¹ *Adriaan Schout, Michiel Luining*. The missing dimension in rule of law policy. From EU policies to multilevel capacity building. Clingendael Report. Netherlands Institute of International Relations «Clingendael». January 2018. p. 11. URL: https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-01/Report_Missing_dimension_Rule_of_law.pdf

¹⁷² *Петришин О.* Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин. *Право України*. 2010. № 3. С. 25.

Суд України» (ст. 2), «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (ст. 4), «Про прокуратуру» (п. 1 ч. 1 ст. 3); у рішеннях Конституційного Суду України¹⁷³ і Верховного Суду¹⁷⁴.

У ст. 2 ЦПК України верховенство права віднесено до засад (принципів) цивільного судочинства. А в ч. 1 ст. 10 цього Кодексу зазначено, що суд під час розгляду справи керується принципом верховенства права; далі – у відповідних частинах статті фактично розкривається зміст поняття законності, що належить до складових феномена верховенства права.

Аналогічні положення щодо реалізації аналізованого принципу в господарському судочинстві містяться у п. 1 ч. 3 ст. 2 та ч. 1 ст. 11 ГПК України.

Менш детально аналізований принцип визначено у ч. 1 ст. 6 Кодексу адміністративного судочинства України, де передбачено: «Суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави». У ч. 2 цієї статті міститься застереження: «Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини».

Схожі норми закріплені й у п. 1 ч. 1 ст. 7 та ст. 8 КПК України.

Беручи до уваги зазначені норми КАС України і КПК України, маємо своєрідно усічений, навіть спотворений варіант дублювання ч. 1 ст. 3 Конституції України. Можливо, і є підстави для трактування (певного розуміння) верховенства права шляхом використання

¹⁷³ Див., зокрема, рішення Конституційного Суду України: № 22-рп/2003 від 25 грудня 2003 р. (справа № 1-46/2003 щодо строків перебування на посту Президента України; № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. (справа № 1-33/2004 про призначення судом більш м'якого покарання); № 8-рп/2010 від 11 березня 2010 р. (справа № 1-1/2010 щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у статтях 125, 129 Конституції України).

¹⁷⁴ Див., наприклад, постанови Верховного Суду у справах: № 753/11000/14-ц від 18 квітня 2018 р.; № 449/1154/14 від 16 травня 2018 р.; № 199/5595/14-ц від 8 серпня 2018 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/prezentacia_krat.pdf

власне зазначених положень Основного Закону України. Але якщо це так, то у всіх кодексах має бути однаковий, справжній і повний текст відповідних норм Конституції: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (ст. 3).

Також неприпустимо, щоб «законність» протиставлялась «верховенству права», конкурувала з ним, як це, наприклад, спостерігаємо в КПК України (пункти 1 і 2 ч. 1 ст. 7 «загальні засади кримінального провадження»), у Законах «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (ст. 4), «Про прокуратуру» (п. 1 ч. 1 ст. 3).

Цікаво, що досліджуючи наведені положення КАС України, В. В. Лемак стверджує, що зазначена норма, через свій процесуальний характер, адресована лише адміністративному суду¹⁷⁵. Вважаємо наведену позицію вченого-практика спірною, оскільки, керуючись можливістю застосувати аналогію права в цивільних відносинах (ст. 8 ЦК України), аналізовані положення КАС України (аналогічно – і КПК України) можуть бути застосовані до всіх процесуальних і матеріально-правових відносин.

Як глобальна цінність верховенство права набуває нових якостей, динамічно розвивається. Наприклад, Пол Гаудер обґрунтовує нову концепцію верховенства права як координованого контролю над владою і показує, що за такого розуміння верховенство права створює і підтримує в суспільстві соціальну рівність. Він стверджує: «Верховенство права становить спосіб шанування рівної моральної цінності кожної людини. Ми маємо це визнати і працювати над цим в усьому світі»¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Лемак В. Принцип верховенства права в Україні: основні загрози. Право України. 2010. № 3. С. 45 – 46.

¹⁷⁶ Гаудер Пол. Верховенство права в реальному світі [пер. з англ.: Д. Вовк, В. Гончаров, К. Горобець та ін.; кер. проекту Д. Лученко; наук. ред. Д. Вовк]. Харків: Право, 2018. С. 286.

Теоретичні і прикладні проблеми аналізованого явища висвітлюються у працях таких вчених, як: В. Б. Авер'янов, С. В. Бобровник, С. П. Головатий, А. П. Засць, О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, М. І Козюбра, А. М. Колодій, Н. С. Кузнецова, В. В. Лемак, Р. А. Майданик, С. І. Максимов, Ю. І. Матвєєва, Н. М. Онищенко, М. П. Орзіх, Р. О. Падалка, Н. М. Пархоменко, О. В. Петришин, П. М. Рабінович, А. А. Стрижак, Т. І. Тарахович, Є. О. Харитонов, С. В. Шевчук, Ю. С. Шемшученко, М. С. Шумило та ін.

Актуальність наукового інтересу до цього принципу з роками не зменшується. Після набуття незалежності Україна активно переходить від тоталітарного режиму, тобто повного одержавлення і фактичної відсутності приватноправової сфери в її природному вигляді, до людиноцентризму.

Слід зазначити, що у Києві свого часу відбулася міжнародна науково-практична конференція «Верховенство права: питання теорії і практики» (2005 р.)¹⁷⁷; опублікована низка фундаментальних праць, зокрема: монографія С. П. Головатого «Верховенство права (в трьох книгах, 2006 р.)¹⁷⁸; праця з верховенства права у двох книгах, підготовлена науковцями Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України¹⁷⁹. У 2009 р. захищена докторська дисертація¹⁸⁰, у 2017 р. – кандидатська дисертація¹⁸¹. Темі верховенства права спеціально присвячено чергове видання журналу «Право України» (2010 р. № 3).

Важливим є функціонування наукових осередків, що досліджують верховенство права. Позитивним прикладом такої практики

¹⁷⁷ Українське право. 2006. № 1.

¹⁷⁸ Головатий С. Верховенство права: монографія: У 3-х кн. К.: Вид-во «Фенікс». 2006. LXIV; 1747 с.

¹⁷⁹ Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: монографія: у 2 кн. За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. Книга перша. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. Відповідальний редактор Н. М. Онищенко. К.: Видавництво «Юридична думка». 2008. 343 с.

¹⁸⁰ Головатий С. П. Верховенство права: ідея, доктрина, принцип: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. К., 2008. 44 с.

¹⁸¹ Падалка Р. О. Верховенство права як основоположний принцип права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. К., 2017. 195 с.

може слугувати діяльністю Центру дослідження верховенства права у проєкті Академії Фольке Бернадотта в Україні Національного університету «Києво-Могилянська академія», який систематично проводить відповідні наукові та практичні заходи¹⁸². Робота цього центру спрямована на впровадження та подальше дотримання принципів верховенства права у місцевому самоврядуванні в Україні¹⁸³. А з 2007 р. у Національному університеті «Києво-Могилянська академія» функціонує Києво-Могилянська школа верховенства права¹⁸⁴.

З урахуванням зазначеного можна констатувати посилення актуальності дослідження верховенства права з метою його запровадження як реального механізму дії права, а не лише суто теорії права. Утім серед науковців і практиків повністю ще не подолане скептичне ставлення до принципу верховенства права. Окремі фахівці продовжують вважати його політичною декларацією, непрацюючою доктринальною абстракцією тощо.

Коли чуєш або читаєш таку нісенітницю, пригадується факт, що мав місце у 50-х роках XIX століття – тоді Чарльз Дікенс висміював верховенство права в Англії, а не захоплювався ним¹⁸⁵.

¹⁸² Офіційна сторінка Центру дослідження верховенства права у проєкті Академії Фольке Бернадотта в Україні. URL: <https://www.ukma.edu.ua/index.php/news/4009-tsentr-doslidzhennia-verkhovenstva-prava-u-proekti-akademii-folke-bernadotta-v-ukraini>

¹⁸³ Підсумки реалізації шведсько-українського Проєкту «Місьцеве самоврядування та верховенство права в Україні». URL: <https://www.ukma.edu.ua/index.php/science/tsentri-ta-laboratoriji/tsentr-doslidzhennia-problem-verkhovenstva-prava/novyny/4004-12-13-hrudnia-2018-roku-zavershylas-pidsumkova-konferentsiia-proektu-mistseve-samovriaduvannia-ta-verkhovenstvo-prava-v-ukraini-local-self-government-rule-of-law-in-ukraine>

¹⁸⁴ Києво-Могилянська школа верховенства права. URL: <https://www.ukma.edu.ua/index.php/science-schools/4197-kyievo-mohylianska-shkola-verkhovenstva-prava>

¹⁸⁵ Див.: *Фертусон Ніл*. Глобальний занепад. Як помирають інститути та економіки. Пер. з англ. Катерина Діса. Київ: Наш формат, 2020. 144 с. Цитуємо за джерелом: URL: https://nashformat.ua/products/globalnyj-zanepad.-yak-pomyrayut-instytuty-ta-ekonomiky-709372?utm_source=eSputnik-promo&utm_medium=email&utm_campaign=202007_mono_zanepad&utm_content=431141842

Доречно зазначити, що у Верховній Раді України зареєстровано законопроект «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення верховенства права у захисті основних прав і свобод людини і громадянина» від 15 лютого 2019 № 10061. Законопроект має на меті забезпечити втілення принципу верховенства права під час судового захисту основних прав і свобод людини і громадянина¹⁸⁶. Він передбачає вдосконалення норм процесуального законодавства та Закону України «Про Конституційний Суд України».

Дехто з критиків законопроекту вважає, що насамперед необхідно законодавчо визначити чіткі межі принципу верховенства права та здійснити вичерпне його тлумачення у конституційних нормах. Зокрема у ст. 8 Конституції України доцільно закріпити критерії та визначення поняття принципу верховенства права¹⁸⁷.

Пропонований шлях розв'язання проблеми недостатньої регламентації принципу верховенства права видається доволі спірним. На нашу думку, не варто намагатися сформулювати визначення принципу верховенства права в Конституції України. Цього не змогли зробити спеціалісти міжнародних інстанцій упродовж багатьох десятиліть. Водночас необхідно визнати серйозною прогалиною відсутність навіть згадування верховенства права у кодексах матеріального права. Переконані, що зазначена вада має бути виправлена шляхом внесення доповнень до цих кодексів, зокрема до ст. 3 ЦК України (загальні засади цивільного законодавства), де за аналогією з процесуальними кодексами передбачити цей принцип.

¹⁸⁶ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення верховенства права у захисті основних прав і свобод людини і громадянина» від 15.02.2019 р. № 10061. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65521 (дата звернення: 01.04.2020).

¹⁸⁷ Див.: Дудка В. І., Калинка А. К. Принцип верховенства права в Україні. Development of modern technologies and scientific potential of the world: coll. of scientific papers «ΛΟΓΟΣ» with materials of the International scientific-practical conf., London, July 29, 2019. London: NGO «European Scientific Platform», 2019. V. 2. p. 118. P. 4 – 48. С. 48.

Останніми роками достатньо визріла актуалізація «нового життя» досліджуваного мегапринципу, що зумовлено таким першочерговим завданням правової доктрини, як адаптування існуючих механізмів реалізації та оцінювання верховенства права на практиці. З методологічної точки зору надзвичайно важливим є узгодження вітчизняного приватноправового інструментарію з міжнародно-правовими актами у сфері приватного права; до них, з-поміж іншого, належать Цілі Сталого Розвитку, адаптовані для України (2015–2030 роки)¹⁸⁸, Угода про асоціацію України з ЄС¹⁸⁹. Наразі злободенність зазначеного посилюється, на жаль, тим фактом, що Україна посідає 77-у позицію серед 126 країн світу у рейтингу верховенства права 2019 року¹⁹⁰.

26 червня 2017 р. у Києві відбулася знакова подія. За участі президента Венеційської комісії Джанні Букіккіо був презентований непересічний документ – «**Rule of Law Checklist**», у перекладі українською Сергія Головатого визначається як «Мірило правовладдя»¹⁹¹ (Далі – Мірило). Ідея узагальнити практику застосування

¹⁸⁸ Цілі Сталого Розвитку: Україна. Національна доповідь 2017. Київ: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, 2017. С. 6. URL: http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReportUA_Web_1.pdf

¹⁸⁹ *Примітка.* Повна назва документа – Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

¹⁹⁰ World Justice Project Rule of Law Index 2019. URL: <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2019>; Україна посідає 77-е місце зі 126 у рейтингу верховенства права – дослідження. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-verkhovenstvo-prava-reityng/29797624.html>

Індекс верховенства права відображає забезпечення законності в країні та визначається з урахуванням стану урядових повноважень, рівня корупції, відкритості уряду, фундаментального характеру права, забезпечення порядку і безпеки, цивільного і кримінального правосуддя. Як заявляють укладачі звіту, нинішній рейтинг продемонстрував подальше погіршення ситуації із втіленням верховенства права у світі.

¹⁹¹ Опрілюднений переклад «Мірила правовладдя» Венеційської комісії. URL: https://zib.com.ua/ua/129290-oprilyudneniy_pereklad_mirila_pravovladdya_venecianskoi_komi.html

принципу верховенства права та визначити певні критерії його оцінювання виникла давно. Ще у березні 2011 р. Венеційська комісія у своїй доповіді¹⁹² окреслила спільні риси у таких поняттях, як «the Rule of Law» (англ.), «Rechtsstaat» (нім.) та «État de droit» (франц.). Додатком до неї стала перша версія Контрольного переліку питань для оцінки стану верховенства права в окремих державах. Рік по тому на іншій конференції було вирішено, що Венеційська комісія має опрацювати цей перелік. Упродовж 11–12 березня 2016 р. було ухвалено «Rule of Law Checklist»¹⁹³. Повторимо, це «Мірило правовладдя» в українському перекладі¹⁹⁴. Мірило містить широкий спектр показників, які оцінюють якість верховенства права. Його практичне значення важко переоцінити. Власне через застосування «Rule of Law Checklist» досягається розуміння змістовного наповнення принципу верховенства права.

В українському перекладі зазначено, що документ Венеційської комісії з контрольного переліку питань спрямовано зокрема на з'ясування такої проблематики: чи впроваджено верховенства права в об'єктивний, ретельний, прозорий та однаковий спосіб? Він містить докладні запитання щодо оцінювання того, якою мірою пошановується правовладдя в тій чи іншій країні. Таке оцінювання зводиться не лише до підрахування позитивних відповідей, але й надаватиме можливість скласти загальне враження про конкретну ситуацію, зосереджуючи увагу на поважанні найважливіших критеріїв.

¹⁹² Верховенство права: Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія). Страсбург, 4 квітня 2011 року. *Право України*. 2011. № 10. С. 168 – 184. Переклад на українську мову С. Головатого.

¹⁹³ Див.: Rule of law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11 – 12 March 2016). Strasbourg, 18 March 2016. p. 53 [Electronic resource]. Access mode: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)

¹⁹⁴ Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Ухвалено Венеційською комісією на 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11 – 12 березня 2016 р.) / переклад з англійської Сергія Головатого. USAID, червень 2017. С. 6. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

Іноземні фахівці висловлюють сподівання, що зазначений документ стане практичним посібником та забезпечить рівність усіх перед законом. Зокрема, дотримання правил Мірила заспокоїть і заохотить іноземних інвесторів вкладати гроші в Україну, адже для інвестицій неабияке значення має належний захист власності¹⁹⁵.

Як не дивно, у вже згаданому звіті Нідерландського інституту міжнародних відносин «Clingendael» з назвою «Відсутній вимір у політиці верховенства права. Від політики ЄС до багаторівневого нарощування потенціалу»¹⁹⁶, який підготували Адріан Шуут (Adriaan Schout) і Мішель Луїнг (Michiel Luining), фундаментальний доробок Венеційської комісії «Rule of Law Checklist» навіть не згадується. Те саме спостерігаємо і в іншому, американському джерелі¹⁹⁷.

Тепер перейдемо до того, задля чого здійснено загальний огляд феномена верховенства права. В аспекті методологічної проблематики доцільно акцентувати, що методологія наукові методи і методики не є сталим явищем. У правових дослідженнях зазначають необхідність оновлення методології сучасної науки, зокрема й цивільно-правової. А це можливо здійснити шляхом використання нетрадиційного методологічного інструментарію.

У процесі дослідження нами проблематики цивільно-правової політики були накопичені відповідні факти і докази стосовно унікальної цінності і практичного потенціалу феномена верховенства права. Відтак виникла наукова ідея про те, що певні явища у державі і суспільстві можна пояснити через усвідомлення і застосування

¹⁹⁵ Вілен Веремко. Мірило основного принципу. Закон і бізнес. № 26 (1324) 01.07–07.07.2017. URL: http://zib.com.ua/ua/print/129306-stali_vidomi_kriterii_verhovenstva_prava_teper_ukrainskoyu.html

¹⁹⁶ Adriaan Schout, Michiel Luining. The missing dimension in rule of law policy. From EU policies to multilevel capacity building. Clingendael Report. Netherlands Institute of International Relations «Clingendael». January 2018. p. 52. URL: https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-01/Report_Missing_dimension_Rule_of_law.pdf

¹⁹⁷ James Michel. The Rule of Law and Sustainable Development. Washington: Center for Strategic and International Studies. 2020. p. 55.

верховенства права. Це стало поштовхом до висунення наукової гіпотези¹⁹⁸.

Наукова гіпотеза належить до основних елементів системи наукових знань¹⁹⁹. За висловом Іммануїла Канта, гіпотеза – це не мрія, а думка про дійсний стан речей, вироблена під суворим наглядом розуму.

У будь-якому науковому дослідженні висунення гіпотез є важливою формою пізнання. За їх допомогою здійснюється систематизація знань, упорядкування та спрямування мислення. Це, у свою чергу, спонукає до пошуку нових шляхів розв'язання відповідної проблеми. Гіпотези – це думки дослідників, що складаються на основі їх наукової діяльності та які мають формулюватися щодо певної предметної сфери, пропонувати відповідь на проблему, яка її породила, оптимально формулюватися «мовою» певної науки, бути логічно коректними, придатними для пояснення певних класів явищ, подій, а також обґрунтованими і доступними для перевірки, стимулювати подальше вивчення тієї предметної сфери, для пояснення якої вони створювалися, бути відкритими для розвитку з метою перетворення у теорію або спростування та елімінації з науки²⁰⁰.

¹⁹⁸ *Примітка.* Гіпотеза (дав.-гр. ὑπόθεσις – основа, припущення; від ὑπό – знизу, під + θέσις – теза) – припущення, здогад; твердження, що потребує доказування, на відміну від аксіом, постулатів, які не потребують доказів. Висувається для пояснення будь-яких процесів (явищ) або причин, які зумовлюють даний наслідок.

Термін застосовується також в аспекті визначення структури правової норми, до складових якої належать диспозиція, гіпотеза, санкція.

¹⁹⁹ *Примітка.* Слід зазначити, що у вітчизняному правознавстві наукові гіпотези висуваються вкрай рідко. Серед винятків – оригінальне дослідження Д. С. Азарова «Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту)», в якому він обґрунтовує відповідну гіпотезу. Див.: *Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки.* Том 3. 2019. С. 3–18.

²⁰⁰ *Сидоренко Н. И.* Гипотеза как форма научного познания. *Известия российского экономического ун-та им. Г. В. Плеханова.* 2014. № 4 (18). С. 13–15.

З урахуванням зазначеного, вважаємо доречним розглянути у вигляді наукової гіпотези необхідність і можливість використання всесвітнього феномена **верховенства права як наукового методу дослідження у правознавстві**. Очікуємо, що це дозволить значно розширити горизонти пізнання предмета правової науки в цілому, і цивільного права та цивільно-правової політики зокрема. Запровадження цього методу має вивести наукове розуміння досліджуваних явищ, процесів і різновидів людської та державної діяльності на якісно новий рівень.

Отож пропонуємо таке формулювання наукової гіпотези про існування **методу верховенства права** (по-іншому, **юридичний метод пізнання**):

«Якщо верховенство права – планетарна соціальна цінність, в основі якої лежать інтереси, права та свободи людини, то цей феномен-ідеал може слугувати (як метод) у науковому пізнанні функціонування інститутів права і держави у конкретній країні».

Практична реалізація верховенства права як наукового методу цілком реальна через методіку його застосування – «Rule of Law Checklist». Зосередимось на вихідних положеннях проблеми.

У сучасній науці розроблена система перевірки наукового знання на достовірність (вірогідність), що отримала назву верифікації та фальсифікації.

Верифікація (пізньолат. *verificatio*: підтвердження; лат. *verus* – істина, *facio* – робити) – це логіко-методологічна процедура (принцип) перевірки істинності, встановлення достовірності наукових тверджень (зокрема гіпотез і теорій) на підставі їхньої відповідності емпіричним даним або теоретичним положенням (логічним доказам).

Фальсифікація (лат. *falsus* – хибний, *facio* – робити) – це логіко-методологічна процедура (принцип) встановлення фактів, на підставі яких спростовують певне наукове твердження, якщо воно суперечить цим фактам.

Принцип верифікації сформульований у 1918 р. М. Шліком²⁰¹ (за іншими даними – разом із Л. Вітгенштайном²⁰²). Через застосування цього принципу визначають верифікованість зокрема конкретної гіпотези або теорії, тобто можливість перевірки наукового знання на істинність за допомогою особливих процедур. Основними способами верифікації у правовій сфері є соціальний експеримент, експертні оцінки, логічні прийоми²⁰³.

Позитивістський принцип верифікації К. Поппер²⁰⁴ запропонував (у науковій літературі нерідко стверджується, що ніби *додовнив*)

²⁰¹ *Примітка.* Фрідріх Альберт Моріц Шлік (нім. *Friedrich Albert Moritz Schlick*; 14 квітня 1882 р. – 22 червня 1936 р.) – німецький філософ, фізик, один із засновників логічного позитивізму.

²⁰² *Примітка.* Людвіг Йозеф Йоганн Вітгенштайн (нім. *Ludwig Josef Johann Wittgenstein*; 26 квітня 1889 р., Відень – 29 квітня 1951 р., Кембридж) – австро-англійський філософ, один із засновників аналітичної філософії і один з найяскравіших мислителів ХХ століття.

²⁰³ *Примітка.* Про поняття «верифікація», «верифікаційний принцип» див., зокрема, енциклопедичні статті у таких виданнях: Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. Т. 1: А – Г. С. 335–336; Філософський енциклопедичний словник / В. І. Шинкарук (гол. редкол.) та ін. Київ: Інститут філософії імені Григорія Сковороди НАН України: Абрис. 2002. С. 76; Енциклопедія сучасної України. URL: http://esu.com.ua/search_articles.php?id=33591. Заслуговує на увагу також: *Крымский С. Б., Пилипенко В. Е., Салок Ю. В.* Верификация социальных прогнозов: методологический аспект. К.: Наукова думка, 1992. 116 с.

Термін «верифікація» вживається у нормативно-правових актах. Серед них – Митний кодекс України (ст. 47); Порядок верифікації (перевірки достовірності) сертифікатів і декларацій про походження товару з України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 9 грудня 2015 р. № 1029. В останньому визначені форми, шляхи і суб'єкти такої перевірки.

²⁰⁴ *Примітка.* Карл Раймунд Поппер (англ. *Sir Karl Raimund Popper*; нар. 28 липня 1902 р., Відень – пом. 17 вересня 1994 р., Лондон) – британсько-австрійський філософ, логік і соціолог.

принципом фальсифікації²⁰⁵. За його словами, як нами встановлено, це було зроблено взимку 1919–1920 рр. Не виключаємо, на підставі опрацьованих нами джерел, що останній принцип вчений насправді *протиставив* принципу верифікації. Зокрема він стверджував: «Кожне справжнє випробування теорії – це спроба її фальсифікувати або спростувати ... критерієм наукового статусу теорії є її фальсифікованість, або спростовність, або перевірюваність»²⁰⁶. Загалом К. Поппер створив логіко-методологічну концепцію, яка одержала назву «фальсифікаціонізм».

Науковці визнають масштабний внесок вченого у філософію науки, але відзначають контрверсійний характер окремих положень його методології²⁰⁷. Такий самий характер мають і відгуки його опонентів – зарубіжних, та особливо радянських. Для останніх був притаманним марксистсько-ленінський підхід до будь-яких досліджень, а надто – історико-філософських. Вважаємо, що сучасне осмислення наукової спадщини вченого вирізняє новий ступінь актуальності, оскільки ми позбавилися комуністичної ідеології, проти якої відкрито виступав К. Поппер. Однак цей факт,

²⁰⁵ Див., зокрема: праця К. Поппера «Суперечності та спростування. Зростання наукових знань» (1962 р., видана в США англійською) – *Popper Karl R. Conjectures and refutations. The Growth of Scientific Knowledge* [Electronic resource]. Access mode: <http://www.rosenfels.org/Popper.pdf>; Поппер К. Логика и рост научного знания. Избранные работы. Переводы с английского. М.: Прогресс, 1983. С. 115–123; *Десятник В. О.* Проблема науковості теорій. *Юридична наука*. 2016. № 5. С. 4–11; Перевірка гіпотези та теорії на істинність / Карамішева Н. В. Логіка: теоретична і прикладна: навч. посібник. Київ: Знання, 2011. 455 с. URL: <https://pidruchniki.com/1584072040298/logika/logika>

²⁰⁶ *Popper Karl R. Conjectures and refutations. The Growth of Scientific Knowledge*. р. 36, 37. [Electronic resource]. Access mode: <http://www.rosenfels.org/Popper.pdf> P. 36, 37.

²⁰⁷ *Примітка*. Наприклад, критика поглядів К. Поппера, зокрема його принципу фальсифікації, викладена В. М. Садовським у вступній статті до вибраних праць вченого: Логіко-методологічна концепція Карла Поппера / Поппер К. Логика и рост научного знания. Избранные работы. Переводы с английского. М.: Прогресс, 1983. С. 5–32.

сам по собі, не може бути аргументом «за» чи «проти» в оцінках його концепції.

Використовуючи наявні знання про верифікацію і фальсифікацію наукових тверджень в аспекті наших інтересів, необхідно передусім зазначити таке. Під час опрацювання методологічної проблематики у нас виникла низка запитань, яким бракує обґрунтованої відповіді. *Перше запитання*: оскільки методологія як вчення про метод виникла у філософії Нового часу, зокрема у філософії Ф. Бекона та Р. Декарта, для критичного осмислення методів дослідження та пошуків надійних підстав істинності знання, а принципи верифікації і фальсифікації запропоновані лише у XX столітті, чи висувалися наукові гіпотези стосовно інших, давніх методів дослідження, і відповідно – чи застосовувався якийсь інструментарій перевірки на істинність наукового знання у цій частині?

Щонайменше, маємо сумнів про існування достовірної відповіді з цього приводу. Для прикладу (за аналогією) можна взяти багатовіковий стан розробки причинного зв'язку у правознавстві. Існує багато теорій причинності, жодна з яких не спроможна на сто відсотків задовольнити практичні потреби. Але від цього і значення, і статус наукової теорії більшості із них ніхто не заперечує.

Друге запитання: чи зобов'язаний автор наукового твердження сам його фальсифікувати, або принаймні доказувати наявність такої можливості? У разі існування такої вимоги постає проблема щодо наукової добросовісності науковця, його об'єктивності.

Третє запитання: чи існують якісь практичні рекомендації (алгоритм дій, правила, розроблені *власне юристами*) стосовно перевірки гіпотези у правознавстві на істинність шляхом застосування принципів верифікації і фальсифікації?

Не беремо до уваги скупі відомості з цього питання в окремих навчальних виданнях з логіки. Йдеться про юридичні джерела, зокрема дисертації, підручники, монографії, наукові статті. В них ми не відшукали якихось конкретних порад щодо застосування зазначених принципів. Очевидно, це – актуальна проблема, що має бути розв'язана у межах загальної теорії права. Треба розібратися від а до я. Чим не тема дисертації?

Викладені міркування аж ніяк не ставлять під сумнів функціональність і реальний потенціал відомих, класичних методів наукового пізнання. Довгий шлях свого формування вони пройшли перевірку часом (завдяки пізнавальній практиці, зокрема застосуванню методів індукції та дедукції, а загалом – колективному досвіду людства) і в такий очевидний спосіб здобули «право на життя».

Ми усвідомлюємо, наскільки непростим є шлях встановлення достовірності висунутої гіпотези. Для її верифікації (підтвердження) необхідно апробувати дію запропонованого наукового методу дослідження через застосування *еталонних тестів*, передбачених «Rule of law Checklist», в аспекті оцінювання *стрижневих елементів* верховенства права – законність, юридична визначеність, запобігання зловживанню повноваженнями, рівність перед законом і недискримінація, доступ до правосуддя. Також доцільним є використання «прикладів конкретних викликів правовладдю» та застосування *вибраних стандартів*, що стосуються еталонних тестів²⁰⁸.

Ця дослідницька робота потребуватиме значного часу і неабияких зусиль. Натомість, відповідно до принципу фальсифікації, для спростування гіпотези достатньо буде лише одного прикладу, що ілюструватиме необов'язковість дотримання принципу верховенства права і звідси – зазначений стан (по суті, такий, що порушуватиме права людини) визнаватиметься нормальним для функціонування правової системи держави.

За такого ймовірного розвитку подій, враховуючи очевидну асиметрію (нерозмірність) між підтвердженням і спростуванням гіпотези, постає запитання: а чи насправді фальсифікація порівняно з

²⁰⁸ Див.: Rule of law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11 – 12 March 2016). Strasbourg, 18 March 2016. p. 53. [Electronic resource]. Access mode: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e);

Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Ухвалено Венеційською комісією на 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11–12 березня 2016 р.) / переклад з англійської Сергія Головатого. USAID, червень 2017. 163 с. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

верифікацією є більш досконалим і домінуючим критерієм перевірки наукового знання? Але хай там що – наразі іншого шляху наука не запропонувала.

Свого часу Н. Луман сприятливо зазначив, що верифікація є не теоретичним, а методологічним постулатом²⁰⁹. І тому вважаємо, що дотримання чи недотримання верховенства права, факт його встановлення як істини у тій чи іншій сфері людської діяльності (публічній чи приватній), у тому чи іншому рішенні (акті) – законодавчому, судовому, управлінському чи політичному, а також загалом у державі, має підтверджуватися можливістю багаторазового відтворювання, тобто перевірятися практикою. Для такої мети і розроблено «Мірило правовладдя», що розкриває зміст і функціонування верховенства права як наукового методу. У сукупності з традиційним методологічним надбанням застосування цього методу може і має слугувати пізнанню, зокрема, цивільно-правової реальності.

Важливо знати, що для підтвердження істинності пропонованої нами гіпотези ефективність еталонних тестів може бути посилена застосуванням додаткового інструментарію, зокрема «трискладового тесту» – методу випробування (перевірки) діянь службових осіб на предмет дотримання ними умов, яким повинне відповідати будь-яке обмеження доступу до інформації згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації»²¹⁰.

Вважаємо необхідним на конкретних прикладах проілюструвати, як в реальності можна застосовувати метод верховенства права (юридичний метод пізнання). Це буде зроблено у підрозділі 4.2 «Аксіологічне поєднання конституційно-правової і цивільно-правової політики (через пізнання ідеалу верховенства права)». Водночас у такий спосіб певною мірою здійснимо верифікацію нашої гіпотези.

²⁰⁹ Луман Никлас. Истина. Знание. Наука как система. Перевод с немецкого и предисловие А. Ю. Антоновского. М., 2016. С. 335.

²¹⁰ Див.: Головенко Р. Б., Котляр Д. М., Слизьконіс Д. М. Доступ до публічної інформації: посібник із застосування «трискладового тесту». За заг. ред. Д. М. Котляра. К.: ЦПСА, 2014. 152 с.

Таким чином, сучасна і майбутня практична юриспруденція може збагатитися новим методологічним інструментарієм. Застосування юридичного методу дозволить розширити межі пізнання держави і права. На нашу думку, верховенство права заслуговує і потребує визнання як самостійний напрям дослідження в аспекті розробки методу наукового пізнання. А функцію методики його практичного застосування можна сміливо покласти на «Rule of Law Checklist». Все викладене, звісно, поширюється і на цивільно-правову політику як складову правової системи України і як предмет нашого дослідження.

Пропонована наукова гіпотеза відповідає таким основним вимогам, як: можливість її перевірки; певна прогнозованість; логічна несуперечливість²¹¹.

Наша наукова гіпотеза цілковито витримує перевірку у процесі застосування такого інструментарію, як «Rule of Law Checklist».

Прогнозованість гіпотези визначають ті позитивні чи негативні факти, тенденції, ризики, що встановлюються під час її перевірки. Прогнозованість пояснюється саме змістом гіпотези, що перевіряється. Зокрема, використовуючи методику «Rule of Law Checklist», на основі аналізу чинного нормативно-правового акта чи його проекту, управлінського чи судового рішення можна передбачити особливості формування і розвитку відповідних правовідносин у суспільстві через дотримання/недотримання принципу верховенства права.

Нарешті, несуперечливість гіпотези полягає в тому, що вона не конфліктує, не вступає у протиріччя з наявними знаннями про методологію загалом та про інші методи дослідження зокрема, доповнює і розвиває систему наукових знань.

Ми вбачаємо велике майбутнє за юридичним методом і водночас не гіперболізуємо його. Добре усвідомлюємо, що обмежитись у монографічному дослідженні застосуванням якогось одного методу неможливо. Цей процес умовно можна порівняти із воєнними

²¹¹ Основи методології та організації наукових досліджень: навч. посіб. для студентів, курсантів, аспірантів і ад'юнтів. За ред. А. Є. Конверського. К.: Центр учбової літератури, 2010. С. 46.

діями. Наприклад, в сучасних умовах для виявлення підводного човна необхідні спільні зусилля підводних, надводних і повітряних активів.

Якщо наші опоненти стануть заперечувати існування наукового методу верховенства права (юридичного методу пізнання), ми з повагою та інтересом вислухаємо, опрацюємо їхні аргументи. Але якщо доводи стосуватимуться лише недоведеності (на їх думку) нашого припущення, то цього не вистачатиме для визнання гіпотези хибною. Ще необхідно її спростувати через застосування принципу фальсифікації. Допоки гіпотеза недоведена і неспростована, вона визнається відкритою проблемою. Звісно, ми не порівнюємо її з геніальними проблемами Гільберта. Не переоцінюємо зробленого нами.

На користь наших міркувань також доречно використати судження К. Поппера. У першому виданні «Логіки наукового відкриття» (1935 р.) автор зробив таке принципове застереження: «Річ у тім, що я не вимагаю, аби кожне наукове висловлювання *було насправді перевірене*, перш ніж воно буде прийняте. Я вимагає лише, аби кожне таке висловлення *допускало* перевірку, або, інакше кажучи, я відмовляюся прийняти точку зору, згідно з якою в науці існують висловлювання, які нам слід покійрно прийняти як істинні тільки тому, що перевірити їх виявляється неможливим з логічних підстав»²¹².

Таким чином, верховенство права вже «виросло» з традиційних форм правового принципу і заслуговує на нове трактування і реалізацію у вигляді методу наукового пізнання. Прикладний характер цього методу дозволяє запровадити його в ужиток як в процесуальних, так і в матеріальних галузях права. Функцію методики (своєрідного «провідника») у застосуванні нового методу, як зазначено вище, забезпечуватиме «Rule of Law Checklist».

²¹² Popper Karl. The Logic of Scientific Discovery. London and New York, 2005. P. 26. Звертаємо увагу на некоректний переклад назви праці російською як «Логика научного исследования» – див.: Поппер К. Логика и рост научного знания. Избранные работы. Переводы с английского. М.: Прогресс. 1983. С. 33.

У підсумку зазначимо, що наукове припущення про існування юридичного методу дослідження висунуте нами для: а) пояснення можливості пізнання тих процесів, що відбуваються у сфері державотворення, законодавства та юридичної практики, крізь призму оцінки дотримання верховенства права; б) розуміння тих причин, які зумовлюють настання негативних наслідків у відповідних правовідносинах через нехтування верховенством права.

Розділ 3

ФОРМУВАННЯ ЗАГАЛЬНОГО УЯВЛЕННЯ ПРО ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВУ ПОЛІТИКУ

3.1. Стан дослідження проблеми цивільно- правової політики: від Л. Й. Петражицького та Г. Ф. Шершеневича до сьогодення

У цій частині дослідження йтиметься про витoki цивільно-правової політики – по суті, про доктринальну форму її реалізації (інші форми – законодавча і правозастосовна будуть розглянуті у розділі V праці).

На нашу думку, доктринальна форма реалізації цивільно-правової політики – це створення науково обґрунтованого продукту, спрямованого на утвердження реального існування такої політики, а також на її становлення і забезпечення ефективної державної діяльності у сфері охорони приватного інтересу. Результатом такого творчого розуміння цивільно-правової політики можуть бути зокрема: проекти концепцій, стратегій, програм, планів заходів щодо їх реалізації; проекти кодексів (законів), інших нормативно-правових актів (указів Президента України, постанов Кабінету Міністрів України); аналітичні матеріали (довідки, наукові записки); наукові праці – монографії, науково-практичні коментарі, інші публікації, а також дисертації.

Ще наприкінці XIX – початку XX ст. вчені-юристи виокремлювали галузеві види правової політики, зокрема й цивільно-правову політику. Наприклад, С. А. Муромцев писав, що «цивільно-правова політика визначає цілі та прийоми, якими має керуватися цивільний законодавець та суддя»²¹³.

²¹³ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. Исслед. Сергея Муромцева. М.: Тип. А. И. Мамонтова и Ко. 1879. С. 14 – 15.

У далекому 1901 р. класик вітчизняної цивілістики Є. В. Васьковський у своїй докторській дисертації наголошував на такому: цивільне правознавство або цивілістика охоплює цілу низку наук, з яких одні давно існують і більшою чи меншою мірою є дослідженими; інші – лише зароджуються і все ще зустрічають значний спротив (наприклад, цивільна політика)²¹⁴.

1. Концепція цивільно-правової політики за Л. Й. Петражицьким²¹⁵. Для загального уявлення про витоки теоретичних положень, які належать до предмета нашого дослідження, детально проаналізуємо працю Л. Й. Петражицького «Предисловие и введение в науку политики права» («Университетские известия», серпень 1896 р.²¹⁶)²¹⁷. Це було вже друге видання, зі змінами та доповненнями. Перше видання цієї праці опубліковано німецькою мовою в Берліні у 1892 р. Тут необхідно також пригадати наступну працю вченого – «Vona fides в гражданском праве. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права» від 1897 р.²¹⁸, в якій набули подальшого розвитку положення перших видань. За результатами останньої монографії Л. Й. Петражицький у 1898 р. захистив докторську дисертацію. В аспекті нашого дослідження важливими також є рецензії знаних цивілістів того часу (Д. Д. Грімма та Г. Ф. Шершеневича) на зазначену монографію 1897 р.

²¹⁴ *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: АО «Центр ЮРИнфоР», 2002. С. 43.

²¹⁵ *Примітка.* Необхідно наголосити, що вчений послуговувався поняттям «цивільна політика» у тому значенні, яке ми надаємо поняттю цивільно-правової політики.

²¹⁶ *Петражицкий Л. И.* Предисловие и введение в науку политики права. Петражицкий Л. Й. Вибрані праці: У 2 кн. К: Либідь, 2011. (Пам'ятки правничої думки Київського університету). Кн. 1. Уклад. І. С. Гриценко. В. А. Короткий; за ред. І. С. Гриценка. С. 1–84.

²¹⁷ *Примітка.* У подальшому таких посилань не будемо робити, по тексту зазначатимемо лише сторінки праці.

²¹⁸ *Петражицкий Л. И.* Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. М.: «Статут», 2002. 426 с.

Ми наперед вибачаємося, що дискутуємо з такою видатною постаттю – за обставин, що вчений, на жаль, не може нам відповісти, науково опонувати. Досліджувана праця містить, окрім проблем становлення цивільної політики, й інші проблеми, які варті окремої уваги і стосуються питань римського приватного права, глибоким знавцем якого був Л. Й. Петражицький. Однак зосередимо увагу лише на першій проблемі.

Саме Л. Й. Петражицькому, вихованцю університету Св. Володимира (м. Київ), віддають першість у запровадженні до того невідомої науки політики права. Зауважмо, що вперше пропозиція та міркування на користь підстав існування і необхідності розробки науки політики цивільного права (Civilpolitik) були висловлені Л. Й. Петражицьким у першому томі «Lehre vom Einkommen» у 1893 р. (С. 31). У подальшому, в «Предисловии и введении в науку политики права», були враховані положення із цієї праці щодо цивільної політики.

Цікаво, що сам він заперечував своє піонерство у цих питаннях, хоча і визнавав, що це дуже приємний для нього титул. На його думку, політика права існувала задовго до його напрацювань у цій сфері, мала численних послідовників і була представлена наукою природного права (С. 37). Зокрема та її частина, що присвячувалася цивільному праву, була цивільною політикою. Вчений навіть пропонував замінити назву «наука природного права» на «наука політики права». Після чого, стверджував Л. Й. Петражицький, необхідним буде докорінно переглянути положення про цивільну політику і здійснити детальну її розробку на нових началах, враховуючи зв'язки цивільної політики з політикою права взагалі як єдиною наукою (С. 37–38).

На підтвердження своїх слів вчений зазначає, що джерела цивільної політики можна знайти у різноманітних юридичних та економічних творах минулих років. У цьому зв'язку він погоджується із критикою на його працю першого тому «Lehre vom Einkommen» видатного економіста того часу Роберта Меєра (Robert Meyer), який вважав, що елементи цивільної політики можна простежити у джерелах римського приватного права: у «Corpus juris civilis» (у дигестах і в кодексі), у творах глосаторів, коментаторів, послідовників різноманітних практичних та історичних шкіл. Водночас

Л. Й. Петражицький, який серед іншого, глибоко володів знаннями з римського приватного права, не радить досліджувати зазначені джерела на предмет виявлення «цивільно-політичної думки». Він наголошував, що цивільна політика не походить із римського права і не залежить від нього. І саме тому у римському праві він бачив «не продукт мудрості римських юристів, а несвідомий результат народної емпірики...., в якій знаходиться матеріал, потрібний для фактичної перевірки результатів дедуктивної цивільної політики» (С 54). Очевидно, така думка класика цивілістики може бути самостійним предметом для критики.

Вчений пропонує звернути увагу на інші, більш цінні, на його думку, джерела, наприклад, праці різних законодавчих комісій для складання цивільних кодексів (Code civil, тодішній ще проєкт Німецького цивільного уложення тощо), протоколи цих комісій та літературну критику проєктів цивільних кодексів. Л. Й. Петражицький зазначає, що за своєю сутністю та глибиною розуміння ці матеріали значно поступаються економічній літературі і переважно є непотрібним баластом, що загалом свідчить лише про наївний стан цивільно-політичної думки, відсутність відповідного вчення та впливу різних методологічних помилок. Однак і тут, стверджував автор, можна знайти багато правильної цивільно-політичної думки і тому розглядав ці джерела, як зародки науки цивільної політики (С. 42–43). Вчений досліджував матеріали, що стосувалися підготовки проєкту Німецького цивільного уложення. Він їх досить високо оцінив, однак йому бракувало розробок науки цивільної політики і відповідно кричного та наукового ставлення до справи (С. 60).

Квінтесенцію «стражденної долі» цивільно-правової політики можна віднайти у застереженні Л. Й. Петражицького, яку ми обрали епіграфом до нашої праці: «Спроба довести необхідність і можливість науки цивільної політики... декого здивувала, як неймовірна сміливість для інших не стала навіть усвідомленою, третіх спонукала до запеклих нападів, а тих, хто висловив своє співчуття, можна на пальцях перелічити». Однак все зазначене, на думку вченого, свідчить саме на користь цивільно-правової

політики, яка «може відрізнятися особливою міцністю, визначеністю і широкою сферою застосування» (С. 29).

Вчений визначає цивільно-правову політику як: доктрину (С. 59), спеціальну галузь права (С. 48).

Видається спірним таке судження автора: «Політика цивільного (або будь-якого іншого) права як наука, що визначає, яким має бути право задля досягнення ідеалу, значно відрізняється від юриспруденції – науки позитивного права, яка представляє існуюче позитивне право». Автор вважає, що це зумовлено різним предметом та галуззю дослідження цих двох дисциплін.

На нашу думку, цивільно-правова політика як доктрина є складовою правової доктрини. Зі своїми особливостями, сферою, предметом та методом. А тому розмову про будь-яку їх конкуренцію слід визнати некоректною. Детально про це викладено у підрозділі 3.2 нашого дослідження («Цивільне право і цивільно-правова політика як проблема синергії»).

Далі вчений пише, що «розвиток науки цивільної політики сприятиме очищенню, а не засміченню юридичного методу» (С. 34). Він запитує: «...який вплив буде здійснювати виникнення і розвиток цивільної політики...?». І відповідає: «... чим глибше та всебічно буде розвинута ця наука і чим більший вплив на право вона буде мати, тим більше вона має призвести до викорінення зла як *malum necessarium* («необхідне зло»), так і *malum non necessarium* («непотрібне зло»). Оскільки перетлумачення законів являє собою *malum necessarium*, то його причина і виправдання в цивільно-політичній непридатності закону. Мета цивільної політики, на думку вченого, полягає в усуненні поганих і у запровадженні хороших цивільних законів, в усуненні необхідності тлумачення законів невідповідно до їх дійсного змісту; лише цивільна політика може у такий спосіб очистити юриспруденцію (С. 36).

Л. Й. Петражицький справедливо наголошує, що «цивільна політика не лише не зруйнує юриспруденцію та її метод, а навпаки – посилить та очистить цей метод і звільнить юристів від сумної з точки зору науки, етики та естетики необхідності неправдиво стверджувати про те, чого насправді не існує, і спростовувати те, що відповідає істині». Можливості такого розвитку цивільно-правової

політики вчений вбачав у тому, що «ці результати будуть досягнуті шляхом впливу на законодавство, а не шляхом підпорядкування юриспруденції цивільній політиці і її вторгнення у невластиву їй сферу юриспруденції». Водночас він стверджував, що розвиток цивільної політики як науки безпосередньо впливатиме на розвиток науки цивільного права (С. 36).

Не поділяємо думку Л. Й. Петражицького про сферу дії правової політики лише щодо майбутніх відносин чи законодавчих положень, ніби вона стосується лише того, що має бути – на відміну від науки позитивного права, яка стосується минулого і сучасного стану законодавства (С. 37).

Д. Д. Грімм у своїй рецензії²¹⁹ на іншу монографію Л. Й. Петражицького (1897 р.²²⁰) загалом висловив незгоду з концепцією цивільної політики, але відзначив, що «праця Л. Й. Петражицького заслуговує повної уваги і завдяки багатству думок і талановитості розробки їх становить серйозний внесок в науку»²²¹ (С. 69). Водночас Д. Д. Грімм висловив вкрай спірні критичні положення: «... вважаємо створення особливої науки цивільної політики справою нездійсненною». І далі пояснив: «...про таку політику не може бути й мови, адже об'єкти науки і політики нетотожні: наука має справу з тим, що наразі є, політика (як галузь мистецтва) – з тим, що має бути. ...Наукові положення підлягають об'єктивній перевірці, ми завжди тією чи іншою мірою можемо переконатися в правильності дедуктивних

²¹⁹ Рецензия Д. Гримма на книгу: Л. Петражицкий – Права добросовестного владельца на доходы и значение добросовестности для гражданского законодательства с точек зрения догмы и политики гражданского права. 1897 р. Журнал Министерства народного просвещения. 1898. Кн. 4. С. 459–498.

²²⁰ Також див: *Петражицкий Л. И.* Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. М.: «Статут», 2002. С. 38–69.

²²¹ *Примітка.* Далі по тексту зазначатимемо лише відповідні сторінки сучасного джерела (*Петражицкий Л. И.* Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. М.: «Статут», 2002), в якому опубліковано рецензії Д. Д. Грімма і Г. Ф. Шершеневича.

висновків, що випливають із висунутих нами припущень, шляхом співставлення їх із фактами. В галузі політики це неможливо» (С. 50).

Ми вважаємо, що у часовому вимірі предмет цивільно-правової політики охоплює не лише майбутні, а й минулі і теперішні події, факти, обставини, нормативно-правові акти (їх проекти).

Без розуміння особливостей цивільно-правового регулювання у минулому, без аналізу проблем сьогодення, без дослідження тактики розроблення законодавчих положень та їх реалізації неможливим буде сформулювати стратегію адекватного розвитку цивільно-правового регулювання на майбутнє. Доречно зазначити, що у 1921 р. вчений емігрував до Польщі, де помер у 1931 р. Фактично він, на його щастя, не пізнав руйнівного потенціалу радянської влади, що знищувала, зокрема, все приватне. Переконані, що він би змінив свою точку зору щодо заперечення можливості й необхідності врахування минулого і сучасного досвіду у межах цивільно-правової політики, якби відчув на собі весь жах її ігнорування за радянської доби.

Предметом дослідження цивільної політики Л. Й. Петражицький визначав правовий механізм децентралізованої системи народного господарства (С. 47). Характер досліджень – не юридичний, а політичний. Цивільна політика не складає систему позитивних норм, а досліджує, якими мають бути цивільні норми, аби децентралізована система (приватне право) функціонувала успішно і відповідно до своєї безпосередньої мети та загального ідеалу. В цьому автор бачить головну відмінність науки цивільної політики і науки цивільного права (цивілістичної юриспруденції). Це співвідношення – на кшталт співвідношення фінансової політики та фінансового права, політики права загалом і юриспруденції – як загальне й особливе (той самий об'єкт, але різні точки зору і завдання дослідження) [С. 49–50].

При цьому, зважаючи на тогочасні підходи щодо більш вузького (порівняно із сучасним уявленням) розуміння предмета цивільно-правового регулювання, Л. Й. Петражицький не включає до нього особисті немайнові відносини. Натомість сімейне право тоді становило частину предмета цивільного права. І вчений вважав, що предмет цивільної політики може відрізнитися у цій частині (не охоплювати сімейне право) від предмета цивільного права.

Одночасно він вбачав і спільні сфери предмета досліджуваних категорій: врахування принципів приватної власності, договорів тощо.

Необхідно звернути увагу на хибне уявлення вченого про недоречність включення до предмета цивільно-правової політики дослідження питань щодо приватних та публічних начал та їх кореляцію, зміну сфери впливу etc (С. 48). Про конвергенцію цих понять тоді взагалі не йшлося. Більше того, Л. Й. Петражицький категорично обстоює позицію про те, що «сутність цивільного права полягає у позитивній, організаційній функції (розподіл, виробництво, обіг цивільних благ), а не в негативній, не у захисті приватних інтересів від порушень... З цієї точки зору судова практика не є суттєвою, а є несуттєвою, випадковою... функцією цивільного права» (С. 61). Зазначений концепт, з-поміж інших, розглядається у підрозділі 5.2 «Правозастосовна форма реалізації цивільно-правової політики: аналітичний огляд».

Вважаємо, що ці проблеми є наріжними, вони не лише можуть, а й мають досліджуватися у межах доктрини цивільно-правової політики. Вчений звужував сферу цивільно-правової політики до наміру лише вдосконалення цивільного права – і лише його частини, а не як системи. Решту питань відносив до сфери господарської політики. При цьому розумів, що такий підхід не буде сприйнятий науковою спільнотою, що це «зменшить інтерес і значення цивільної політики і відповідно позбавить її певної частки популярності» (С. 48). Але такий непопулярний підхід був, на його думку, виправданим, адже «справа не у галасі та популярності, а у концентрації сил задля розробки закинutoї, такої, що перебуває у жахливому стані спеціальної галузі права, яка незалежно від поглядів на більш загальні питання не має залишатися невпорядкованою та недослідженою» (С. 48).

Мінімальним завданням цивільно-правової політики вчений вбачав очищення цивільного права від маси невдалих спеціальних положень, які спричиняють зловживання, нечесні вчинки та деморалізацію. Наголошував на необхідності врахування відповідності очікуваного економічного результату в цивільному праві та ідеалу політики права і культури. Відповідно завдання цивільно-

політичної критики будь-якого законодавчого проекту мало б сприйматися як визначення його економічного значення та «двоповерхової етичної оцінки». Л. Й. Петражицький вважав, що теорія цивільно-правової науки має бути належним чином розроблена і в подальшому, у конкретних випадках достатньо лише посилання на якісь її постулати, без додаткового постійного аргументування (С. 49).

Серед методів цивільної політики Л. Й. Петражицький виділяв, зокрема: психологічний (що розвиває вчення крізь призму мотивів та їх проявів), статистичний, метод дедукції, фактичної перевірки та індукції. Неодноразово оперує термінологічним звором «цивільно-політичний метод» (С. 53), однак, на жаль, детально його не розкриває, зазначає лише, що це новітній метод аналізу та критики явищ виробництва, обігу, розподілу та поглинання економічних благ (С. 52–53). Із сумом констатує, що на той час цивілісти не лише не розробили цивільно-політичної методології, а й не думали про те, яким саме має бути цей метод, з яких джерел має формуватися (С. 52).

Вчений наголошував: «Для правильної оцінки фактичних матеріалів необхідно розробити відповідну методологічну теорію. Хоча сам розвиток дедуктивної цивільної політики сам по собі усуне значною мірою небезпеку поверхневих і помилкових суджень та спрямує туди, де потрібно шукати пояснення конкретних фактів, які висновки з них можна чи не можна зробити» (С. 67).

Слід зазначити, що автор доволі оптимістично оцінював майбутнє доктрини цивільної політики, був переконаний, що незабаром з'являться монографічні дослідження, підручники, товариства і конгреси, що призведе до накопичення та осмисленої переробки емпіричних матеріалів цивільної політики. Ця наука матиме багато послідовників і прихильників у різних культурних країнах, які будуть обмінюватися думками і досвідом і тому, на думку вченого, не бракуватиме спостережень і практичного досвіду (С. 67).

Що ж стало на заваді таким реальним перспективам? Щонайменше – події 1917 р. і подальший, за термінологією академіка І. П. Павлова, «більшовицький експеримент» радянського владарювання. Цих питань ми торкаємося у підрозділі 3.3 «Соціальна обумовленість становлення цивільно-правової політики України».

Підсумовуючи аналіз фундаментального дослідження Л. Й. Петражицького, зазначимо, що у цій праці не пропонується визначення поняття «цивільна політика», із тексту можна зробити висновок, що автор розуміє під нею лише відповідну доктрину. Ним сформульовані концептуальні положення майбутньої науки. Вчений був близький до поширення поняття цивільно-правової політики і на сферу практичної діяльності. Але через те, що цього не сталося, його інтелектуальний внесок у розробку аналізованої проблематики (навіть з усіма спірними чи сумнівними положеннями) не втратив свого теоретичного і практичного значення. Того часу (наразі у вітчизняному правознавстві стосовно аналізованого напрямку мало що змінилося) це були лише перші спроби на шляху пізнання цивільно-правової політики. Сьогодні є підстави для усвідомлення того, що продуктивними визнаються дослідження будь-якого виду правової політики у двох значеннях – як доктрини, і як діяльності держави.

Таким чином, на підставі вивченого нами дослідження Л. Й. Петражицького доходимо висновку, що ним, з-поміж іншого, була зосереджена увага на встановленні завдання цивільної політики – визначати, яким має бути право для досягнення ідеалу, його вдосконалення на майбутнє. З урахуванням темпорального критерію вчений розмежував доктрину цивільного права (що, на його думку, досліджує сучасне, нині існуюче право) і цивільно-правову політику.

Очевидно, зазначене міркування потребує корегування, оскільки предмет і правової доктрини, і правової політики в аналізованому часовому аспекті збігається. Він стосується всіх етапів функціонування права: минулого, сучасного і майбутнього. Зокрема, цивільно-правова політика – це не лише стратегія (загальний план, що охоплює довготривалий період; головний напрям дій, розроблених на перспективу, спрямованих у майбутнє), а й тактика (виконання конкретних завдань у реальному часі, спрямованих на реалізацію визначеної стратегії; це інструмент реалізації стратегії) – зокрема, аналіз чинного законодавства, вирішення сучасних питань його вдосконалення та застосування, дослідження відповідних історичних аспектів і їх врахування у процесі законотворення. Тобто йдеться також про сучасне і минуле у сфері цивільних правовідносин.

Також видається спірною позиція вченого про залишення за межами предмета цивільної політики проблеми кореляції приватних і публічних інтересів, питань про цивільно-правовий захист. На нашу думку, ці положення належать до важливих складових предмета цивільно-правової політики.

2. Міркування Г. Ф. Шершеневича про цивільно-правову політику. Г. Ф. Шершеневич також підкреслював, що правова політика тією чи іншою мірою притаманна будь-якій спеціальній юридичній науці²²². Відбивають суть проблеми такі його запитання: «Чи має існувати одна політика права, чи допустимо науково виокремити політику для кожної галузі права? Зокрема, чи може існувати самостійно цивільно-правова політика? ... Окремі юридичні науки створили для себе відповідну політику, нам відома фінансова, кримінальна політика. Чому не може бути цивільної політики?»²²³.

І далі Г. Ф. Шершеневич пояснює: «Цивільно-правовий порядок становить лише одну сторону юридичного ладу і тому будь-які зміни його можуть бути запропоновані узгоджено з іншими сторонами. Цивільна політика становить лише додаток до загальної політики права... Тому як мистецтво або прикладна наука вона не може претендувати на самостійність... Таким чином цивільна політика є лише частиною загальної політики права або соціальної політики і не має самостійності. Вона не може бути вибудувана окремо у повному вигляді, однак, базуючись на положеннях загальної політики права, вона скеровує на бажані та можливі зміни цивільної сторони юридичного порядку, що є необхідним для здійснення загальних правових реформ. В дійсності не має самостійності ані у фінансової, ані у кримінальної політики»²²⁴.

²²² Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. В 4-х вып. М.: Издание братьев Башмаковых, 1910 – 1912. 805 с. С. 17.

²²³ Задачи и методы гражданского правоуедения. Профессора Казанского Университета Г. Ф. Шершеневича. Казань. Типо-литография Императорского университета 1898. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc99p0/instrum1916/print1924.html>

²²⁴ Там само.

Ці думки з далекого минулого відображають ідеальне розуміння правової політики. До такого стану треба прагнути. Насправді, всі види правової політики існують в єдиній системі (на кшталт системи права), взаємодіють між собою, доповнюють та розвивають одна одну. Чи навпаки, у гіршому випадку – розбалансовані, не узгоджені між собою, руйнують систему, до якої належать. У той самий час, всі види правової політики функціонують, до певної міри, автономно і тому сприймаються як самостійні та незалежні.

На завершення в аналізованій праці Г. Ф. Шершеневич зробив цілком актуальний висновок: «У такому вигляді політика права має величезне значення для законодавця. Вона вказує йому на недоліки чинного права і шляхи, якими він має рухатись у своїй реформаторській діяльності. Своєю політичною стороною цивільне право завжди має бути попереду практики. Нехтування політикою з боку цивільного правознавства ставило законодавця у складне становище, примушуючи його керуватися інстинктом там, де наука могла б дати більш твердий ґрунт. ... У цьому відношенні кримінальне правознавство випередило цивільне і перевага сучасних кримінальних кодексів порівняно з цивільними обумовлюється не лише відносною легкістю завдання, але і сприянням наук, якого позбавлений законодавець у сфері цивільного права. А втім, наскільки уважний законодавець до наданої йому у цій галузі допомоги, стає очевидним з технічної сторони, тому що система цивільних кодексів узгоджується з доктринальними рекомендаціями».

У своїй рецензії на монографію Л. Й. Петражицького 1897 р.²²⁵ Г. Ф. Шершеневич відзначає вагомий внесок вченого у науку цивільно-правової політики і політики права загалом. Також рецензент зауважив про брак чіткості формулювань у вченого, що може зашкодити успіху та поширенню його вчення. Сам Л. Й. Петражицький закликав

²²⁵ Рецензия Г. Ф. Шершеневича на книгу: Л. Петражицкий – *Bona fides* в гражданском праве. Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права. 1897 г. Журнал Министерства Юстиции. 1898. № 6. С. 278–296. Також див.: *Петражицкий Л. И.* Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. М.: «Статут», 2002. С. 70–86.

до наукового обговорення запропонованих ним положень. І тому Г. Ф. Шершеневич скористався цим запрошенням до наукової дискусії і справедливо вважав, що висловлені ним зауваження мають бути на користь розвитку нового вчення. Навіть за умови їх помилковості, Л. Й. Петражицький мав можливість побачити, як сприймаються його думки, як їх варто формулювати, аби уникнути на майбутнє неоднозначного їх розуміння (С. 86).

Г. Ф. Шершеневич наголосив, що Л. Й. Петражицький висунув і обґрунтував теорію цивільної політики для дослідження відповідної сторони правового життя, і водночас не зазіхнув на самостійність догматики і не вимагаючи жодних реформ у цивільному правознавстві. При цьому Г. Ф. Шершеневич справедливо критикує Л. Й. Петражицького і зазначає, що політика права не може ізолювати себе від будь-яких соціальних питань, як на цьому наполягає його колега. Політика права не може відставати від законодавчої діяльності. Таке обмеження не узгоджується з наріжним принципом любові, який Л. Й. Петражицький закладав в основу цивільної політики і що не було прийнято Г. Ф. Шершеневичем. Рецензент слушно запитує: «Невже автор стане стверджувати, що цей вищий християнський принцип є одночасно і принципом сучасного цивільно-правового порядку?». Він також зазначає, що у господарській діяльності приватних осіб, яка становить основу предмета цивільного права, проявляється егоїзм і на його дії засновуються всі економічні закони (С. 75). Цю образну рису приватного права зустрічаємо в іншому джерелі: як стверджував М. А. Гредескул, ще Гейне, з властивою йому дотепністю, назвав римське право «Біблією егоїзму»²²⁶.

Виводячи соціальні питання за межі цивільно-правової політики, Л. Й. Петражицький водночас визнавав її галуззю економічної політики. Однак, справедливо наголошує Г. Ф. Шершеневич,

²²⁶ Гредескул Н. А. Творческие задачи в современном гражданском праве. Современные вопросы права. Харьков: Изд. кн. магазина П. А. Брейтгама, 1906. С. 17–32.

Наведено за джерелом: Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография. Под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2011. С. 27.

економічна політика якраз і складається із соціальних питань; тому некоректним було обмежувати завдання та сфери впливу цивільно-правової політики.

Не сприйняв Г. Ф. Шершеневич висновку Л. Й. Петражицького про те, що цивільно-правова політика – єдина та універсальна для всіх країн. Адже різні розділи цивільного права розвиваються нерівномірно, нагальність реформ різних інститутів неоднакова і подальший розвиток здійснюється по-різному. І якщо буде створена єдина цивільно-правова політика, то виникне необхідність у створенні додаткової політики (національної), яка б визначала, у який спосіб мають застосовуватись загальні засади цивільно-правової політики. Це, на думку рецензента, може призвести до того, що зазначений вид правової політики буде недоступним певним країнам (з урахуванням їх розвитку), або епохам і, відповідно, буде відсутня підтримка законодавця з її боку (С. 78).

Отже, Л. Й. Петражицький вважав, що цивільно-правова політика є універсальною і має існувати в єдиному вигляді в усіх країнах світу і в межах окремої країни (суб'єктів федерації, області, регіонів, провінції тощо). Натомість Г. Ф. Шершеневич був переконаний, що цивільно-правова політика є специфічною, характерною для кожної окремої країни. На нашу думку, до цивільно-правової політики слід застосувати підхід, який частково поєднуюватиме дві зазначені наукові позиції. Звісно, єдиної, універсальної цивільно-правової політики бути не може, навіть у межах однієї правової сім'ї. Водночас певні базові положення щодо цього виду правової політики мають бути сформовані. Але це вже завдання іншого рівня – *міжнародної цивільно-правової політики*, на кшталт міжнародної кримінально-правової політики²²⁷. При цьому потрібно пам'ятати, що політика – явище динамічне, змінюється і розвивається, реагує на різноманітні зовнішні чинники (економічні, політичні, соціальні тощо).

Позитивно сприймаємо зауваження Г. Ф. Шершеневича про те, що для нього залишилося незрозумілим, чи дійсно на формування цивільної політики справило вплив римське приватне право

²²⁷ Див.: Музика А. А., Лацук С. В. Міжнародна кримінально-правова політика як новий науковий напрям. *Право України*. 2010. № 9. С. 81–89.

(С. 81). Доказів цьому у своїх працях Л. Й. Петражицький не навів. Насправді, для підтвердження зазначеного концепту важливим було б довести факт позитивного кореляційного впливу положень римського права на тогочасне економічне життя. Однак вважаємо, що Г. Ф. Шершеневич передчасно дійшов висновку, що таку кореляцію здійснити неможливо. Переконані, що саме завдяки аналізу минулого досвіду законодавчого регулювання цивільних відносин, з урахуванням політичної ситуації в країні, можна і потрібно ілюструвати не лише факт наявності цивільно-правової політики, а й розвиток чи стагнацію останньої, вплив таких процесів на функціонування відповідного законодавства. У цьому аспекті вважаємо доречним звернутися до праці, в якій аналізуються проблеми власне давньоримської цивільно-правової політики²²⁸.

3. Сучасні погляди на цивільно-правову політику. Здійснивши доступний пошук вітчизняних та іноземних джерел із цієї проблематики, нам не вдалося віднайти дисертаційні чи інші монографічні праці за предметом дослідження. Однак це не свідчить про неприйняття всіма фахівцями вчення про цивільно-правову політику. В Україні проблемами приватноправової політики опікується Р. О. Стефанчук²²⁹, співвідношення цивільно-правової політики і цивільного права фрагментарно аналізував Є. О. Харито-

²²⁸ Див.: Утченко С. Л. Юлий Цезарь. М.: Мысль. 1976. С. 299–313.

²²⁹ Стефанчук Р. О. Сучасні проблеми приватного права (до 10-ї річниці Цивільного кодексу України). *Приватне право*. 2013. № 1. С. 94–105; Стефанчук Руслан. Чи існує правова політика в Україні? URL: https://ukr.lb.ua/blog/ruslan_stefanchuk/293460_chi_isnuie_pravova_politika_ukraini.html Стефанчук Руслан. Десятиліття нового Цивільного кодексу України: робота над помилками. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1. С. 200–211; Стефанчук Р. О. To the Question of Formation of Legal Policy in Private Law Sphere. *Вісник ОНУ ім. І. І. Мечникова*. Правознавство. 2015. Т. 20. Вип. 1 (26). С. 81–92; Стефанчук Р. О. Приватноправова політика: панацея, плацебо чи мітрідатум для правової системи України? *Спогади про Людину, Вчителя, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від Дня народж. акад. Ярослави Миколаївни Шевченко)*. Громад. орг. «Ліга професорів права, д-рів юрид. наук та д-рів філософії у сфері права»; [за заг. ред. Р. О. Стефанчука]. К.: АртЕк, 2017. С. 323–334.

нов²³⁰; про політику у сфері права інтелектуальної власності писав Р. Б. Шишка²³¹.

У Російській Федерації понад 15 років тому був розроблений проєкт Концепції правової політики²³²; 7 жовтня 2009 р. схвалена Концепція розвитку цивільного законодавства Російської Федерації. Протягом останніх років триває робота над модернізацією цивільного законодавства²³³.

В російських виданнях слушно зазначають, що реалізація цивільно-правової політики має відповідати передусім критеріям

²³⁰ Харитонов Є. О., Старцев О. В. Цивільне право України: Підручник. Вид. 2, перероб. і доп. К.: Істина. 2007. С. 21–22.; Харитонов Є. О. До визначення поняття та системи цивілістики (науки цивільного права). *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 51. С. 7–13.

²³¹ Шишка Р. Б. Вдосконалення державної політики у сфері інтелектуальної власності. *Теоретичні та практичні проблеми застосування цивільного та господарського законодавства*: збірник наукових матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції. Вищий навчальний заклад «Університет економіки та права «КРОК». К., 2015. С. 173–176; Шишка Р. Б. Парадокси національної стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності на період до 2020 року. *Політика інтелектуальної власності в університетах та науково-дослідних установах*: збірник матеріалів Міжнародного семінару (29 лютого – 4 березня 2016 р.). Львів: «Галицька видавнича спілка», 2016. С. 24–30.

²³² Матузов Н. И., Малько А. В., Щундилов К. В. Правовая политика современной России: предлагаем проект концепции для обсуждения. *Правовая политика и правовая жизнь*. 2004. № 1. С. 6–27; Проект концепции правовой политики в Российской Федерации до 2020 года. Под ред. А. В. Малько. Саратов, 2010. 49 с.; Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. Вступ. ст. А. Л. Маковского. М.: Статут, 2009. 160 с.

²³³ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.). URL: <http://base.garant.ru/12176781/>

системності та наукової обґрунтованості²³⁴. Однак далі пропозицій і закликів щодо належного дослідження і наукового обґрунтування цивільно-правової політики справа у них не рухається. Ними зазвичай аналізуються нормативні положення чинного цивільного законодавства та законопроектна діяльність, досліджуються тенденції розвитку цивільних правовідносин і вдосконалення їх врегулювання²³⁵.

Понад 100 років тому Г. Ф. Шершеневич, аналізуючи подібне ставлення до певної цивілістичної проблеми, писав: «На жаль, цивілісти занадто нехтують критичним прийомом, обмежуються коментуванням і систематизацією існуючого права, без зазначення його недоліків та бажаних змін у ньому»²³⁶.

Проблематиці цивільно-правової політики найбільшу увагу (серед російських вчених) приділяє Є. В. Вавілін. Однак і він звертається до цієї теми лише на рівні статей. При цьому частина їх тексту, що стосується поняття, мети та законодавчого втілення результатів цивільно-правової політики в РФ, слово в слово передруковується з однієї публікації в іншу²³⁷.

²³⁴ Камышанский В. П. Некоторые аспекты российской гражданско-правовой политики. *Власть Закона*. 2013. № 3 (15). С. 10–15. URL: <https://readera.org/nekotorye-aspekty-rossijskoj-grazhdansko-pravovoj-politiki-140196907>

²³⁵ Див., наприклад: Сатушиева Л. Х., Махиева Т. Т., Жугов А. А., Кастуева А. О. Формирование правовой политики в сфере частного права как основное направление изменения доктрины гражданского права в России. *Вестник Алтайской академии экономики и права*. 2018. № 6. С. 239–245.

²³⁶ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1901. С. 7–14.

²³⁷ Вавилин Е. В. Основные направления развития российского гражданского законодательства. *Вестник Саратовской государственной академии права*. 2010. № 3. С. 90–93; Вавилин Е. В., Чельшиев М. Ю. Гражданско-правовая политика. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/grazhdansko-pravovaya-politika/viewer>; Вавилин Е. В. Гражданско-правовая политика. URL: http://pravmisl.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=2339; Вавилин Е. В., Малько А. В. Гражданско-правовая политика в сфере предпринимательства. *Правовая политика и правовая жизнь*. 2009. № 4. С. 10–16.

На думку Є. В. Вавіліна, «цивільно-правова політика – це законодавчо встановлена, заснована на Конституції Російської Федерації і національній юридичній доктрині, системна, послідовна та стабільна діяльність державних та муніципальних органів щодо формування ефективного механізму цивільно-правового регулювання, механізму здійснення та захисту цивільних прав».

В. П. Камішанський погоджується із цим визначенням і доповнює, що цивільно-правова політика «характеризується комплексним підходом до законодавства і потребою в конвергенції зарубіжного досвіду в російське цивільне право»²³⁸. Проте він виявляє очевидну непослідовність і суперечливість думки: з одного боку, пише про цивільно-правову політику РФ, а з іншого – стверджує, що цивільно-правова політика «не може мати національної специфіки, що заснована на багатосторічній історії і традиціях розвитку російського суспільства».

Викликає подив і незрозуміння низка інших аспектів. Наприклад, покликанням цивільно-правової політики називають визначення межі можливого удосконалення цивільного права (і доцільність такого бачення не обґрунтовується). Вважаємо, що сутність цивільно-правової політики полягає не в обмеженні, а в розширенні можливостей цивільного права, зокрема, шляхом удосконалення цивільного законодавства.

Більш ніж спірною видається думка про те, що завдання цивільно-правової політики є «нездійсненим ідеалом, який в реальності не можна досягнути». Цей ідеал «служує швидше дороговказною зіркою, ціннісним орієнтиром, заповітною мрією. Залежно від характеру змін економічних відносин у суспільстві, розстановки політичних сил та засобів цей ідеал може наближатися, віддалятися і навіть змінюватися»²³⁹. Такий утопічний підхід до цивільно-правової політики є не лише хибним, а й небезпечним, оскільки через подібне налаштування навряд чи можливе її реальне функціонування.

Доречно наголошував С. А. Муромцев (про що писав М. М. Вінавер у своїй праці): «Біда наша в тому, що ми ніколи не готові»²⁴⁰. Дійсно,

²³⁸ Камішанский В. П. Некоторые аспекты российской гражданско-правовой политики. *Власть Закона*. 2013. № 3 (15). С. 10–15. URL: <https://readera.org/nekotorye-aspekty-rossijskoj-grazhdansko-pravovoj-politiki-140196907>

²³⁹ Камішанский В. П. Там само.

²⁴⁰ Вінавер М. М. Из области цивилистики. Недавнее (воспоминания и характеристики). М.: Статут, 2015. 384 с.

доктрина має розвиватись на випередження, а правова політика (зокрема, цивільно-правова) повинна бути мобільною, чутливою до потреб цивільного законодавства і водночас життєздатною.

4. Авторське розуміння цивільно-правової політики. Поділяючи позиції спеціалістів у галузі кримінального права (зокрема, І. М. Даньшина, А. А. Музики, Є. В. Лашука)²⁴¹, вважаємо, що і цивільно-правова політика може розглядатись принаймні у двох значеннях: по-перше, як *доктрина*, що вивчає проблеми оптимального врегулювання цивільних правовідносин; по-друге, як відповідна *діяльність держави* у сфері цивільно-правових відносин.

Свого часу теоретик права І. Х. Озеров влучно підкреслив: «Головне в науці – це вміння правильно сформулювати питання, знайти правильний шлях, інакше можна блукати роками і не просунутися ані на крок»²⁴². Ілон Маск (Elon Musk) – американський інженер, підприємець, мільярдер, людина, яка за життя вже стала легендою, також вважає, що в житті найважливіше і найважче – це ставити правильні питання²⁴³. Погоджуємося з наведеним, додаючи від себе, що не менш важливо – віднайти правильні відповіді на правильні запитання.

І наше ключове питання: чому так сталося, що цивільно-правова політика (як доктрина) дотепер залишається осторонь наукових інтересів правознавців? Очевидно, подібний стан можна пояснити тим, що йдеться про приватну галузь права. З цього приводу у більшості цивілістів традиційно приходить на думку заперечення у вигляді запитання: а яка взагалі тут може бути політика (державна «турбота»), якщо цивільні відносини засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників?

²⁴¹ Даньшин І. М. Шляхи розвитку та вдосконалення законодавства про боротьбу з злочинністю. *Концепція розвитку законодавства України*: матеріали наук.-практ. конф. (Київ, трав. 1996 р.). К., 1996. С. 395; Музика А. А., Лацук Є. В. Міжнародна кримінально-правова політика як новий науковий напрям. *Право України*. № 9. 2010. С. 81 – 89.

²⁴² Озеров І. Х. *Основы финансовой науки*. Изд. 4-е. Вып. 1: Учение об обыкновенных доходах. М., 1911. 544 с.

²⁴³ Правила бізнесу Ілона Маска. URL: <https://www.facebook.com/teryoriya14/posts/423534451172507/> (дата звернення: 10.07.2015).

І дійсно, на відміну, наприклад, від кримінального права, за цивільним правом держава сильно поступається своїм впливом на вирішення тих чи інших життєвих ситуацій. Однак це не означає, що цей процес (як законотворчість, юридична практика) позбавлений політико-правового змісту, а тому, вважаємо, потребує відповідного обґрунтування.

На шляху формування цивільно-правової політики – безліч «білих плям», і перша з них полягає у відсутності її наукового забезпечення. Необхідно виробити єдині принципи і теоретичні засади аналізованої політики. Передусім постає проблема розробки концепції цивільно-правової політики як доктринального напрямку, що охоплює, на нашу думку, комплекс принаймні таких наукових проблем.

Місце цивільно-правової політики у правовій системі держави. Правова політика є багатоскладовим явищем. Реалізується вона у сфері різноманітних правовідносин (конституційних, цивільних, кримінальних, процесуальних тощо). Право є джерельною основою будь-якого виду правової політики. Кожен її вид реалізується в особливих, притаманних лише їй формах. Базовим критерієм у цьому питанні виступає специфіка предмета і методу відповідної політики (про це йтиметься у наступному підрозділі).

Вбачаємо значний позитив у практиці формування відповідних концепцій розвитку законодавства України в цілому, і цивільного законодавства зокрема. Слід відзначити, що досвід розробки окремих концепцій на законодавчому рівні існує²⁴⁴. Наявні також і приклади створення наукових концепцій. Наприклад, свого

²⁴⁴ Про Концепцію роздержавлення і приватизації підприємств, землі та житлового фонду: Постанова Верховної Ради України від 31 жовтня 1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 31 грудня 1991 р. № 53. Ст. 795; Про Концепцію державної сімейної політики: Постанова Верховної Ради України від 17 вересня 1999 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1063-14#Text>; Концепція реформування кримінальної юстиції України. Затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008. URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/news/13720>; Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 рр. URL: http://sips.gov.ua/i_upload/file/konts9-14.doc; Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 року. URL: <http://sips.gov.ua/ua/project-ip-strategy28082014>

часу була оприлюднена наукова концепція проекту ЦК України (акумльоване бачення його основних положень такими науковцями, як: Д. В. Боброва, С. П. Головатий, А. С. Довгерт, В. Я. Калакура, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, О. А. Підпригора, О. А. Пушкін, З. В. Ромовська, М. М. Сібільов, Я. М. Шевченко)²⁴⁵.

Правознавці з різних наукових спеціальностей неодноразово звертали увагу на необхідність законодавчого ухвалення Концепції правової політики. Так, у 2012 р. О. М. Руднева і О. Н. Ярмиш з цього приводу слушно зазначили, що для розроблення такої Концепції є досить потужний кадровий потенціал: чимало визнаних фахівців у сфері теорії права, галузевих юридичних наук працюють у відділеннях Національної академії правових наук України та її установах, Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, навчальних закладах²⁴⁶. Ми вже згадували про розроблений у 2003 р. проект Концепції правової політики України²⁴⁷; шкода, що так і не відбулося законодавчого закріплення цього документа.

Також, з метою модернізації господарського законодавства були розроблені спеціальна концепція та відповідні практичні рекомендації²⁴⁸. На жаль, як зазначає Г. Л. Знаменський, поки що жодний із державних органів у нашій країні не зацікавився цією конструктивною ідеєю, не помітивши насправді кризові явища в цій галузі²⁴⁹.

²⁴⁵ Кодифікація приватного (цивільного) права України. За ред. проф. А. Довгерта. К.: Український центр правничих студій, 2000. 336 с.

²⁴⁶ Руднева О. М., Ярмиш О. Н. Правова політика України: стан, проблеми концептуалізації та підвищення ефективності (аналітична доповідь). *Правова політика України: концептуальні засади та механізми формування*: зб. матеріалів наук.-практ. конф. (Київ, 5 груд. 2012 р.). За ред. О. М. Рудневої, д. ю. н., проф. К.: НІСД, 2013. С. 16.

²⁴⁷ Железняк Н. А. Поняття державної правової політики та її загальна характеристика. *Наукові записки КНЕУ. Юридичні науки*. 2003. Т. 21. С. 13.

²⁴⁸ Концепция модернизации хозяйственного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины (проект). *Экономика и право*. 2006. № 2(15). С. 5–16.

²⁴⁹ Знаменський Г. Наукоємність сучасного господарського права. *Право України*. 2010. № 8. С. 24.

Концепції правової політики в конкретних сферах мають бути представлені як система теоретичних положень, що відображають погляди на сутність, завдання, принципи, пріоритети, напрями, механізми реалізації і шляхи підвищення ефективності правового регулювання в Україні у довготривалій перспективі.

В аспекті предмета дослідження важливо привернути увагу до позитивного зарубіжного досвіду. Наприклад, вчені Казахстану продуктивно вивчають окремі аспекти цивільно-правової політики у правотворчій та правозастосовній формах її реалізації²⁵⁰. Також вони досягли значних успіхів у запровадженні на законодавчому рівні концепцій правової політики, що здійснюється вже кілька десятиліть поспіль. У 2002 р. в Республіці Казахстан була ухвалена і затверджена Президентом країни перша Концепція правової політики до 2010 р. Згодом було ухвалено її оновлений варіант на період з 2010 до 2020 рр., який успішно реалізовано. У цих документах є спеціальний розділ, присвячений цивільно-правовій політиці. Вже розробляється і третя Концепція правової політики Республіки Казахстан до 2030 р. Цей досвід є унікальним і, на нашу думку, має бути врахований українською владою.

Ще одна країна, яка активно запроваджує на законодавчому рівні різноманітні правові концепції, це Таджикистан. Зокрема, у 2014 р. було

²⁵⁰ *Карагусов Ф. С.* Перспективы развития гражданского законодательства в свете новой Концепции правовой политики Республики Казахстан. Доклад на научно-теоретической конференции «Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года – перспектива устойчивого развития государства», посвященной 75-летию Казахского Национального университета им. Аль-Фараби, 7 сентября 2009 г. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31664619#pos=21;60; *Сулейменов М. К.* Основные положения Концепции правовой политики Республики Казахстан относительно совершенствования гражданского законодательства. *Совершенствование законодательства в свете Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года: материалы Международной научно-практической конференции от 19 ноября 2010 года.* URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31251078#pos=2259;-60; *Каудыров Т. Е.* Концепция правовой политики Республики Казахстан о дальнейшем развитии гражданского законодательства. *Там само.*

ухвалено Концепцію розвитку цивільного законодавства Республіки Таджикистан²⁵¹.

У 2019 р. розпочата і наразі триває робота щодо оновлення ЦК України²⁵². Сподіваємось, що робоча група зможе врахувати всі проблеми практики його застосування, усуне наявні колізії цивільно-правового і господарсько-правового регулювання майнових відносин, прогалини і дублювання у межах ЦК України. І, зрештою, цивільно-правова політика займе своє «законне» місце у правовій системі держави.

Мета і завдання цивільно-правової політики. На нашу думку, сьогодні не варто сумніватися в актуальності розробки проблем цивільно-правової політики хоча б тому, що вона давно існує як реальний вид державної діяльності, однак у недосконалому, «тіньовому» вигляді. Наразі цивільно-правова політика потребує легалізації і належної уваги спеціалістів – це відповідає сучасним викликам і, сподіваємось, знайде підтримку в наукових колах.

Є. В. Вавілін так визначає мету політики у цивільно-правовій сфері: «... забезпечити за допомогою послідовно організованих юридичних засобів реально гарантовану можливість здійснення та

²⁵¹ Концепция развития гражданского законодательства Республики Таджикистан, утв. решением Ученого Совета Национального Центра законодательства при Президенте Республики Таджикистан от 30.04.2014 г., № 4. *Законодательство*. Душанбе, 2014. № 2 (14). С. 134–151.

²⁵² Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF#Text>; Кузнєцова Н. С., Кот О. О., Гриняк А. Б., Пленюк М. Д. Скасування Господарського кодексу України: потенційні наслідки та необхідні передумови. *Вісник Національної академії правових наук України*. Редкол.: В. Тацій та ін. Харків: Право, 2020. Т. 27. № 1. 202 с. С. 100–131; Спасибо-Фатєєва І. В. З приводу концепції щодо модернізації Цивільного кодексу України (рекодифікації). URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/157375-z-privodu-kontseptsiyi-schodo-modernizatsiyi-tsvilnogo-kodeksu-ukrayini-rekodifikatsiyi>

захисту суб'єктивних цивільних прав і законних інтересів, створення цілісної системи правового регулювання цих відносин»²⁵³.

Ми вважаємо, що *мета* цивільно-правової політики полягає у забезпеченні оптимального функціонування і розвитку цивільно-правових відносин та практики застосування цивільного законодавства.

У широкому розумінні, цивільно-правова політика вирішує два основних завдання: 1) визначити, яким максимально ефективним шляхом за допомогою цивільно-правових норм можна досягнути відповідних соціальних результатів; 2) передбачити соціальні наслідки реалізації конкретних цивільно-правових норм.

Окрім зазначених, можна виділити і такі завдання цивільно-правової політики, як:

дослідження системи принципів цивільно-правової політики; з'ясування співвідношення принципів цивільного права та принципів цивільно-правової політики; обґрунтування зумовленості імплементації латинських понять у ЦК України (як аспект проблеми законодавчої техніки); дослідження вітчизняного та зарубіжного досвіду кодифікації цивільного законодавства; пізнання змісту соціального явища «політична воля» у контексті відповідних нормативно-правових актів; визначення публічних начал і їх меж у цивільному праві; вивчення досвіду вчених конституціоналістів, криміналістів, процесуалістів тощо у сфері пізнання відповідних видів правової політики; наукове обґрунтування стратегії правового розвитку у довготривалій перспективі та розроблення середньострокових і короткострокових програм розвитку відповідних інститутів цивільного законодавства; усунення прогалин законодавства в означеній сфері; вдосконалення процедур профілактики і запобігання колізіям нормативно-правових актів; актуалізація участі громадськості у формуванні цивільно-правової політики: стан і перспективи; створення сприятливих правових умов для подолання правового нігілізму та оздоровлення морального стану українського суспільства.

²⁵³ *Вавилин Е. В.* Гражданско-правовая политика. URL: http://pravmisl.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=2339

Чи не найскладнішим завданням цивільно-правової політики є з'ясування співвідношення понять «цивільне право» і «цивільно-правова політика». Аналогічну складність, до речі, становить і процес одночасного пізнання будь-якої іншої галузі права і відповідного (гіпотетичного) виду політики. Ця проблема докладно висвітлена у наступному підрозділі.

В контексті аналізованого питання доречним, на нашу думку, є запозичення досвіду Таджикистану щодо запровадження аналізу регулятивного впливу (АРВ), ініційованого урядом країни у 2015 р. Задля уникнення дублювання та суперечностей нормативно-правових приписів, які шкодять цивільно-правовій політиці (шляхом скорочення інвестицій, відсутності інновацій, наявності корупції, росту тіньової економіки) було запропоновано ввести АРВ. За умови науково обгрунтованого підходу, АРВ має підвищувати ефективність регулятивних приписів, скорочувати кількість декларативних та неякісних нормативно-правових актів, активізувати участь членів громадянського суспільства в розробці та ухвалені суспільно важливих рішень²⁵⁴. Початок роботи зазначеної системи розпочався у 2016 р. Система АРВ не є винаходом Таджикистану, вона функціонує і сприяє покращенню регулювання у більшості розвинених країнах і виступає в якості фільтру в процесі нормотворчості²⁵⁵.

Наразі АРВ – це найбільш застосований метод у Таджикистані під час розробки законодавства та інших інструментів державної політики, в основі якого лежить аналіз очікуваних наслідків (позитивних і негативних), що можуть бути виявлені в кінцевому підсумку від проєктованого запровадження тих чи інших регулятивних засобів. АРВ дозволяє заздалегідь оцінити потенційні

²⁵⁴ Гаюров Ш. К. Гражданско-правовая политика: некоторые проблемы формирования. *Правовая жизнь*. Январь – март 2016. № 1 (13). С. 125–137. URL: https://tju.tj/Найти%20huquqi/PZh_1_2016.pdf

²⁵⁵ Баррето Рубен, Гутан Игорь, Новийон Цезарь Кордова. Модель системы анализа регулятивного воздействия в Таджикистане. *Краткие отчеты АБР*. № 51, декабрь 2015. С. 1–8. URL: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/181102/model-regulatory-impact-analysis-system-tajikistan-ru.pdf> С. 3.

результати ухвалення нового законодавства, можливі ризики для підприємців і, зрештою, – ефект запропонованих заходів з урахуванням мети державної правової політики та проблем, на розв’язання яких спрямовані відповідні рішення²⁵⁶.

Наведений досвід є слушним і важливим для України. Планування, моніторинг, аналіз, оцінка та звіти – все це є проявами функціонування цивільно-правової політики.

Принципи цивільно-правової політики. Під принципами правової політики розуміють основоположні ідеї, які визначають загальні підходи громадянського суспільства та державної влади щодо стратегічно орієнтованої діяльності у сфері правового регулювання суспільних відносин. Вони впливають із об’єктивних закономірностей правового розвитку, його призначення та спрямованості. Такі принципи слугують уніфікації характеру цілеспрямованого впливу на суспільні відносини за допомогою правових засобів, а також стають критерієм оцінки правильності здійснення правотворчих та правозастосовних рішень²⁵⁷.

Важливим і непростим є питання про співвідношення принципів певного виду правової політики з принципами відповідної галузі права. Насправді, принципи цивільно-правової політики і цивільного права певною мірою перетинаються, хоча слід пам’ятати, що право і політика за своєю сутністю є різними явищами. На нашу думку, до системи вихідних ідей цивільно-правової політики необхідно віднести такі основні її принципи: 1) верховенства права; 2) політичної легітимності; 3) соціальної обумовленості; 4) наукової обґрунтованості; 5) реальності; 6) балансу приватних і публічних інтересів.

Сфери впливу (функціонування) цивільно-правової політики можуть визначатися за поділом цивільних правовідносин на відповідні підгалузі, інститути, підінститути цивільного права.

²⁵⁶ Аналіз інвестиційного клімату и привлечения инвестиций в Республике Таджикистан. URL: <https://investcom.tj/tj/takhlil/68-analiz-investicionnogo-klimata-i-privlechenija-investicij-v-respublike-tadzhikistan.html> (дата звернення 17.06.2018).

²⁵⁷ Проект концепции правовой политики в Российской Федерации до 2020 г. Под ред. А. В. Малько. М.: 2008. С. 19 – 21.

Доречно зазначити, що російська вчена Н. О. Сидорова у своїй дисертації доходить, на нашу думку, хибного висновку про місце договірної політики у загальній правовій політиці. Вона вважає, що договірна політика є різновидом правової політики²⁵⁸. Ми переконані, що їх кореляція полягає в іншому. Договірна політика – це складова (окремий елемент) цивільно-правової політики, яка, у свою чергу, є видом приватноправової політики. Отже, маємо таку схематичну послідовність загального, родового, видового та окремого: правова політика→приватноправова політика→цивільно-правова політика (окреме у відповідній сфері: договірно-правова, речово-правова, деліктно-правова політика тощо).

На нашу думку, можна виділити, зокрема, такі напрями цивільно-правової політики, що стосуються сфери: обігу об'єктів цивільних прав; діяльності суб'єктів цивільного права; охорони та захисту цивільних прав та інтересів; дотримання особистих немайнових прав фізичної особи; функціонування права власності; здійснення речових прав на чуже майно; реалізації авторського права і суміжних прав; забезпечення права промислової власності; охорони засобів індивідуалізації учасників, товарів і послуг цивільного обороту; застосування заходів цивільно-правової відповідальності; здійснення договірних зобов'язань; реалізації засобів забезпечення виконання зобов'язань; здійснення позадоговірних зобов'язань, що виникають із правомірних дій; застосування позадоговірних зобов'язань, що виникають із неправомірних дій; відповідальності за цивільно-правові делікти.

Тут ми зазначили лише основні сфери впливу цивільно-правової політики, диференціацію яких можна продовжити. Наприклад, цивільно-правова політика у сфері охорони засобів індивідуалізації учасників, товарів і послуг цивільного обороту, в свою чергу, може

²⁵⁸ Сидорова Н. А. Договорно-правовая политика: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 8. URL: <https://www.dissercat.com/content/dogovorno-pravovaya-politika-problemy-teorii-i-praktiki>

складатися із таких різновидів впливу, як: цивільно-правова політика у сфері права інтелектуальної власності на комерційне найменування; цивільно-правова політика у сфері права інтелектуальної власності на торговельну марку; цивільно-правова політика у сфері права інтелектуальної власності на географічне зазначення.

Правове забезпечення (джерела) цивільно-правової політики. Аналізована політика має власне коло джерел, які становлять її основу, визначають її напрями та межі. До них належать: Конституція України як джерело всієї внутрішньої та зовнішньої політики держави, основа всього національного законодавства; Цивільний кодекс України²⁵⁹; відповідні положення інших кодифікованих нормативно-правових актів (зокрема, Господарського кодексу України, Земельного кодексу України, Сімейного кодексу України); інші нормативно-правові акти, а також правозастосовні акти, що стосуються приватноправової сфери: закони України; укази Президента України, постанови Верховної Ради України, інші підзаконні нормативно-правові акти; акти органів влади АРК та органів місцевого самоврядування; рішення Конституційного Суду України; постанови Пленуму Верховного Суду України; постанови Пленуму Верховного Суду; міжнародні договори, ратифіковані Україною (ст. 10 ЦК України); практика Європейського суду з прав людини²⁶⁰; звичай (зокрема, звичаї ділового обороту – ст. 7 ЦК України); цивільний договір (ст. 6 ЦК України).

²⁵⁹ *Примітка.* Наприклад, З. В. Ромовська цілком справедливо вважає, що будь-який закон є інструментом політики. Через нього Українська держава утворює свою політику. Тобто реалізує гуманітарну, демографічну, господарську, аграрну, інвестиційну, житлову та інші види політики, які є складовими єдиної державної політики, що спрямована на забезпечення добробуту кожного громадянина, а відтак – і всієї держави. Цивільний кодекс України є, безумовно, актом політичним, оскільки є засобом реалізації державної політики. *Ромовська З. В.* Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: підручник, К.: Атіка, 2005. С. 126–127.

²⁶⁰ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2006. № 30. Ст. 260.

Суб'єкти і учасники цивільно-правової політики. У правовій доктрині відсутнє усталене розуміння того, хто може бути суб'єктом правової політики. Деякі автори вважають, що єдиним суб'єктом правової політики є держава²⁶¹; інші відносять до них державні органи²⁶². Третя група вчених вважає, що до таких суб'єктів належать державні та місцеві органи влади²⁶³. Нарешті, четверта група дослідників схиляється до полісуб'єктності правової політики (окрім зазначених вище суб'єктів, до них відносять також недержавні організації, окремих осіб тощо)²⁶⁴.

²⁶¹ Демидов А. И. Правовая политика: от России уголовной к России безопасной. *Правовая политика и правовая жизнь*. 2000. Ноябрь. С. 43; Захаров А. В. Эколого-правовая политика российского государства на современном этапе и перспективы ее развития. *Вестник Тамбовского государственного университета*. 2006. № 2. С. 95; Сердюкова И. Г. Международно-правовая политика современной России в сфере осуществления прав и законных интересов человека: общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. С. 9; Морозова И. С. Место и роль льгот в правовой политике государства. *Правоведение*. 1997. № 4. С. 150; Серкутьев И. В. Функциональная система правовой политики: понятие и содержание. *Право и политика*. 2009. № 5. С. 1169.

²⁶² Минюк Н. В. Правовая политика как фактор повышения качества законодательства в современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. 24 с. С. 13; Приходько И. М. Роль юридических ограничений в осуществлении правовой политики в России. *Правоведение*. 1997. № 4. С. 156.

²⁶³ Багаутдинова Ю. Б. Муниципально-правовая политика как особая разновидность правовой политики: общетеоретический аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. С. 17.

²⁶⁴ Механизмы формирования правовой политики в Российской Федерации. *Юристы-Правоведь*. 2009. № 1. С. 23; Воробьева Е. В. Институционально-правовой порядок в современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2005. С. 25; Дьяченко В. Ф. Поощрительно-правовая политика современной России: общетеоретический анализ: дис. ... канд. юрид. наук. Пятигорск, 2006. С. 27; Юмадилов Б. Г. К вопросу о понятии и сущности правовой политики. *Правовая политика и правовая жизнь*. 2009. № 3. С. 19; Рыбаков О. Ю. Правовая политика как юридическая категория: понятие и признаки. *Журнал российского права*. 2002. № 3. С. 71.

Держава завжди була і залишається традиційним суб'єктом будь-якого виду правової політики. Але останнім часом набула популярності обґрунтована позиція щодо розширення цього суб'єктного складу. Зокрема, за рахунок структур громадянського суспільства, що розвиваються²⁶⁵. Дійсно, держава є найбільш активним суб'єктом правової політики, але вже давно не єдиним. І це – позитивні зміни у класичному підході. П. А. Давидов до суб'єктів правової політики відносить – органи державної влади, їх посадових осіб, громадян та інститути громадянського суспільства, які шляхом застосування правових методів і охоплюючи правову сферу діяльності, публічно беруть участь у формуванні та здійсненні правової політики з метою забезпечення прав і свобод людини і становлення правової державності²⁶⁶. Загалом зазначений підхід може бути застосований і до суб'єктів цивільно-правової політики.

Отже, ми поділяємо підхід четвертої групи дослідників, які визнають полісуб'єктний характер правової політики. До суб'єктів правової політики, окрім держави загалом, органів державної влади, їх посадових осіб, місцевих органів влади, також належать недержавні (неурядові) організації (зокрема, громадські об'єднання), громадяни тощо). До речі, станом на 2018 рік в Україні було зареєстровано 81 598 громадських організацій.

Водночас зауважимо, що у правовій науці виділяють суб'єктів та учасників певного виду правової політики²⁶⁷. Причому перелік тих, хто

²⁶⁵ Руднева О. М., Ярмиш О. Н. *Правова політика України: стан, проблеми концептуалізації та підвищення ефективності (аналітична доповідь). Правова політика України: концептуальні засади та механізми формування: зб. матеріалів наук.-практ. конф.* (Київ, 5 груд. 2012 р.). За ред. О. М. Рудневої, д. ю. н., проф. К.: НІСД, 2013. С. 9–10.

²⁶⁶ Давидов П. А. *Субъекты правовой политики в Российской Федерации: общетеоретический аспект: аттореф. дис. ... канд. юрид. наук.* Волгоград, 2011. С. 3–4.

²⁶⁷ Наприклад, Борисов В. І., Фріс П. Л. *Поняття кримінально-правової політики. Вісник Асоціації кримінального права України.* 2013. № 1 (1). С. 22.

входить до кожної із наведених груп, є різним. На нашу думку, наведена диференціація бере за основу положення загальної теорії права, де існує декілька підходів щодо співвідношення понять «суб'єкт права», «суб'єкт правовідносин», «учасник правовідносин»²⁶⁸. Вважаємо доцільним розмежовувати такі поняття, як «суб'єкт цивільно-правової політики» і «учасник цивільно-правової політики».

Для з'ясування питання, хто може належати до тієї чи іншої із зазначених категорій, слід також розмежовувати поняття «суб'єкт цивільного права» і «суб'єкт цивільно-правової політики». Трансформуючи думку П. А. Давидова²⁶⁹ для потреб нашого дослідження, вважаємо, що діяльність обох зазначених груп суб'єктів засновується на праві і здійснюється правовими методами. Суб'єкти цивільного права можуть одночасно бути і суб'єктами цивільно-правової політики. Можливі випадки, коли суб'єкт цивільно-правової політики не є суб'єктом цивільного права, або коли суб'єкт цивільного права не є суб'єктом цивільно-правової політики. Ця кореляція залежить від конкретної правової та політичної ситуації у державі та суспільстві.

Суб'єкти цивільно-правової політики – це фізичні та/або юридичні особи приватного та публічного права, які безпосередньо беруть участь у її створенні, водночас не обов'язково виступають у якості її учасників, тобто суб'єктів здійснення (реалізації) такої політики. Основним суб'єктом цивільно-правової політики є держава.

Учасники цивільно-правової політики (суб'єкти здійснення цивільно-правової політики) – це фізичні та/або юридичні особи приватного та публічного права, які безпосередньо беруть участь у її реалізації. При цьому вони можуть бути, а можуть і не бути суб'єктами цивільно-правової політики. Ними можуть бути суб'єкти, які безпосередньо не задіяні у творенні цивільно-правової політики. Тому ми не погоджуємося із тими вченими, які стверджують, що на відміну від суб'єктів правової політики її учасники не формують

²⁶⁸ *Музика Л. А.* Проблеми права комунальної власності в Україні: монографія. К.: Атіка, 2006. С. 56–60.

²⁶⁹ *Давыдов П. А.* Субъекты правовой политики в Российской Федерации: общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011. С. 3–4.

відповідний вид правової політики, а лише діють у сфері відповідного правового регулювання²⁷⁰.

Отже, до суб'єктів цивільно-правової політики належить передусім держава, адже її діяльність і становить сутність аналізованого виду правової політики. Водночас, беручи участь у цивільних відносинах, вона виступає в них на рівні з іншими публічними та приватними суб'єктами, тобто може виступати й учасником цивільно-правової політики (ст.ст. 2, 167, 170 ЦК України). Коло учасників цивільно-правової політики, на нашу думку, є значно ширшим і більш різноманітним. До них, окрім держави, належать, зокрема: фізичні та юридичні особи (ст. 2 ЦК України); Український народ, від імені якого цивільні права здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування у межах, встановлених Конституцією України (ст. 324 ЦК України); Автономна Республіка Крим, яка набуває і здійснює цивільні права та обов'язки через її органи влади у межах їх компетенції, встановленої законом (ст. 171 ЦК України); територіальні громади, які беруть участь у цивільних відносинах як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування (ст. 172, 327 ЦК України); Президент України; органи державної влади (зокрема, міністерства, відомства, державні адміністрації); Антимонопольний комітет України; Фонд державного майна України; Державна регуляторна служба України; Рахункова палата України; суди всіх рівнів; Конституційний Суд України.

3.2. Цивільне право і цивільно-правова політика як проблема синергії

У цьому підрозділі розглянемо одну із класичних, дотепер актуальну, проблему предмета і методу цивільно-правового

²⁷⁰ Борисов В. І., Фріс П. Л. Поняття кримінально-правової політики. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1 (1). С. 22.; Прошников Д. О суб'єктах правової політики. *Правова політика в Україні: питання теорії та практики*: збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 24 жовтня 2014 року): в 2 т. К.: Національна академія прокуратури України, 2014. Т. 1. С. 23.

регулювання, їх сучасне розуміння в контексті конвергенції приватного та публічного права. З'ясування зазначеного дозволить виділити особливості предмета і метода цивільно-правової політики та їх кореляцію з предметом та методом цивільного права.

Доречно пригадати, що питання про критерії поділу права на галузі та інститути постійно перебуває в центрі уваги вчених-юристів, неодноразово було предметом широкого публічного обговорення. Так, у 1938–1941 роках відбулася дискусія щодо *предмета* правового регулювання, а в 1955–1958 роках – стосовно *методу* правового регулювання. У 1982 р. відбулася чергова дискусія за темою: «Система радянського права і перспективи її розвитку». У виступах учасників знову зверталася увага на предмет і метод правового регулювання як головні критерії відокремлення галузей права. Багато вчених закликали переглянути уявлення, що склалися стосовно системи права і системи законодавства. У цьому полягала певна новизна дискусій. Сьогодні існує думка, що, зокрема, цивільне, кримінальне, трудове, адміністративне право (як галузі права) співпадають з відповідними галузями законодавства. Це, на думку вчених, – ідеальний варіант в аналізованому співвідношенні. Він є найбільш бажаним, оскільки зближення двох систем, їх гармонійний розвиток підвищують функціонування всього правового механізму²⁷¹.

В країнах англо-американського права поділ на галузі взагалі відсутній. Так, в університетах США немає курсу цивільного права, натомість викладають курси контрактного права, банкрутство, відшкодування збитків тощо. Це притаманно всій західній юриспруденції. Подекуди виділяють лише базові галузі: цивільне, адміністративне, кримінальне²⁷².

Дискусії щодо системи права і постійні пропозиції про виділення все нових галузей права точаться здебільшого на теренах

²⁷¹ Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2, перераб. и доп. Отв. ред. проф. М. Н. Марченко. Том. 2. М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. С. 339.

²⁷² Сулейменов М. К. Предмет, метод и система гражданского права: проблемы теории и практики. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30458227#pos=0;0

пострадянського простору. Вже майже сторіччя триває ця дискусія, її початком прийнято вважати 1938 р., коли так званий «ідеолог законності» А. Я. Вишинський сформулював визначення права і жорстку систему галузей права²⁷³. Не одне покоління юристів виросло у межах цієї системи понять і тому процес змін і наближення до західних підходів стосовно цього питання ще може тривати якийсь час.

Дещо спірною видається думка О. Є. Харитонова про те, що приватне право, так само як і право публічне (яке доповнює і, певною мірою, «врівноважує» приватне право, як регулятор суспільних відносин), є наднаціональними системами права. Тому, на думку вченого, некоректним вести мову про «приватне право України», «приватне право Франції», «приватне право Німеччини», а має йтися про «традицію приватного права в Україні», «традицію приватного права у Франції», «традицію приватного права у Німеччині», і відповідно про галузі національного права: «цивільне право України», «цивільне право Франції», «цивільне право Німеччини» тощо²⁷⁴.

Можна було б сприйняти запропоновану логіку, якби всі правові національні системи мали одноманітний внутрішній поділ. Натомість навіть у межах відповідної правової системи існують суттєві розбіжності. Більше того, у межах відповідної галузі права ті чи інші підгалузі та правові інститути в одній країні належать до галузі приватного права, а в іншій – до публічного. Вважаємо за необхідне застосовувати традиційний підхід у цьому і враховувати поділ національної системи права на публічне та приватне право.

Також не можемо погодитись із пропозицією згаданого вченого про можливість, за аналогією із поділом міжнародного права на міжнародне приватне та міжнародне публічне право, здійснити поділ підприємницького права на підприємницьке публічне право

²⁷³ *Вишинский А. Я. Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 4.*

²⁷⁴ *Харитонов О. О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство». Часопис цивілістики. 2013. Вип. 14. С. 9.*

і підприємницьке приватне право²⁷⁵. Не бачимо підстав для такого поділу. На нашу думку, всі норми приватного характеру необхідно розмістити у ЦК України, вилучивши їх з ГК України, і відповідно публічні норми – вилучити з ЦК України і включити їх до ГК України.

Аналізуючи п. 3 ст. 2 ЦК РФ (в ЦК України містяться положення аналогічного змісту – ч. 2 ст. 2), М. М. Малєїна робить правильний висновок: сам факт застосування цивільного законодавства до майнових відносин влади і підпорядкування, якщо це прямо передбачено законом, не змінює правову природу цих відносин і вони залишаються адміністративними, фінансовими, податковими і т. ін. та не входять до предмета цивільного права. І навпаки, цивільні відносини не перестають бути цивільними незалежно від того, в якій сфері ці відносини реалізуються – земельній, природоохоронній, корпоративній, в цілому підприємницькій²⁷⁶.

Сам критерій відмінності між правом публічним і приватним, на думку Й. О. Покровського, залишається донині нез'ясованим. Навіть навпаки: сучасному досліднику цього питання може здатися, що чим далі, тим більш це питання заплутується й стає безнадійно нерозв'язним²⁷⁷. Зазначені слова, закарбовані класиком цивілістики на початку ХХ ст., залишаються актуальними і сьогодні. Власне цим і обумовлюється необхідність додаткового дослідження зазначених питань з метою вдосконалення наукових підходів до розуміння й побудови правової системи країни.

Дослідження предмета цивільно-правового регулювання вже багато років належить до сфери наукових інтересів багатьох поколінь цивілістів. До 1917 р. цій проблемі приділяли увагу, наприклад, Д. І. Меєр, Й. О. Покровський, Г. Ф. Шершеневич; за радянської доби – П. І. Стучка, О. Г. Гойхбарг, С. І. Аксенаїз, Є. Б. Пашуканіс,

²⁷⁵ Харитонов Є. Елементи диспозитивного та імперативного регулювання цивільних відносин у Цивільному кодексі України. *Право України*. 2014. № 2. С. 51 – 52.

²⁷⁶ Малєїна М. Н. Личные неимущественные отношения: понятие, осуществление, защита: монография. М.: МЗ Пресс, 2000. С. 23–24.

²⁷⁷ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. 6-е изд., стереот. М.: Статут, 2013. С. 41.

Я. Ф. Миколенко, М. О. Аржанов, Д. М. Генкін, А. Б. Годес, С. М. Братусь, Г. М. Амфітеатров, М. М. Агарков, С. Ф. Кечекьян, А. В. Венедиктов, А. В. Дозорцев, І. Г. Мревлишвілі, Р. Й. Халфіна, С. І. Вільнянський, О. О. Красавчиков, В. І. Корецький, В. А. Тархов, М. Д. Єгоров, Ю. К. Толстой, В. Ф. Яковлев, О. А. Пушкін, Ю. С. Червоний, Ч. Н. Азімов, О. А. Підпригора, П. М. Рабінович, Д. В. Боброва та інші.

Фактично всі класики цивільного права зверталися до цієї проблеми. Вона і сьогодні належить до пріоритетних напрямів наукових досліджень в галузі цивільного права. Серед сучасних вітчизняних дослідників цієї проблеми – Н. С. Кузнецова, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. В. Луць, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, Р. А. Майданик, З. В. Ромовська, Є. О. Харитонов, В. М. Коссак, Р. О. Стефанчук, С. О. Погрібний, М. М. Сібільов, Р. Б. Шишка, В. Л. Яроцький та ін.

Наразі можна виділити декілька підходів щодо критеріїв поділу права на галузі:

1. За предметом правового регулювання (зокрема, О. І. Худяков, О. С. Йоффе, М. Д. Єгоров, Е. Д. Хафізов). Особливо яскраво це можна простежити у комплексних галузях права, де існує специфічний предмет (коло суспільних відносин), а метод правового регулювання запозичується у класичних галузей права; або застосовуються обидва методи (імперативний та диспозитивний).

2. За методом правового регулювання (наприклад, М. М. Агарков, М. К. Сулейменов, Є. О. Суханов, С. С. Алексєєв). Прихильники цього підходу вважають, що практично всі галузі, у той чи інший спосіб, регулюють майнові, особисті немайнові та організаційні відносини. І природа цих відносин не змінюється залежно від того, нормами якої галузі права вони регулюються. Критерієм розмежування виступає власне метод правового регулювання, яких існує два – публічного права (метод владного підпорядкування – імперативний) і приватного права (диспозитивний метод).

3. За предметом і методом – класичний підхід (зокрема, Р. Б. Прилуцький, К. Г. Волинка), який характеризується поєднанням двох цих обов'язкових елементів.

4. Окрім предмета і методу, серед обов'язкових критеріїв самобутності галузі права, визначають також її функції, принципи та особливості відповідальності (Р. Б. Сивий, Є. О. Харитонов).

За радянської доби був також запропонований ще один критерій предметного визначення цивільного права – критерій цивільного обігу²⁷⁸. Однак зазначена позиція була справедливо розкритикована. Поняття цивільного обігу вживається у науці у двох значеннях – економічному та правовому. Під останнім розуміють сукупність передбачених законом фактів, у зв'язку із якими виникають цивільні правовідносини. В економічному значенні – це сукупність майнових відносин, які виникають у сфері виробництва та обміну²⁷⁹. Жодне із наведених визначень не відображає всієї сутності цивільного права і не розкриває всю його специфіку.

Останнім часом пропонується докорінно переглянути класичні критерії поділу права на галузі. Зокрема, на думку В. П. Мозоліна, систему права слід розглядати на трьох рівнях: 1) конституційне право як базова частина національного права; 2) системоутворюючі гілки права (шість матеріальних гілок – цивільне, адміністративне, податкове, трудове, корпоративне (нині у стадії формування), кримінальне; одна процесуальна гілка – цивільний, арбітражний і кримінальний процес); 3) правові утворення, які діють в окремих сферах життя суспільства і держави у формі комплексних кодексів та інших комплексних нормативних актів (земельне, житлове, водне, лісове право)²⁸⁰. Одним із критеріїв віднесення гілок матеріальних галузей права до другого рівня автор визначає наявність галузевого виду відповідальності. Третій рівень складають комплексні галузі

²⁷⁸ Див., наприклад: *Генкин Д. М. Предмет советского гражданского права. Советское государство и право. 1939. № 4. С. 28–40; Халфина Р. О. О предмете советского гражданского права. Советское государство и право. 1954. № 8. С. 82–86.*

²⁷⁹ *Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Под ред. докт. юрид. наук, профессора А. Г. Диденко. Алматы: «Нур-пресс», 2006. С. 12.*

²⁸⁰ *Мозолин В. П. О макро- и микро-правовом регулировании комплексных имущественных отношений в сфере экономики. Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива: матеріали міжнар. наук.-практ. конференції. Одеса, 19–20 квітня 2012 р. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 25–26.*

права. На нашу думку, це доволі спірна теорія, яка потребує більш детального аналізу й обґрунтування. Так, залишається незрозумілим, у чому саме полягає особливість відповідальності у податковому праві; до якого із рівнів треба віднести, наприклад, фінансове (банкове, бюджетне) право?

Також існує пропозиція визнавати сутнісною ознакою поділу приватноправових та публічно-правових відносин характер визначеності поведінки суб'єкта права у межах певної юридичної конструкції; під останньою розуміють сукупність правових норм. Також наголошується на тому, що додатковою ознакою розмежування таких відносин є участь у них держави чи приватних суб'єктів. Якщо основою відносин є зобов'язуючі та заборонні юридичні конструкції – це публічно-правові відносини, якщо переважають уповноважуючі конструкції – то це приватноправові відносини²⁸¹. Зазначений підхід навряд чи можна сприйняти позитивно. В кожній галузі права є як зобов'язуючі та заборонні юридичні конструкції, так і уповноважуючі конструкції. Визначення їх кількості не може вважатися надійним критерієм для поділу.

Щодо поділу права на галузі, то нам частково імпонує пропозиція М. К. Сулейменова. Він, зокрема, пропонує взяти за критерій такого поділу не предмет, а сферу правового регулювання або сферу діяльності (сім'я, праця, іноземний елемент – у приватному праві; управління, фінанси, податки тощо – у публічному праві).

На підставі зазначеного ним запропоновано відповідні визначення галузей приватного права. Шляхом виключення отримуємо сферу дії цивільного права: сім'я – сімейне право, праця – трудове право, іноземний елемент – міжнародне приватне право, цивільне право – всі інші матеріальні норми²⁸².

На жаль, автор не конкретизував, що необхідно розуміти під приватним процесуальним правом, на виокремленні якого він наполягає. Єдину особливість цієї галузі права він бачить у тому, що, на відміну

²⁸¹ *Огорілко Ю.* До питання розмежування приватноправових та публічно-правових відносин. *Публічне право.* 2015. № 2 (18). С. 343.

²⁸² *Сулейменов М. К.* Метод правового регулювання як критерій розграничення гражданского и налогового права. URL: <http://www.zakon.kz/4601714-metod-pravovogo-regulirovaniya-kak.html>

від цивільного процесуального права, це – галузь приватного, а не публічного права. Але цього явно недостатньо, аби стверджувати про так звану самобутність «приватного процесуального права», оскільки вчений не визначив ані його предмета, ані сфери його правового регулювання.

Вважаємо доречним під час вирішення питання про галузеву належність тих чи інших відносин керуватися класичними елементами – предмет і метод правового регулювання і додатково – враховувати сферу правового регулювання або сферу діяльності, як це запропоновано М. К. Сулейменовим.

На нашу думку, це дозволить більш точно визначити галузеву належність відповідних відносин. Адже предмет не може відігравати первинну роль у розподілі права на галузі. Так, майнові відносини є предметом правового регулювання не лише цивільного, а й, наприклад, фінансового права. Отже, перший підхід не є універсальним. Другий підхід має чим далі, тим більше прихильників. Але, вважаємо, і предмет, і метод відіграють у сукупності ту роль, яка їм відведена у розмежуванні галузей права. Щодо четвертого підходу, то, дійсно, функції та принципи відіграють важливу роль у відповідній галузі права, її персоніфікації. Однак, видається, що все ж таки вони виступають як факультативні, додаткові елементи. Питання відповідальності взагалі не можна розглядати як обов'язковий елемент самобутності галузі права, оскільки далеко не кожна галузь права має власний вид відповідальності. І як би не відстоювали галузеві фахівці необхідність виділення нових видів відповідальності (земельної, екологічної, податкової тощо), вони мають ознаки вже існуючих видів, зокрема, матеріальної відповідальності.

Аналізуючи подібну до ст. 1 ЦК України ст. 2 ЦК РФ, російські вчені дійшли несподіваного висновку: «Для визначення предмета цивільного права у ст. 2 ЦК РФ використано 2 критерії: об'єкт регулювання із вказівкою на основні групи відносин, що регулюються, та метод регулювання»²⁸³.

²⁸³ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части первой (постатейный). 2-е изд., испр. и доп. Под ред. О. Н. Садикова. М., 2002; Садиков О. Н. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой. Постатейный. 3-е изд., испр., перераб. и доп. КОНТРАКТ, ИНФРА-М. 2005. URL: <https://uchebnikfree.com/pravo-grajdanskoe/kommentariy-grajdanskomu-kodeksu-rossiyskoy.html>

Отже, під предметом правового регулювання пропонують розуміти сукупність об'єкта і методу правового регулювання. На жаль, жодних додаткових аргументів і пояснень стосовно доцільності перегляду класичного підходу до розуміння предмета правового регулювання у зазначених джерелах не надано. Вважаємо, що предмет і метод правого регулювання – це все ж таки суть різні елементи, які доповнюють, але не є складовими один одного.

Положення про предмет цивільного права знайшло своє відображення фактично у всіх цивільних кодексах країн пострадянського простору. Водночас зазначимо: світова історія створення цивільних кодексів ілюструє, що в актах такого типу питання про предмет, як правило, не розроблялися (відповіді на них давав увесь правовий лад відповідних держав). Розробники проекту ЦК України, мотивуючи своє рішення перехідним характером вітчизняної правової системи, все ж наважилися включити до ЦК України низку положень щодо цього питання²⁸⁴.

У ЦК України щодо предмета цивільно-правового регулювання новим, як слушно зазначають Н. С. Кузнецова і А. С. Довгерт, є те, що цивільно-правовим регулюванням охоплюються всі цивільні відносини незалежно від життєвої сфери, в якій вони виникли та існують. Важливу роль у цьому, окрім ст. 1, відіграє ст. 9, якою передбачено, що цивільні відносини виникають у всіх сферах життєдіяльності, в тому числі у сфері функціонування всіх можливих природних ресурсів. Зазначене використання пов'язане також з охороною довкілля. За радянської доби відносини у цій сфері перебували поза межами цивільного регулювання. Чинний ЦК України змінив цю ситуацію. Більше того, всі інші нормативно-правові акти у цій сфері щодо приватноправових норм мають відповідати ЦК України. Практичне значення такого підходу полягає в тому, що у разі колізії цивільно-правових норм, що містяться в будь-якому нормативно-правовому акті, зі статтями ЦК України, слід керуватися нормами останнього. Зазначені вище підходи

²⁸⁴ Кузнецова Н., Довгерт А. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації. *Право України*. 2014. № 2. С. 9–25.

застосовуються і до регулювання цивільних відносин у сферах сім'ї, праці та господарювання²⁸⁵.

Доречно погодитись із Є. О. Харитоновим у тому, що ЦК України згідно з його концепцією, за загальним правилом, є законом «загальної субсидіарної» дії щодо будь-яких особистих немайнових та майнових відносин, які не засновані на адміністративному або іншому підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні (крім того, незалежно від наявності цих ознак, цивільне законодавство не застосовується також до податкових, бюджетних відносин – ч. 2 ст. 1 ЦК України)²⁸⁶.

Цивільне законодавство зазвичай не регулює майнові відносини у сфері публічного права, тобто такі відносини, що засновані на владному підпорядкуванні однієї сторони другій (податкові, бюджетні, адміністративні). Подібне правило містилося і в ЦК УРСР 1963 р. (ст. 2), але воно також категорично забороняло застосування Кодексу до зазначених відносин.

У чинному ЦК України визначено специфіку норм приватного права. Вона проявляється в тому, що ці норми можуть «проникати» до публічно-правових відносин. Наприклад, відповідно до ст. 21 ЦК України суд має право визнавати незаконними акти органів державної влади або місцевого самоврядування. Водночас, у разі виникнення протилежної ситуації (тобто можливості застосування норм публічного права до цивільних відносин), така можливість, на думку розробників ЦК України, повністю виключається²⁸⁷. Утім, згідно з ч. 2 ст. 1 ЦК України, допустимо застосування цивільного законодавства до зазначених вище публічно-правових відносин. Щоправда, лише у випадках, встановлених законом. Наведене законодавче положення є доволі дискусійним, адже від застосування цивільного законодавства до публічних відносин, вони не перестають

²⁸⁵ Там само. С. 13.

²⁸⁶ Харитонов Є. Елементи диспозитивного та імперативного регулювання цивільних відносин у Цивільному кодексі України. *Право України*. 2014. № 2. С. 45.

²⁸⁷ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. Київ: Істина. 2004. С. 7.

бути публічними. При цьому залишається незрозумілим, як будуть застосовуватись цивільні положення до відносин, заснованих на началах влади і підпорядкування. Більше того, доцільність існування такого законодавчого дозволу – доволі сумнівне.

Також актуальною є проблема дуалістичного регулювання приватних відносин, особливо в контексті конвергенції приватного та публічного права.

Чинне законодавство відносить до сфери цивільно-правового регулювання майнові та особисті немайнові відносини. Водночас загально визнаним є те, що майнові відносини регулюються не лише цивільним, а й іншими галузями права (трудовим, земельним, сімейним, фінансовим).

Не витримує жодної критики поділ приватного і публічного права, критерієм якого (поділу) визначено майновий характер відносин. Так, запропоновано вважати, що предмет правового регулювання як основний критерій поділу передбачає віднесення до системи приватноправових відносин норми, що регулюють майнові відносини, а до публічно-правових – немайнові²⁸⁸. Наведена позиція жодним чином не кореспондується ні з російським, ні з українським законодавством (передусім – цивільним) та практикою його застосування.

Окремі автори, намагаючись вирішити питання щодо регулювання майнових відносин різними галузями права, кидаються в інші крайнощі. Так, І. Г. Мревлишвілі свого часу запропонував вилучити майнові відносини з усіх галузей права і включити їх до сфери дії цивільного права²⁸⁹. О. С. Йоффе цілком обґрунтовано розкритикував таку пропозицію²⁹⁰.

Подібну до міркувань І. Г. Мревлишвілі, але не менш радикальну думку, висловлював К. Д. Кавелін. Він запропонував створити галузь

²⁸⁸ Комаров С. А., Малько А. В. Теория государства и права: учебно-методическое пособие. Краткий учебник для вузов. М., 1999. С. 329.

²⁸⁹ Мревлишвили И. Г. Предмет и система советского социалистического гражданского права. *Советское государство и право*. 1954. № 7. С. 109–111.

²⁹⁰ Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Под ред. д.ю.н., проф. А. Г. Диденко. Алматы: «Нур-пресс», 2006. С. 11–12.

виключно матеріального права шляхом вилучення із цивільного права усіх особистих відносин, водночас включити до нього «розкидані» по системі права юридичні відносини між особами щодо майна. Відкидаючи можливість поділу права на публічне і приватне, він пропонував незалежно від цього принципу створити право, яке б об'єднувало усі майнові права як публічного, так і приватного характеру. Тому вважав доцільним об'єднати в одну галузь як існуючі майнові відносини цивільного права, так і відносини щодо податків, зборів, мита, акцизів, інших обов'язкових платежів, пенсій, конфіскації та грошових стягнень²⁹¹. Подальший історичний розвиток суспільних відносин довів правову неспроможність такого підходу.

Деякі вчені вважають, що галузі права (за винятком конституційного та міжнародного) мають справу лише з трьома групами відносин – майновими, особистими та організаційними. Вони є загальними для предмета всіх галузей права²⁹². І ця позиція не позбавлена певної логіки.

У доктрині сформувалися дві позиції щодо аналізу положень цивільного кодексу про предмет і метод правового регулювання. Аналізуючи ст. 2 ЦК РФ (аналог ст. 1 ЦК України), В. І. Богатова стверджує: з її буквального тлумачення можна зробити висновок, що рівність, автономія волі і майнова самостійність учасників властиві обом групам відносин – майновим та особистим немайновим. Однак, вважає вчена, зазначені характеристики стосуються виключно майнових відносин; особисті немайнові відносини позбавлені економічного змісту, оскільки виникають щодо нематеріальних благ, а тому і така ознака, як майнова самостійність учасників не може бути застосована до них. При цьому майнова відповідальність за порушення цих прав не може розглядатись як складова майнової

²⁹¹ *Кавелин К. Д.* Что есть гражданское право и где его пределы. Полн. собр. соч. Т. 4: Этнография и правоведение / примеч. проф. Д. А. Корсакова. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича. 1900. С. 160–165.

²⁹² *Лившиц Р. З.* Выступление на «круглом столе» журнала «Советское государство и право»: Система советского права и перспективы его развития. *Советское государство и право.* 1982. № 6. С. 95.

самостійності. Остання означає, зокрема, можливість учасника цивільних відносин на власний розсуд розпоряджатися належним йому майном. Отже, ця ознака є характерною для тих відносин, які пов'язанні із майном. І хоча особисті немайнові відносини передбачають взаємну оцінку учасниками тих нематеріальних благ, з приводу яких вони виникають, однак на відміну від майнових відносин така оцінка не є проявом майнового змісту, а стосується моральної чи іншої соціальної складової²⁹³. Такої ж думки дотримуються й українські вчені, наприклад, О. В. Дзера²⁹⁴ та Р. О. Стефанчук²⁹⁵.

Іншу позицію займає, зокрема, М. М. Малєїна. Вона вважає, що вказівка на нематеріальний характер немайнових прав не слід розуміти так, ніби вони взагалі не мають ціни. Просто неможлива їх точна оцінка. Наприклад, йдеться про відшкодування завданої шкоди внаслідок розповсюдження відомостей, що паплюжать ділову репутацію, що пов'язанні із порушенням комерційної таємниці тощо²⁹⁶.

Ми схильні підтримати першу із проаналізованих позицій (щодо ознак особистих немайнових відносин). У прикладі, що розглядає М. М. Малєїна, фактично йдеться не про оцінку власне нематеріальних благ, а про наслідки відповідного правопорушення.

²⁹³ Богатова В. И. Предмет гражданского права в Гражданском кодексе РФ. *Известия Алтайского государственного университета. Право*. 2009. С. 82–84. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/predmet-grazhdanskogo-prava-v-grazhdanskom-kodekse-rf>

²⁹⁴ Цивільне право України: підручник: у 2 кн. Кн. 1. Т. 1. За ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. К.: Юрінком Інтер, 2002. С. 19. Також див.: Цивільне право України: підручник: у 2 кн. Кн. 1. Т. 1 Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. За ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. К.: Юрінком Інтер, 2005. 736 с.

²⁹⁵ Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія. Хмельницький: Вид. Хмельн. ун-ту упр. та права, 2007. С. 85–86.

²⁹⁶ Малєїна М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2000. С. 13.

У кожній конкретній ситуації зазначені наслідки можуть бути різними і застосування такого способу захисту, як відшкодування збитків, не є свідченням бодай приблизної вартості нематеріальних благ²⁹⁷. Недарма у понятті майна (ст. 190 ЦК України), поряд із речами, зазначено виключно майнові права та обов'язки. Особисті немайнові права не є майном і тому ознака майнової самостійності навряд чи може до них застосовуватись.

Важливо підкреслити, що не всі майнові відносини належать до предмета цивільно-правового регулювання. Так само як не всі *особисті немайнові відносини* належать до цивільного права. Вони можуть регулюватися, зокрема, і сімейним правом. У науковій літературі фігурує концепція, яку М. М. Малєїна визначила як радикальну. Відповідно до цієї концепції відносини з приводу благ, невід'ємних від особистості, створюють самостійний предмет правового регулювання і регулюються не лише цивільним, а й можуть у майбутньому створити нову галузь права (В. О. Тархов, О. В. Іванов)²⁹⁸. Незрозумілим залишається питання щодо галузевого розмежування цих прав у випадку їх відокремлення від цивільного права. Навряд чи позитивно можна оцінити такий «сеперативістський» підхід у розчленуванні предмета цивільного права.

Досліджуючи проблему особистих немайнових благ, Р. О. Стефанчук пропонує формулювати предмет цивільного права на підставі застосування загальної засади, яка і є основою для визначення тих чи інших суспільних відносин цивільно-правовими. Така засада, на думку вченого, – це приватноправовий характер зазначених відносин. Тобто предметом цивільного права можуть бути лише відносини, які ґрунтуються на юридичній рівності та автономії волі і вільному волевиявленні (диспозитивності) їх учасників (а для майнових відносин – факультативна ознака «майнова самостійність»).

²⁹⁷ Богатова В. И. Предмет гражданского права в Гражданском кодексе РФ. *Известия Алтайского государственного университета. Право*. 2009. С. 82–84. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/predmet-grazhdanskogo-prava-v-grazhdanskom-kodekse-rf>

²⁹⁸ Малєїна М. Н. Личные неимущественные отношения: понятие, осуществление, защита: монография. М.: МЗ Пресс, 2000. С. 23–24.

Дійсно, цивільне право не може регулювати всі майнові та особисті немайнові відносини, саме тому ним пропонується застосовувати первинність приватноправового характеру будь-яких відносин для вирішення питання щодо їх віднесення до предмета цивільного права. Цивільне право може регулювати, вважає Р. О. Стефанчук, лише ті особисті немайнові відносини, які мають приватноправовий характер. Аналізований концепт поділяє М. М. Сібільов²⁹⁹.

Очевидно, зазначена наукова позиція потребує певних коректив. Р. О. Стефанчук правильно зазначає, що не всі особисті немайнові відносини регулюються цивільним правом. Водночас невирішеним залишається питання про відмежування інших особистих немайнових відносин, які не є предметом регулювання цивільного права, а становлять, наприклад, предмет інших приватних галузей права (сімейного чи трудового права). Вважаємо, що запропонований критерій приватноправового характеру цих прав має бути врахований, але він працюватиме лише для відокремлення їх від особистих немайнових прав у публічному праві, наприклад, у конституційному праві.

Свого часу проти Книги 2 ЦК України виступили лише «господарники». Зокрема, на думку Г. Л. Знаменського, положення цієї книги мають не юридичний, а пропагандистський характер, а тому не заслуговують виділення в окрему книгу. Заперечуючи приватноправовий аспект прав людини, який уже давно доведений цивілістичною доктриною, автор вдавався до сентенції про те, що проблематика прав і свобод людини – це сфера конституційного та інших галузей публічного права³⁰⁰.

У багатьох країнах світу, особливо на пострадянському просторі, існує позиція щодо необхідності оптимального співвідношення

²⁹⁹ Сібільов М. М. Предмет приватного (цивільного) права. Правова доктрина України: у 5 т. Х.: Право, 2013. Т. 3: Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнєцова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. С. 144.

³⁰⁰ Знаменський Г. Хиби Книги другої проекту ЦК України. Тези доповідей учасників IV Всеукраїнської наук.-практ. конф. з питань кодифікації законодавства України (Київ, 18–20 червня 1997 р.). К., 1997. С. 48–50.

приватних і публічних інтересів, тобто забезпечення їх балансу. Хоча існують і скептики, які переконані, що насправді це лише недосяжний ідеал, до якого можна прагнути, але при цьому необхідно розуміти, що подібного стану речей немає і бути не може. Адже закони створюються державою – суб'єктом публічного права, тому і публічно-правові начала мають перевагу перед приватними. Приватне право як право окремої особистості досить часто перебуває у позиції захисту. Погоджуючись, що публічне право відображає (має відображати) інтереси всього суспільства, а, отже, й інтереси окремого суб'єкта – члена цього суспільства, такі вчені із сумом констатують, що у кінцевому підсумку завжди відбувається перевага публічних начал і нібито «всім добре». Всім, але нікому конкретно³⁰¹. Стосовно зазначеного питання ми налаштовані більш оптимістично.

Традиційно до приватного права відносять, окрім цивільного права, сімейне та трудове право. На жаль, в Україні досі є чинним КЗпП, норми якого вже давно потребують якісного системного оновлення, наразі триває робота над новим кодифікаційним актом. Зазначимо, що чимало країн пострадянського простору вже ухвалили нові «трудові» кодекси. Наприклад: Республіка Білорусь – 1999 р., Литовська Республіка – 2002 р., Грузія – 2010 р., РФ – 2001 р., Республіка Казахстан – 2015 р.

Ці кодекси мають багато публічно-правових норм, але зберігають приватноправову природу. Більше того, приватноправові начала були дещо посиленні і розширенні. Зокрема, розширено роль договірного врегулювання (індивідуального і колективного)³⁰².

У правовій доктрині багатьох держав (Україна – не виключення) обґрунтовується існування таких галузей права, як корпоративне,

³⁰¹ Гонгало Б. М. Система частного права и роль судебной практики в совершенствовании гражданского законодательства. *Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива*. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. Одеса, 19–20 квітня 2012 року. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 45–51.

³⁰² Головіна С. Ю. Кодификация трудового законодательства. URL: <http://lawbook.online/pravo-lektsii-grajdanskoe/golovina-syu-kodifikatsiya-trudovogo-19471.html>

підприємницьке, торговельне, акціонерне, інноваційне. Наприклад, в Німеччині вже понад сто років існують паралельно Цивільний і Торговельний кодекси. Це пояснюється такими обставинами.

Майже до початку ХХ ст. феномен дуалізму приватного права перебував у розквіті, був насправді класичним, маючи у сфері торговельних відносин перевагу перед правом цивільним³⁰³. Але вже на початку ХХ ст. він поступово перетворюється на дуалізм кодексів – цивільного і торговельного, особливо у зв'язку з так званою «комерціалізацією» цивільного права. Інакше і не могло бути, оскільки, ґрунтуючись на спільних засадах регулювання майнових відносин, цивільне і торговельне право як елементи загальної для них приватноправової сфери, ніколи на далеку відстань одне від одного не відривалися. Процеси реалізації норм цивільного і торговельного права завжди залишалися взаємопов'язаними у співвідношенні між собою як норми загальні і спеціальні³⁰⁴.

Торговельне право Німеччини є особливим приватним правом, що означає, що у регулюванні комерційних відносин беруть участь як норми торговельно-правові, так і норми цивільно-правові, при цьому саме цивільно-правові норми становлять основу правового регулювання комерційних відносин, тоді як торговельно-правові норми присвячуються лише регулюванню специфічних проявів комерційного обороту. Цікаво вирішується питання щодо конкуренції норм Цивільного і Торговельного кодексів Німеччини. Зокрема, якщо в цивільному і торговельному праві містяться норми, що мають регулювати один і той самий предмет, то до комерційних відносин будуть застосовуватися норми торговельного права. У Німеччині питання про співвідношення Цивільного і Торговельного кодексів розв'язано у ст. 2 Ввідного закону до Торговельного кодексу, згідно з якою у торгових справах норми цивільного кодексу застосовуються лише тоді, коли інше не передбачено в Торговельному кодексі або у Ввідному законі до Торговельного кодексу. Деякі вчені вважають, що

³⁰³ Довгерт А. С. Система приватного права та структура проекту нового цивільного кодексу України. Кодифікація приватного (цивільного) права. За ред. А. С. Довгерта. К., 2000. С. 3.

³⁰⁴ Цивільне право України: підручник. У 2-х тт. Т. 1. За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спаси́бо-Фатєєвої та В. Л. Яроцького. К., 2004. С. 9.

подібний досвід заслуговує на запозичення в Україні для усунення розбіжностей між ЦК України та ГК України. Так, І. М. Проценко запропонувала доповнити ч. 2 ст. 9 ЦК України таким положенням: «При регулюванні майнових відносин у сфері господарювання норми ЦК України застосовуються лише тоді, коли інше не встановлено кодексами та законами, що передбачають особливості регулювання таких відносин»³⁰⁵.

На нашу думку, ця пропозиція є доволі спірною. Звісно, схвальним є прагнення автора усунути розбіжності між ЦК України та ГК України. Однак не такою ціною.

Дійсно, досі дискусійним є питання про місце і роль господарського права в системі приватного права України. На думку більшості вітчизняних цивілістів, господарське право не лише є рудиментом правової системи України, яке спробувало синтетично поєднати в собі органічно несумісні і суперечливі приватноправові та публічноправові начала, але й суттєвим гальмом на шляху до розвитку громадянського суспільства та ринкової економіки. В Україні не було жодних передумов до запровадження дуалізму (двоєдності) у системі приватного права, і таке штучне його розщеплення та внутрішня конкуренція під час застосування правових норм негативним чином відображається на єдності та одноманітності застосування приватноправових норм³⁰⁶.

Не вдаючись зараз до полеміки про доречність існування дуалізму у регулюванні господарських відносин, зазначимо, що від самого початку розробки проекту ГК України більшість вітчизняних цивілістів різко засуджувало звуження цивільно-правового регулювання цієї сфери³⁰⁷. Особливо актуальним залишається питання

³⁰⁵ Проценко І. М. Приватно-правові засади регулювання торговельних відносин в Німеччині: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.003. К. 2016. С. 206

³⁰⁶ Цивільне право: навчальний посібник. За заг. ред. Р. О. Стефанчука. К.: Наукова думка; Прецедент. 2004. 448 с.

³⁰⁷ Див., наприклад: Кузнецова Н., Довгерт А. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації. *Право України*. 2014. № 2. С. 9–25; Шевченко Я. Поняття приватного права як ядра правопорядку, заснованого на ринковій організації економіки. *Право України*. 2009. № 8. С. 7; Спасько-Фатєєва І. Методологічні витоки кодифікації: потреби, обґрунтованість, кон'юнктурність. *Право України*. 2009. № 8. С. 64.

щодо співвідношення ЦК і ГК України для судової практики. Адже сотні норм приватного права ГК України мають інший зміст і термінологічне оформлення, ніж розроблені для аналогічних ситуацій положення ЦК України. Суди в одних випадках застосовують принцип співвідношення загального і спеціального акта (де ЦК України – загальний, а ГК України – спеціальний акт). В інших випадках розмежування між кодексами пропонувалося вирішувати у площині конкуренції окремих норм цих кодексів (в ЦК і ГК України містяться як загальні, так і спеціальні норми). Як слушно зазначають Н. С. Кузнецова й А. С. Довгерт, рацію мають ті судді і дослідники, які визнають ЦК України основним актом цивільного законодавства, віддають перевагу нормам ЦК України майже в усіх випадках колізій з нормами ГК України³⁰⁸.

Більшість країн пострадянського простору закріпили у своїх ЦК відповідні положення і включили до предмета цивільно-правового регулювання господарські відносини. Тому, на нашу думку, аналізоване міркування І. М. Проценко є недоречним. Необхідно передбачити пропоноване автором положення саме в Господарському, а не в Цивільному кодексі України. Тим самим буде визначено переважне право за ЦК України щодо врегулювання економічних відносин у сфері господарювання. «Цивілістам» і «господарникам» необхідно віднайти раціональний баланс юридичного співіснування.

Водночас слушною видається позиція І. М. Проценко про те, що німецький досвід дуалістичного врегулювання торговельних відносин не варто застосовувати в Україні і торговельні відносини повною мірою підлягають цивільно-правовому врегулюванню.

Доцільно зазначити, що протягом багатьох років незалежності в Республіці Казахстан (далі – РК) підприємницька діяльність врегульовувалась за допомогою норм ЦК РК. Серед науковців і практиків постійно точилися дискусії щодо доречності дуалістичного врегулювання цієї сфери. Зрештою, 29 жовтня 2015 р. було ухвалено Підприємницький кодекс РК (далі ПК РК)³⁰⁹. Аналіз його

³⁰⁸ Кузнецова Н., Довгерт А. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації. *Право України*. 2014. № 2. С. 9–25.

³⁰⁹ Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=2;-290

статей (зокрема, ст.ст. 1–3) не дає чіткої відповіді на питання про розмежування правової регламентації між ЦК РК та ПК РК. Така ситуація може створити проблеми у правозастосовній діяльності, що вже відомі в Україні.

Подібною до української є ситуація із виокремленням торговельного права в окрему галузь права у Китаї, де воно ототожнюється із комерційним правом. Ця галузь китайського права є відносно новою, сформувалася на початку економічних реформ, що відбувалися в країні. Тоді виникла значна група суспільних відносин у сфері торговельного обороту, комерційного представництва, обігу цінних паперів тощо, які потребували відповідного правового регулювання. Китайські правознавці щодо визначення місця торговельного права розділились на два табори: одні наголошують на необхідності злиття цивільного і торговельного права, інші – визнають самостійний статус торговельного права. Як і серед українських науковців, в китайській правовій доктрині все таки схиляються до думки про несамоствійний характер торговельного права і доцільності його включення до цивільного права³¹⁰.

Поряд з традиційними положеннями щодо предмета цивільно-правового регулювання (особисті немайнові та майнові відносини), існує і нетрадиційне бачення кола відносин у межах цього класичного поняття. Деколи пропонується розглядати предмет цивільного права як такий, що має відносно відкритий характер. У його структурі пропонують виокремлювати поряд із вищезазначеними й організаційні та корпоративні відносини³¹¹.

Наразі навряд чи можна стверджувати про *корпоративне право* як окрему галузь права. Його предметом є майнові та організаційні відносини, що належать до сфери цивільно-правового регулювання. В юридичній літературі питанням корпоративного права приді-

³¹⁰ Чан Бін Лін. Етапи еволюції китайської правової системи XX–XXI ст. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 1. С. 39. URL: http://pap.in.ua/1_2016/11.pdf

³¹¹ Гринько П. О. До питання про предмет цивільного права, організаційні правовідносини та секундарні права. URL: <http://www.realllook.com.ua/4834/do-pitannya-a-pro-predmet-civilnogo-prava-organizacijni-pravovidnosini-ta-sekundarni-prava/> (дата звернення: 09.07.2018 р.).

ляється достатньо уваги. Це, зокрема: Д. В. Ломакін, В. В. Луць, І. В. Спасибо-Фатеева, О. Р. Кібенко, В. М. Кравчук, Ю. М. Жорнокуй, С. В. Артеменко, О. А. Воловик, Н. С. Глусь, С. С. Кравченко, О. М. Переверзев, О. В. Регурецька, В. В. Рябота, І. Б. Саракун, В. І. Татьков, О. Ю. Тичкова, М. А. Томашевська, Ю. В. Хорт, Б. В. Шуба, О. В. Щербина, А. П. Єфименко, С. В. Томчишена, В. С. Щербина, Н. С. Кузнецова, І. А. Спасибо, В. А. Васильєва, О. В. Головатенко, О. Ю. Тичкова, Р. А. Майданик, М. М. Сібільов, В. П. Барбара, О. М. Вінник, А. Ю. Нашинець-Наумова, Т. В. Кашаніна, В. К. Колпаков, О. Б. Сердюк, Є. О. Харитонов.

Аналізуючи корпоративні відносини та їх місце у системі права України, І. В. Спасибо-Фатеева відзначає актуальність зазначеної проблеми і виокремлює чотири основні підходи щодо правової природи таких відносин³¹². Відповідно до першого підходу корпоративні відносини – це майнові зобов'язально-правові відносини³¹³. Представники другого підходу, серед яких і сама І. В. Спасибо-Фатеева, вважають, що корпоративні відносини – це не лише майнові зобов'язально-правові відносини, а й речові відносини³¹⁴. Згідно із третім підходом ці відносини займають окреме, особливе місце серед цивільних правовідносин³¹⁵. Існує також четверта позиція, за якої корпоративні відносини ототожнюються із організаційними відносинами³¹⁶.

³¹² Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография. Под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2011. С. 160.

³¹³ Акціонерне право: навчальний посібник. За заг. ред. В. В. Луця. О. Д. Крупчана. Київ: Ін Юре, 2004. С. 14.

³¹⁴ *Суханов Е. А.* Предмет гражданского права. Гражданское право: учебник. В 2 т. Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1998. Т. 1. С. 25–30; *Козлова И. В.* Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: учеб. пособие. М., 2003. С. 245; *Спасибо-Фатеева И. В.* Акционерные общества: корпоративные правоотношения. Харьков, 1998. С. 24–25.

³¹⁵ *Васильєва В. В.* Корпоративне право України: підручник. За заг. ред. В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 12.

³¹⁶ *Степанов И. В.* Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 13; *Майфат А. В.* Особенности инвестирования в предпринимательскую деятельность. *Вопросы теории и правоприменения.* Екатеринбург, 2001. С. 117.

Перший і четвертий із наведених підходів, на нашу думку, не охоплюють усе різноманіття корпоративних відносин. Другий підхід також не враховує того факту, що і серед корпоративних відносин можуть бути організаційні відносини, які варто відмежовувати від речових і зобов'язальних відносин. Саме тому, вважаємо, третій із запропонованих підходів найбільш повно характеризує місце корпоративних відносин серед інших цивільно-правових відносин. Адже корпоративні відносини можуть мати і речовий, і зобов'язальний, і організаційний характер.

Немає однотайності серед сучасних науковців і стосовно галузевої належності цих відносин. Окрім позиції, згідно з якою вони належать до предмета цивільно-правового регулювання, існує думка, що вони є складовою господарського права (В. С. Щербина, О. М. Вінник, І. В. Лукач, Д. І. Погрібний, О. М. Переверзев та ін.). Обстоюється також концепт про їх комплексний (міжгалузевий) характер. Тобто вважається, що корпоративні відносини можуть належати не лише до цивільного чи господарського права, а й до трудового, фінансового, адміністративного права (В. М. Кравчук, О. Р. Кібенко, І. С. Шиткіна та ін.)³¹⁷.

Звісно, кожна із зазначених позицій має свої сильні та слабкі сторони. Визначення поняття корпоративних прав міститься у ст. 167 ГК України, однак саме у ЦК України конкретизується їх зміст. Зокрема, у статтях 113–166 цього Кодексу врегульовано порядок виникнення, здійснення, припинення та захисту корпоративних прав та обов'язків. Міжгалузевий характер аналізованих відносин можна припустити лише щодо їх врегулювання цивільним і господарським правом.

Стосовно організаційних правовідносин слід зазначити, що їх сутність була запропонована і досліджена О. О. Красавчиковим ще

³¹⁷ Див., наприклад: *Щербина В. П.* Суб'єкти господарського права. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 264 с.; *Макарова О. А.* Корпоративное право. Москва: Волтерс Клувер, 2005. 420 с.; *Барбара В. П.* Цивільно-правова природа корпоративних правовідносин в Україні: проблемні питання. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 4 (91). С. 102–114.

у 1966 р.³¹⁸. Однак на той момент ані законодавець, ані доктрина³¹⁹ не були готові до таких нововведень. Пізніше цьому питанню стали приділяти посилену увагу³²⁰. О. О. Красавчиков визначав цивільні організаційні правовідносини як правовідносини, що засновані на засадах рівності їх учасників і виражають діяльність, що здійснюється громадянами й організаціями у межах закону із впорядкування своїх взаємозв'язків та координації зусиль у процесі реалізації державної або власної ініціативи. Він запропонував поділ організаційних

³¹⁸ *Красавчиков О. А. Организационные гражданско-правовые отношения. Советское государство и право. 1966. № 10. С. 50–57.*

³¹⁹ *Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 1. Л., 1975. С. 96.*

³²⁰ *Илларионова Т. И. Гражданско-правовые организационные отношения и способы их защиты. Гражданское право, экономика и стандартизация: межвузовский сборник научных трудов. Вып. 64. Свердловск, 1978. С. 28–37; Васева Н. В. Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры. Гражданско-правовой договор и его функции: межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1980. С. 53–69; Мартмянова А. М. Об организационных отношениях в предмете гражданского права. Актуальные проблемы гражданского права: межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1986. С. 133–143; Мартмянова А. М. Функции организационных отношений в сфере поставок. Роль советского гражданского права в ускорении социально-экономического развития социалистического общества: межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1987. С. 61–67; Мартмянова А. М. Объект организационного отношения. Проблемы обязательственного права: межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1989. С. 66–73; Гонгало Б. М. Предмет гражданского права. Проблемы теории гражданского права / Институт частного права. М.: Статут, 2003. С. 18–20; Гражданское право. Т. 1. Под ред. А. П. Сергеева, 2008. С. 22–27 (автор главы – В. В. Ровный); Ровный В. В. Предмет гражданского права в Гражданском праве Российской Федерации. Гражданское право в системе права. С. 60–63; Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. Т. I. Вступ у цивільне право. К.: Алерта, 2012. 472 с.; Шишка О. Р. Організаційні відносини у сфері інтелектуальної власності. Часопис Київського університету права. 2015/4. С. 225–228.*

відносин на 4 групи: ті, що створюють; ті, що делегують; контрольні та інформаційні³²¹.

В якості прикладу наведемо деякі організаційні та майнові права акціонерів. До майнових відносять: право на отримання частини прибутку від діяльності юридичної особи; право на отримання частини активів у разі її ліквідації та інші. До організаційних прав належать: право на отримання інформації, право голосу, право брати участь в управлінні, право на вихід із товариства тощо³²².

В. І. Борисова, Н. С. Кузнецова, Р. А. Майданик, І. В. Спасибо-Фатеева та інші сучасні цивілісти також вважають, що давно назріла необхідність включення організаційних відносин до предмета цивільного права³²³. Їх опоненти наголошують, зокрема, що зазначені науковцями відносини (наприклад, пов'язані зі створенням та діяльністю юридичної особи приватного права) можуть визнаватися «цивільними організаційними відносинами, які водночас не є складовою частиною предмета цивільного права, оскільки мають не самостійний, а допоміжний (обслуговуючий) характер»³²⁴. Залишається нез'ясованим питання: якою ж може бути правова природа цивільних організаційних відносин, якщо не визнавати за ними цивільно-правової природи? Дійсно, в цивільному праві є відносини, які не можна віднести ані до майнових, ані до особистих немайнових. Те, що ці відносини мають субсидіарний характер, не впливає на їх цивільно-правову сутність.

³²¹ Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения. Антология уральской цивилистики. 1925–1989. М.: Статут, 2001. С. 163–165.

³²² Бігняк О. В. Деякі аспекти порушень корпоративних прав акціонерів. *Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива*. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. Одеса, 19–20 квітня 2012 р. К.: ТОВ «Білоцерківдрук». 2013. 392 с.

³²³ Сібільов М. М. Предмет приватного (цивільного) права. *Правова доктрина України: у 5 т. Х.: Право, 2013. Т. 3: Доктрина приватного права України*. Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін. За заг. ред. Н. С. Кузнецової. С. 149–152.

³²⁴ Сібільов М. М. Там само. С. 152.

Не варто також визначати організаційні відносини лише як складову корпоративних відносин. Адже й інші цивільні відносини можуть бути організаційними. Наприклад, відносини щодо створення юридичної особи.

Р. А. Майданик стверджує, що з огляду на відкритий і постійно обновлюваний перелік цивільних відносин є виправданим більш абстрактне формулювання предмета цивільного права як «майнових, так і немайнових відносин між юридично рівними учасниками»³²⁵.

Зазначена позиція є доволі спірною. На нашу думку, розмитість меж правового регулювання відповідної галузі права може на практиці призводити до численних порушень прав відповідних суб'єктів, зловживання правами більш сильною стороною, зокрема публічними суб'єктами, конкуренції норм нормативних актів рівної юридичної сили тощо. Навряд чи зараз можна стверджувати про «постійно обновлюваний перелік цивільних відносин». Тривалий час обговорюється питання щодо розширення законодавчого переліку цих відносин за рахунок чітко визначених видів – організаційних та корпоративних. До ухвалення чинного ЦК України точилися дискусії щодо особистих немайнових прав та їх місця в системі права України. Сьогодні це питання вирішено і в Кодексі чітко закріплено положення щодо особистих немайнових прав.

Поділяємо міркування М. М. Сібільова, який вважає, що закріплений у ст. 1 ЦК України перелік відносин є закритим. І для вирішення цієї проблеми спершу необхідно здійснити значну роботу щодо організації та обговорення зазначених вище питань, узгодження наукових позицій, проведення додаткових ґрунтовних досліджень і формулювання на їх базі чітких пропозицій³²⁶. На цьому, до речі, наголошує і П. М. Рабінович³²⁷.

³²⁵ Майданик, Р. А. Цивільне право: Загальна частина. Т. 1: Вступ у цивільне право. К.: Алерта, 2012. С. 121–123.

³²⁶ Сібільов М. М. Предмет приватного (цивільного) права. Правова доктрина України: у 5 т. Х.: Право, 2013. Т. 3: Доктрина приватного права України. Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін. За заг. ред. Н. С. Кузнецової. С. 155.

³²⁷ Рабінович П. Природно-правова ідеологія у цивільному кодексі України. Вісн. Акад. прав. наук України. 2005. № 2 (41). С. 27–40.

Отже, предмет цивільного права фактично є ширшим, аніж це передбачено в ЦК України, тому його перша стаття потребує доповнення, зокрема, у частині корпоративних та організаційних відносин. При цьому потрібно наголосити, що не всі із зазначених відносин мають складати предмет цивільного права, а лише ті, що мають приватноправовий характер. Норми про цивільні корпоративні відносини слід акумулювати в ЦК України і водночас вилучити відповідні норми приватного характеру з ГК України. Те саме необхідно зробити і з нормами, що стосуються цивільних організаційних відносин. Слід відмежувати їх, наприклад, від організаційних відносин в адміністративному чи трудовому праві. Таке розмежування можна здійснити, зокрема, за допомогою методу правового регулювання.

Визначеність щодо сучасного розуміння предмета цивільного права дозволяє сформулювати відповідно і структуру предмета цивільно-правової політики.

В аспекті нашого дослідження привертає увагу розуміння спеціалістами предмета кримінально-правової політики. Вчені пропонують включати до нього, зокрема, такі елементи, як: принципи кримінально-правового впливу на злочинність; установлення кола суспільно небезпечних діянь, що визнаються злочинними (криміналізація), і виключення тих або інших діянь із числа злочинів (декриміналізація); тлумачення відповідного законодавства; діяльність правоохоронних органів щодо застосування норм та інститутів законодавства про кримінальну відповідальність, з'ясування їх ефективності; правове виховання³²⁸. Тобто предмет кримінально-правової політики становить не лише правотворчість, а й правозастосовна діяльність. Нам видається, що запропонований підхід певною мірою може бути застосовано до будь-якого виду правової політики.

Під предметом цивільно-правової політики слід розуміти сукупність усіх елементів, які характеризують цей вид правової


³²⁸ Борисов В. І., Фріс П. Л. Поняття кримінально-правової політики. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1 (1). С. 23–24. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/6112/1/Borisov_Fris_15-31.pdf


політики, визначають її сутність, соціальну обумовленість, способи і засоби реалізації. Ним охоплюються, зокрема: відносини цивільно-правового регулювання, зміст цивільно-правової політики, її мета та завдання, принципи, функції, форми, напрями, рівні, суб'єкти творення та реалізації (здійснення), сфери впливу.

Предмет цивільно-правової політики відрізняється від предмета цивільного права і має більш складну структуру. Як зазначено вище, предмет цивільного права складають відповідні суспільні відносини – майнові та особисті немайнові, організаційні та корпоративні відносини, що врегульовані за допомогою диспозитивного методу. Предмет цивільно-правової політики є більш широким. Зважаючи на присутність публічної діяльності окремих її суб'єктів (заснованої переважно на імперативному методі правового регулювання), до нього належать, окрім згаданих відносин, також і публічні відносини; останні є характерними для будь-якого виду правової політики. Це пояснюється самою природою правової політики взагалі та цивільно-правової політики зокрема. Адже без наявності політичної волі, владних рішень, організаційних заходів реалізація будь-якого виду правової політики неможлива. Хоча це не виключає її (політики) фактичного існування, зокрема, у доктринальній формі (див. Рисунок 1).

Рисунок 1. Схематичне співвідношення предмета цивільного права та предмета цивільно-правової політики



 більше коло – це предмет цивільно-правової політики.

 менше коло – це предмет цивільного права.

Та частина предмета цивільно-правової політики, що не охоплюється предметом цивільного права, – це її публічна сфера.

В юридичній літературі не вироблено чіткого розуміння щодо співвідношення цивільного права і цивільно-правової політики в аспекті визначення їх предмета. Наголошується, зокрема, що у правовій державі суспільні відносини, які складають предмет цивільного права, мають підлягати критичній оцінці з точки зору застосування принципу добра і справедливості; це зумовлено існуванням у цивільно-правовій науці прагнення досягти певних ідеалів суспільної моралі у цивільно-правовому регулюванні. Зазначена «проблема вирішується за допомогою цивільно-правової політики. Вона має справу з вивченням того, як повинні розвиватися суспільні відносини і яким має буди досконале правове регулювання, що є доцільним, розумним і справедливим. Цивільно-правова політика як складова частина науки цивільного права вивчає сучасні тенденції економіко-правового розвитку, прогнозує розвиток цивільно-правових явищ. Зазначене є також складовою цивільно-правової науки»³²⁹. Тобто до предмета цивільного права запропоновано відносити і цивільно-правову політику.

Такий концепт справедливо критикується Є. О. Харитоновим. На його думку, виокремлення цивільно-правової політики у предметі цивілістики викликає заперечення з таких підстав: «По-перше, тому що *тлумачення цивільно-правової політики як частини науки цивільного права* містить у собі внутрішню суперечність. Навряд чи перше та друге явище можуть бути не тільки повністю, але й частково розцінені як поняття тотожні. Цивільно-правову політику можна розглядати як результат наукових досліджень, як їхню передумову, предмет тощо.

По-друге, у контексті тлумачення цивільного права як права приватного вживання виразу «цивільно-правова політика» потребує спеціальних застережень щодо чинників такої політики, суб'єктів, від яких вона залежить, тощо. Адже і у правознавстві, і у політології поняття «політика» тісно пов'язане з категорією держави, що формує

³²⁹ Цивільне право України. Академічний курс: підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина. За заг. ред. Я. М. Шевченко. К.: Ін Юре, 2003. С. 51 – 52. URL: http://studopedia.su/16_137392_rozdil-I-zagalni-polozhennya-tsilnogo-prava.html

низку вимог до його тлумачення та застосування. Так, правознавцями політика визначається як система цілей та засобів їх досягнення тієї чи іншої держави у сфері внутрішнього і зовнішнього життя. Натомість, у політології політика тлумачиться як поняття, що означає відносини, погляди (концепції) і дії у зв'язку з певним державним устроєм, сферу діяльності в соціально-диференційованому суспільстві – відносини і дії, пов'язані з завоюванням, утриманням і використанням державної влади, участю у формуванні такої влади, у визначенні форм, завдань і змісту її діяльності. Політика виникає разом з виникненням держави та існує разом з нею»³³⁰.

Таким чином, підсумовує автор, попри деякі розбіжності у визначенні поняття політики, воно у жодному разі не розглядається як таке, що існує поза державою. Водночас приватне (цивільне) право, відповідно до сучасного його розуміння, ґрунтується на природно-правовій концепції. За своєю сутністю приватне (цивільне) право, є таким, що не залежить від держави хоча й може формалізуватися в актах цивільного законодавства, забезпечуватися за допомогою норм державного примусу тощо. З наведених міркувань характеристика «цивільно-правової політики» як складової науки цивільного права автору видається некоректною.

Ми погоджуємось із Є. О. Харитоновим у тому, що цивільно-правова політика не належить до предмета цивільного права (вона характеризується своїм специфічним предметом, а не поглинається галуззю права. – *Л. М.*). Водночас критично оцінюємо такі міркування автора: а) цивільно-правову політику можна розглядати як результат наукових досліджень, як їхню передумову, предмет тощо (нескладно помітити, що за такого розуміння цивільно-правової політики їй відводиться лише доктринальне призначення і заперечується відповідна діяльність держави); б) цивільне право не залежить від держави (подібну «автономію» будь-якої галузі права – приватного чи публічного нереально навіть уявити).

³³⁰ Харитонов Є. О., Старцев О. В. Цивільне право України: підручник. Вид. 2, перероб. і доп. К.: Істина, 2007. С. 21 – 22; Харитонов Є. О. До визначення поняття та системи цивілістики (науки цивільного права). *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 51. С. 9.

У підсумку зазначимо, що сьогодні, як і раніше, проблема предмета цивільного права посідає чільне місце серед актуальних напрямів дослідження. Окресленні нами питання мають не лише теоретичне, а й важливе практичне значення. Від того, наскільки чітким буде уявлення і подальше законодавче визначення кола відносин, що регулюються цивільним правом, залежить їх оптимальне і якісне врегулювання.

Тепер перейдемо до з'ясування сучасного розуміння методу цивільного права, що дозволить виявити особливості методу цивільно-правової політики та його кореляції із методом цивільного права.

Проблеми визначення методу приватного та публічного права у різні роки досліджували такі вчені, як: Ч. Н. Азімов, С. С. Алексєєв, В. К. Андреєв, Д. В. Боброва, В. І. Борисова, С. М. Братусь, Б. М. Гонгало, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, О. С. Йоффе, М. І. Козюбра, О. О. Красавчиков, Н. С. Кузнецова, Р. А. Майданик, В. К. Мамутов, Д. Й. Мейєр, О. А. Підпригора, О. А. Пушкін, З. В. Ромовська, І. В. Спасибо-Фатєєва, Н. О. Саніахметова, М. М. Сібільов, Р. Б. Сивий, Є. О. Харитонов, Я. М. Шевченко, О. І. Ющик та інші.

Загальновизнаним є виділення двох методів правового регулювання – диспозитивного та імперативного. Їх можуть по-різному визначати, але традиційно диспозитивний метод відносять до врегулювання приватних галузей права, імперативний – до публічних. Водночас у загальній теорії права існує позиція про можливість існування окрім зазначених (так званих основних) і допоміжних (субсидіарних) методів, найпоширенішими серед яких є рекомендаційний і заохочувальний³³¹.

Також існує думка про наявність множинного складу методів правового регулювання. Відповідно пропонують виділяти диспозитивні та імперативні методи правового регулювання. До першого відносять методи дозволу, узгодження, рекомендацій. До другого – методи наказу і заборони³³².

³³¹ Загальна теорія права: підручник. За заг. ред. М. І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. С. 100.

³³² Селєзньова О. М. Теоретико-методологічні основи інформаційного права України: монографія. Чернівці: «Місто», 2014. С. 275–276.

Вважаємо, що виокремлення допоміжних методів є недоречним. Адже вони фактично становлять частину як диспозитивного, так і імперативного методів задля досягнення їх мети – належного і оптимального врегулювання відповідних відносин. Також недоречно визначати множинність методів. На нашу думку, існують лише диспозитивний та імперативний методи, а решта (зазначені вище) – це їх складові, які не мають самостійного характеру.

Інколи дискусія щодо зазначеного юридичного інструментарію набуває дивного характеру. Зокрема, Р. Б. Прилуцький дійшов вельми сумнівного висновку: цивільного права як самостійної галузі права із нині визначеним предметом і методом регулювання не існує взагалі³³³. В якості аргументів вчений відштовхується від логіки цивілістів, які не визнають господарське право самостійною галуззю права на підставі того, що воно не має свого однорідного предмета (охоплюючи господарсько-виробничі і організаційно-господарські відносини) і методу правового регулювання (користуючись імперативним і диспозитивним методами). Такий підхід, на нашу думку, веде в нікуди. Дійсно, у своєму протистоянні окремі «цивілісти» і «господарники» подекуди забувають про науку і право як таке. І хоча дотепер тривають активні спроби скасувати ГК України, необхідно передусім зосередитись на нагальних питаннях вдосконалення ЦК України задля його оптимального практичного застосування.

Застосування імперативного елемента у сфері дії приватного права має щоразу бути чітко обумовленим, інакше виникне «перерегулювання» відносин і як наслідок – порушення прав суб'єктів. Імперативні норми використовуються у приватному праві і виконують важливі функції: захист публічних інтересів, захист слабкої сторони у договорі тощо.

Існує радикальна позиція про неможливість включення публічних норм до цивільного кодексу: її прихильники вважають, що це призведе до втрати ним свого приватноправового характеру. Як наслідок – в економічній сфері почнуть домінувати публічні

³³³ Прилуцький Р. Б. Щодо проблеми визначення цивільного права як самостійної галузі приватного права. *Юридична наука*. 2013. № 9. С. 20.

положення. Тому пропонується вивести за межі цивільного кодексу відносини, правове регулювання яких засноване на публічних началах³³⁴.

Погодитись із наведеною позицією можна лише частково. Нині не існує жодного нормативного акта, жодної галузі права, які б існували в чистому вигляді як приватні чи публічні. Дійсно, положення про реєстрацію, ліцензування, державний контроль та інші норми публічного характеру щодо врегулювання економічних відносин – доцільно зосередити у межах ГК України, а всі приватноправові норми повернути до цивільно-правового регулювання. Також необхідно надати актам господарського законодавства субсидіарного характеру щодо ЦК України. У такий спосіб можливо досягти бажаної гармонії та уніфікації, якої вже не один рік прагнуть і «цивілісти», і «господарники».

У цьому зв'язку цікавим видається положення п. 1 ст. 422 ЦК РФ, де передбачена можливість застосування у цивільних відносинах імперативних норм. Зокрема, зазначено, що договір має відповідати обов'язковим для сторін правилам, встановленим законом та іншими правовими актами (імперативним нормам), які є чинними на момент його укладення.

Питання про диспозитивність розкрито у ст. 421 ЦК РФ: у випадках, коли умова договору передбачена нормою, яка застосовується остільки, оскільки угодою сторін не встановлено інше (диспозитивна норма), сторони можуть за своєю домовленістю виключити її застосування або встановити умову, відмінну від передбаченого в ній. За відсутності такої домовленості умова договору визначається диспозитивною нормою.

Зазначенні норми містяться в гл. 27 ЦК РФ «Поняття та умови договору», однак справедливо вважається, що вони можуть

³³⁴ Михайлов А. В. Методы частноправового регулирования и вопросы систематизации норм частного права. *Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива*. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Одеса, 19–20 квітня 2012 р. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 297–299.

застосовуватись не лише до договірних відносин, а й до будь-яких інших цивільних правовідносин.

В ЦК України положень щодо диспозитивності та імперативності немає. Аби зрозуміти, що таке диспозитивність у праві, вважаємо доцільним звернутися до наукової спадщини Є. В. Васьковського. Наведемо відповідні положення, викладені Майстром у його підручнику з цивільного процесу.

Відмітна риса цивільних прав полягає в тому, що вони надані в повне розпорядження своїх володарів. Громадяни користуються у сфері своїх приватних відносин автономією, що обмежується законом лише у вигляді вилучення, в небагатьох випадках. Кожен має право здійснювати своє приватне право або не здійснювати, зберігати його за собою або відрікатися від нього, вимагати визнання його зобов'язаними особами або миритися з невиконанням ними відповідних його праву обов'язків.

Хто хоче здійснити своє право, має сам піклуватися про це (*vigilantibus jura scripta sunt*). Зазначена приватноправова автономія у цивільному процесі пов'язана з такими наслідками.

1. По-перше, якщо володар цивільного права може зовсім відмовитися від нього, то тим більше він може переносити порушення свого права іншою особою. Інакше кажучи, від самого власника права має залежати вирішення питання, чи звернутися до суду за захистом свого права або мовчки терпіти його порушення (*volenti non fit injuria*). Це положення виражається афоризмами: «ніхто не може біти примушений до пред'явлення позову проти своєї волі» (*nemo invitus agere cogitur*) і «немає судді без позивача» (*nemo iudex sine actore*).

2. На тій самій підставі власникові права надається можливість визначати і межі судового захисту, що йому необхідні. Державі знову-таки байдуже, чи стягне кредитор з боржника всю суму боргу або лише частину її, оскільки від кредитора залежить і зовсім не вимагати сплати боргу. Це положення виражається афоризмом: «суд не має виходити за межі вимог сторін» (*iudex ne eat ultra petita partium, ultra petita non cognoscitur*).

3. Якщо володар цивільного права може вільно розпоряджатися ним до процесу і поза процесом, якщо він може навіть зовсім

відмовитися від нього, то немає підстави позбавляти його такого ж вільного розпорядження під час процесу. Тому за позивачем слід визнати право миритися з відповідачем і відмовитися від позову.

4. Нарешті, якщо від володаря права залежить, чи добиватися його захисту шляхом процесу, то в його вільному розпорядженні мають бути і ті процесуальні засоби, що ведуть до досягнення цієї мети. Він може розпочати справу, не порушувати її або, розпочавши, припинити у будь-який момент. Отже, йому має бути надано також право оскаржувати заперечення супротивника або погодитися з ними, оскаржити судові рішення до вищої інстанції або підкоритися йому, оскаржити його цілком або в частині, подати скаргу на рішення суду і відмовитися потім від неї.

Всі перелічені наслідки приватноправової автономії зводяться до права розпорядження сторін, по-перше, об'єктом процесу, тобто тими вимогами, які заявлені щодо даного права (*res in judicium deducta*); і, по-друге, процесуальними засобами захисту або нападу (*Rechtsmittel, Beweismittel*).

Це право розпорядження сторін у процесі називається принципом диспозитивності. Залежно від того, чи розглядається він у застосуванні до об'єкта процесу або до засобів процесуальної боротьби, розрізняють принцип матеріальної диспозитивності і принцип формальної диспозитивності, що є двома розгалуженнями одного і того ж принципу. Принцип диспозитивності належить до безумовних і непорушних засад цивільного процесу – не тому, втім, аби він не міг бути порушений законодавцем, а тому, що відступи від нього, якби вони і були зроблені в законі, все одно не набудуть практичного втілення без волі зацікавлених осіб.

Але безумовність не означає безмежності. Право вільного розпорядження сторін у процесі визначено у певних межах, в яких його панування є безумовним. По-перше, будучи наслідком приватноправової автономії, принцип диспозитивності не може виходити за її межі. Тому, якщо у застосуванні до будь-якого права ця автономія має обмеження, якщо володар права обмежений у розпорядженні ним поза процесом, то він так само має бути обмеженим і в процесі, предметом якого є це право. По-друге, кожна сторона може здійснювати належне їй право розпорядження спірними об'єктами

в процесі, але не порушуючи при цьому прав іншої сторони. Так, з цією метою, наприклад, заборонено позивачеві змінювати позовні вимоги³³⁵.

Ми досить докладно, викладаючи чужі думки, зосередились на принципі диспозитивності через те, що це питання є класичним, вічно актуальним – для навчання, доктрини, практики. І краще за С. В. Васьковського не скажеш.

На нашу думку, під час рекодифікації цивільного законодавства питання про диспозитивність та імперативність мають бути окреслені. Водночас доречно зазначити, що у вітчизняному законодавстві вже закріплена можливість застосування елемента диспозитивності, причому зроблено це у публічному праві. Так, ст. 26 КПК України передбачає диспозитивність як принцип кримінального процесу. Її визначають як право сторін кримінального провадження бути вільними у використанні своїх прав у межах та спосіб, передбачених КПК України. Тобто особи самостійно або за допомогою захисників, представників можуть обирати засоби, форми захисту і реалізацію своїх суб'єктивних прав і законних інтересів. При цьому суд у кримінальному провадженні вирішує лише ті питання, що винесені на його розгляд сторонами та віднесені до його повноважень КПК України.

З реалізацією диспозитивних повноважень сторін у кримінальному процесі пов'язане законодавче положення про те, що кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення може бути розпочате слідчим, дізнавачем, прокурором лише на підставі заяви потерпілого щодо окремих, передбачених законом, кримінальних правопорушень (ст. 477 КПК України), або у зв'язку з укладанням угоди у кримінальному провадженні (ст. 469 КПК України).

Характерними рисами будь-яких імперативних норм визначають: відповідність характеру імперативної норми праву, що надаються суб'єкту; відсутність правової ініціативи суб'єкта; наявність санкції (відповідальності за невиконання норми). А. В. Михайлов вважає, що імперативні норми є своєрідним каркасом, який структурує норми

³³⁵ *Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. Москва. 1917.*
URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc2472p0/instrum4301/item4322.html>

цивільного права, визначає межі, в яких сторони мають реалізувати свою правосуб'єктність, регулювати відносини на власний розсуд. Отже, робить він висновок, імперативні норми в цивільному праві відіграють важливу структуруючу, нормоорганізуючу роль; не дивлячись на очевидний пріоритет диспозитивного методу правового регулювання у приватному праві, пріоритет юридичної сили і обов'язковості застосування мають норми імперативні³³⁶.

Навряд чи можна погодитись із таким підходом до сутності імперативних норм в цивільному праві та їх співвідношення із диспозитивними нормами. Будь-яка норма права є ніби оболонкою для відносин, визначає допустимі межі поведінки їх суб'єктів. Не існує необмежених прав чи обов'язків. Саме право і визначає та встановлює ці межі. Так, деколи право власності, в контексті порівняння з іншими речовими правами, визначають як максимально повне, необмежене право. Але таке твердження суперечить самій сутності права, і маємо нонсенс, адже складається враження, що право власності – це необмежене право у певних межах. Тому вважаємо більш коректним вести полеміку про пріоритет і юридичну вагу норм імперативних чи диспозитивних у цивільному праві.

У процесі свого дослідження публічних і приватних норм М. І. Брагінський дійшов такого висновку: диспозитивні норми за своєю суттю – це лише умовний варіант імперативних норм. Тобто будь-яка диспозитивна норма перетворюється на імперативну, виходячи з того, що сторони не висловили бажання відступити від неї. І з моменту укладення договору диспозитивна норма, якщо в ній не передбачено іншого, є таким самим абсолютним регулятором поведінки сторін, як й імперативна норма³³⁷.

³³⁶ Михайлов А. В. Роль императивных норм в правовом регулировании отношений между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием. автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Казань, 2001. URL: <http://www.dissercat.com/content/rol-imperativnykh-norm-v-pravovom-regulirovanii-otnoshenii-mezhdu-litsami-osushchestvlyayush>

³³⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 242.

Не можемо з цим погодитись. Дійсно, навіть під час укладення договору, якщо сторони не відступили від диспозитивної норми, передбачили її у договорі або не виключили її застосування до своїх відносин, то після укладення такого договору сторони зобов'язані дотримуватись диспозитивної норми так само, як й імперативної. Однак диспозитивна норма не змінює своєї природи і залишається диспозитивною, адже сторони навіть після укладення договору мають право за спільною згодою відступити від диспозитивної норми (внести відповідні зміни та доповнення до чинного договору), або взагалі її не застосовувати. Однак це не дає підстав для висновку, що ніби договір має відповідати лише імперативним нормам і не має відповідати диспозитивним нормам, в якому б джерелі права вони не зазначались. Таке твердження нівелює саме існування диспозитивних норм у цивільному праві, що, без сумніву, не має жодних підстав для існування.

Отже, поділяємо позицію тих науковців (зокрема, В. Ф. Яковлева, О. А. Пушкіна, С. С. Алексєєва), які вважають, що цивільне право має не множину методів, а єдиний метод, який характеризується низкою ознак³³⁸. Відповідно не погоджуємося з М. Д. Єгоровим у тому, що цивільно-правовий метод має характеризуватись єдиною рисою, яка притаманна будь-якій нормі цивільного права, а саме – рівністю³³⁹. Дійсно, горизонтальність відносин сторін – це важлива частина методу цивільного права, але не єдина. З. В. Ромовська вважає, що ознака юридичної рівності сторін характерна не для методу, а для предмета цивільного права: «Юридична рівність учасників цивільних відносин, автономність їх волі є засадничою ознакою цивільних відносин, а не результатом законодавчого впливу

³³⁸ Цивільне право України. Частина перша: підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти. За ред. проф. Ч. Н. Азімова, доцентів С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. Харків: Право, 2000. 368 с. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/008.html#§_2_
Предмет_цивільного_права

³³⁹ Там само.

на них»³⁴⁰. Ми все таки схильні думати, що диспозитивний метод цивільного права розкривається, зокрема, через ознаку юридичної рівності його учасників.

Певну непослідовність простежуємо у позиції Є. О. Харитонова щодо методу цивільного права. Спершу вчений чітко зазначає, що цивільному праву не властивий імперативний метод. Цивільно-правовий метод характеризується відсутністю категоричних приписів щодо дій учасників цивільних відносин (виняток становлять цивільні охоронні правовідносини – зобов'язання відшкодувати шкоду, повернути безпідставно отримане майно, а також деякі вимоги стосовно оформлення правочинів тощо); тобто останнім надається можливість обрання типу поведінки і самостійного врегулювання своїх відносин; цей метод отримав назву диспозитивного на відміну від методу імперативного – властивого праву адміністративному (публічному праву взагалі).

Однак у подальшому автор застерігає: необхідно враховувати ту обставину, що терміном «диспозиція» у теорії права позначається частина правової норми, котра визначає дозволена поведінку суб'єкта, обов'язкову (необхідну) або заборонену (неприпустиму); можливо, більш коректно було б вести мову не про «диспозитивний», а про «уповноважуючий» (правонаділяючий) або про «дозвільний» метод. Вчений робить висновок про те, що цивільно-правовий метод включає в себе як правонаділяючий елемент, так і елемент імперативний. Проте, на його думку, від використання імперативного методу правового регулювання відносини, що виникають, наприклад, через заподіяння шкоди, із цивільних не перетворюються на адміністративні³⁴¹. Вважаємо, що така невизначеність автора пов'язана з необхідністю чіткого розмежування імперативного методу та імперативної норми.

³⁴⁰ *Ромовська Зорислава* Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: підручник. К.: Атіка, 2005. С. 10–11.

³⁴¹ *Харитонов Є.* Елементи диспозитивного та імперативного регулювання цивільних відносин у Цивільному кодексі України. *Право України*. 2014. № 2. С. 51–52.

Ю. С. Шемшученко зазначає, що метод цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважувальні диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так і імперативні (у охоронних і, значною мірою, в організаційних цивільних відносинах) засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи, однак, при цьому основою засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності і розумності³⁴².

З. В. Ромовська також вважає, що цивільні відносини регулюються на засадах поєднання диспозитивного та імперативного регулювання³⁴³. При цьому вчена критикує позицію В. І. Борисової, яка, у свою чергу, справедливо, на нашу думку, стверджує, що цивільні відносини регулюються за допомогою диспозитивного методу³⁴⁴.

Метод правового регулювання – це прийоми та засоби, за допомогою яких здійснюється регулювання відповідних суспільних відносин. Звісно, необхідно враховувати конвергенцію публічних і приватних начал, але це не означає, що має автоматично здійснюватися запозичення нетипових для відповідної галузі права методу – імперативного у приватному праві, диспозитивного – в публічному праві. Видається, що можна допустити застосування диспозитивного методу в публічних галузях права (наприклад, у випадку подання цивільного позову в кримінальному процесі), але навряд чи можна стверджувати про застосування імперативного методу в цивільному праві.

На нашу думку, сьогодні у правовій доктрині відбувається підміна аналізованих понять і навіть їх ототожнення – маючи на увазі імперативні норми, аналізують імперативний метод, що докорінно є неправильним. Імперативний метод характеризується вертикальними відносинами владного підпорядкування, субординації, що є

³⁴² Шемшученко Ю. С. Законодавство. Юридична енциклопедія: в 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 2: Д–Й. Київ, 1999. С. 499.

³⁴³ Ромовська Зорислава. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: підручник. К.: Атіка, 2005. С. 89.

³⁴⁴ Цивільне право України: підручник. У 2-х тт. Т. 1. За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиби-Фатєєвої та В. Л. Яроцького. К., 2004. С. 10.

неприйнятним для цивільного права. Насправді, існує можливість і доречність застосування імперативних норм в цивільному праві, про що писав Є. О. Харитонов (наприклад, це стосується зобов'язання про відшкодування шкоди, повернення безпідставно отриманого майна). При цьому, вважаємо, правова природа зазначених відносин не змінює свою сутність, вони не стають відносинами владного підпорядкування і субординації.

Виникнення цих відносин залежить від волевиявлення сторін: якщо хтось бажає укласти правочин купівлі-продажу – його не можна до цього примусити чи схилити. Сторони самостійно визначаються із контрагентом. І вже заради стабільності відносин (наприклад, у сфері нерухомості), а також для захисту учасників цих відносин встановлено чіткі імперативні положення щодо їх оформлення – письмова форма, нотаріальне посвідчення, державна реєстрація. Тут відносини владної субординації, що є характерним для імперативного методу, – не виникають.

Те саме можна стверджувати і про укладення публічного договору. Суб'єкт підприємницької діяльності бажає надавати певні послуги, оформлення яких передбачає укладення публічного договору, тобто з будь-ким, хто виявить бажання на його укладення. Ясна річ, це є певним обмеженням свободи договору, але не більше того. Імперативного методу регулювання у таких відносинах немає. У нашому прикладі суб'єкта підприємницької діяльності ніхто не примушував займатися зазначеною діяльністю (наприклад, страхуванням, торгівлею тощо). А вже реалізувавши можливість вільного волевиявлення, особа вступила в ці відносини і тому має їх здійснювати із дотриманням правил, передбачених імперативними нормами.

Застосування імперативних приписів зовсім не означає, що автоматично включається владна субординація і примус. Держава встановлює імперативні норми в усіх галузях права і це не є підставою стверджувати про їх негайне врегулювання імперативним методом. Публічні і приватні начала, їх конвергенція не тягнуть за собою обов'язкове одночасне запозичення й методу правового регулювання, який притаманний відповідним відносинам і, навпаки, є нетиповим для інших відносин. Ми поділяємо концепт, відповідно до якого

класичним критерієм поділу права на публічне та приватне є інтерес, а не метод, який застосовується вже для подальшої диференціації на галузі права. До речі, за підрахунками М. І. Брагінського, у першій і другій частинах ЦК РФ імперативних норм, що регулюють окремі види договорів, виявилось значно більше (приблизно 1600), ніж диспозитивних норм (лише близько 200)³⁴⁵. Але цей факт аж ніяк не свідчить про застосування у приватному праві імперативного методу. За іншого бачення (на підставі встановленого вченим кількісного співвідношення зазначених норм) нескладно дійти висновку про домінування у приватному праві імперативного методу регулювання.

Таким чином, є дві підсистеми права – публічне та приватне. Існують два методи правового регулювання – імперативний і диспозитивний. Перший застосовується у публічному праві, другий – у приватному. Й. О. Покровський зазначав, що і перший, і другий метод теоретично можуть застосовуватись до будь-якої сфери суспільних відносин. Який саме з них буде застосований у тому чи іншому випадку, у конкретному історичному суспільстві, – це залежить від усієї сукупності життєвих умов³⁴⁶. Однак не лише в теорії можлива зміна природного процесу правового регулювання. І цивільне право радянської доби – яскравий тому приклад. При цьому слід наголосити на розумній доцільності застосування імперативних норм (у приватному праві) і диспозитивного методу (у публічному праві).

За результатами пізнання сучасного розуміння методу цивільного права допустимо визначити метод цивільно-правової політики, який відрізняється від методу цивільного права. Останньому, як ми зазначали, притаманний диспозитивний метод правового регулювання. Натомість метод цивільно-правової політики є комплексним. Це пояснюється власне природою правової політики як такої, формами її реалізації відповідними суб'єктами. Отже,

³⁴⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. М.: Статут, 2008. С. 91.

³⁴⁶ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. М.: Статут, 2001. С. 43.

коли йдеться про участь суб'єктів публічного права у цивільно-правовій політиці, що уповноважені її творити і реалізовувати, то у таких відносинах застосовується імперативний метод. Основним суб'єктом зазначеної діяльності є держава, це пояснює домінування імперативного методу. У процесі реалізації цивільно-правової політики держава не виступає як рівний суб'єкт на кшталт її участі у цивільно-правових відносинах. Диспозитивний метод застосовується у випадках участі суб'єктів приватного права у творенні цивільно-правової політики. Однак якщо останні беруть участь у реалізації цивільно-правової політики, то застосовується імперативний метод. Одночасно диспозитивний метод застосовується, коли суб'єкти приватного права беруть участь у творенні цивільно-правової політики.

У підсумку констатуємо, що цивільно-правовій політиці, на відміну від цивільного права, притаманні обидва методи; у цих відносинах домінує імперативний метод. Для цивільно-правового регулювання застосовується диспозитивний метод. Імперативне врегулювання окремих відносин у цивільному праві відбувається за допомогою імперативних норм, але в межах диспозитивного методу.

Специфіка предмета і методу цивільно-правової політики повною мірою відображається у формах її реалізації – доктринальній, правотворчій і правозастосовній. Ці питання досліджуються у відповідних підрозділах праці (3.1, 5.1, 5.2, 6.1, 6.2).

3.3. Соціальна обумовленість становлення цивільно-правової політики України

Проблема соціальної обумовленості багатьох явищ привертає увагу вчених, зокрема, в галузі соціології права³⁴⁷, кримінального

³⁴⁷ Зокрема: *Осіпова Н. П., Воднік В. Д., Клімова Г. П.* Соціологія: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2003. 336 с.; *Современная социология права: сб. науч. тр. / РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед.; Отд. правоведения; Отв. ред. Алферова Е. В. М., 2013. 246 с.*

права³⁴⁸, кримінології³⁴⁹. Доречно зазначити, що серед напрямів досліджень паспорт спеціальності 12.00.08 передбачає «вчення про кримінальний закон: поняття та призначення кримінального закону, його соціальна та кримінологічна обумовленість». Це положення збережено і в Примірному переліку та описі предметних напрямів досліджень в межах спеціальності 081 «Право» (затверджений наказом Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2018 р. № 1477).

Натомість у цивілістичній доктрині аналізована проблема безпідставно не одержала належного висвітлення. Ми пропонуємо започаткувати дослідження соціальної обумовленості цивільно-правової політики. Воно видається актуальним і таким, що значною мірою слугуватиме утвердженню нового наукового напрямку у правознавстві, має збільшити коло прихильників цього виду політики.

В українській мові слова «обумовленість» і «зумовленість» мовознавцями рекомендовано використовувати як рівнозначні і взаємозамінні³⁵⁰. Ми будемо використовувати поняття «обумовленість» – як таке, що більшою мірою імпонує авторському відчуттю української мови.

У контексті нашого дослідження корисними видаються праці О. О. Пащенко, який досліджуючи соціальну обумовленість кримінально-правових норм формулює загалом правильні, виважені

³⁴⁸ Див., наприклад: *Тоболкин П. С.* Социальная обусловленность уголовно-правовых норм. Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1983. 176 с.; *Борисов В. И., Гизимчук С. В.* Уголовная ответственность за нарушение правил, норм и стандартов, обеспечивающих безопасность дорожного движения: монография. Харьков: Консум, 2001. С. 5–30; *Пащенко О. О.* Соціальна обумовленість закону про кримінальну відповідальність: монографія. Харків: Юрайт, 2018. 446 с.; *Пащенко О. О.* Соціальна обумовленість кримінально-правових норм: дис. ... докт. юрид. наук. Харків, 2019. 449 с.

³⁴⁹ *Кудрявцев В. Н.* Социальная обусловленность преступного поведения и роль биологических факторов. Социалистическая законность. 1967. № 6. С. 80.

³⁵⁰ Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. Том 5. 1974. С. 596.

висновки щодо розуміння соціальної обумовленості як важливого інструментарію у кримінальному праві. Водночас власну дефініцію аналізованого поняття автор пропонує доволі абстрактно і неконкретно: «Предметом нашого дослідження є *соціальна обумовленість кримінально-правових норм, яку варто визначати як сукупність обставин, яким вони мають відповідати*»³⁵¹.

Обставини соціальної обумовленості кримінально-правових норм – це «явища, події, факти і т. ін., що відображають залежність кримінально-правових норм від умов суспільного життя»³⁵².

Окрім обставин, в юридичній літературі виділяють фактори або підстави соціальної обумовленості. Вважаємо, що загалом ці терміни (в аспекті досліджуваного явища) мають синонімічне значення; у нашій праці вживатимемо сполуку слів «фактори соціальної обумовленості». Поняття «фактор» визначається як «умова, рушійна сила будь-якого процесу, явища; чинник»³⁵³.

Загалом ми поділяємо позицію А. А. Музики, який запропонував таку дефініцію соціальної обумовленості кримінально-правових норм: «це визначена об'єктивними обставинами необхідність відповідного законодавчого регулювання певних кримінально-правових відносин (у минулому, сьогодні чи в майбутньому). Свій реальний вияв, тобто формалізацію, соціальна обумовленість, по суті, набуває у науково обгрунтованому висновку спеціалістів щодо конкретного законодавчого рішення – про практично корисне, розумне його ухвалення (відмову в ухваленні), збереження чи скасування такого рішення»³⁵⁴.

³⁵¹ Пащенко О. О. Соціальна обумовленість кримінально-правових норм: дис. ... докт. юрид. наук. Харків, 2019. С. 156.

³⁵² Там само. С. 166.

³⁵³ Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. Том 10. 1979. С. 553.

³⁵⁴ Музика А. А. Відгук офіційного опонента на дисертацію О. О. Пащенко «Соціальна обумовленість кримінально-правових норм», подану на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.08: URL: http://oduv.edu.ua/wp-content/uploads/2016/06/Vidguk_Muziki_A.A.pdf (дата звернення: 08.05.2019). С. 10.

Адаптуючи наведене формулювання до потреб нашого дослідження, *соціальну обумовленість цивільно-правової політики* пропонуємо розуміти як визначену об'єктивними факторами (обставинами) необхідність відповідного наукового обґрунтування такої політики (як доктрини) та ефективного, з позицій виробленої стратегії і тактики (як виду державної діяльності), законодавчого регулювання певних цивільно-правових відносин – у сьогоденні чи в майбутньому.

Відповідно *фактори соціальної обумовленості становлення цивільно-правової політики* – це сукупність певних умов, чинників, обставин, подій, фактів і таке інше, що є рушійною силою формування та розвитку цивільно-правової політики.

На нашу думку, слід виокремити такі основні фактори соціальної обумовленості цивільно-правової політики: аксіологічні, історичні, соціально-економічні, правові, політичні, доктринальні (у сфері правознавства), правозастосовні, соціологічні.

1. Аксіологічні фактори. Важливим елементом аксіологічних факторів соціальної обумовленості становлення цивільно-правової політики є необхідність формування української національної ідеї на базі відповідної ідеології. Надихнули нас на цей аспект східні традиції, про які зазначила у своїй доповіді («Соціальна реформа та прогрес через право: приклад Китаю») Чуньінг Ксін, заступник голови Комісії з законодавчої роботи Постійного Комітету Всекитайських Зборів Народних Представників, оприлюдненій на XXIV Всесвітньому конгресі із філософії права і соціальної філософії (Пекін, 15–20 вересня 2009 р.)³⁵⁵.

Вибір теми цього конгресу – «Глобальна гармонія та верховенство права» – був обумовлений тим, що поняття гармонії посідає провідне місце у східній та західній філософських традиціях і може бути застосоване для опису цілей розвитку багатьох суспільств. На

³⁵⁵ Максимов С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибр. праці: статті, аналіт. огляди, переклади (2003–2011). 2-ге вид., допов. Х.: Право, 2012. С. 233–234.

Відразу зазначимо, що ми анітрохи не захоплюємося китайським комуністичним режимом, а лише схвалюємо і пропагуємо, незалежно від політичних уподобань, розумні думки, дії, рішення.

відміну від більш відомого поняття «глобалізація», поняття «глобальна гармонія» охоплює багато спільних ідеалів щодо взаємин між країнами, культурами, правовими системами, між людством і природою. Організаторами цього конгресу пропонувалося розглядати роль верховенства права у просуванні глобальної гармонії і акцентувалося на співіснуванні традицій і сучасних поглядів у різних країнах та запровадженні нових векторів співпраці східних та західних вчених³⁵⁶.

Чуньїнг Ксін у своїй доповіді наголосила на меті верховенства права в Китаї – формуванні гармонійного суспільства. Україна з Китаєм мають багато схожого – передусім у зв'язку із функціонуванням свого часу в обох країнах планової економічної системи, за якої шляхом адміністративних рішень розв'язувалася будь-яка проблема. Через це не було соціальної потреби в реальному приватному праві. Нині Україна відмовилась від планової економічної системи, а в Китаї вже не один рік відбуваються економічні та інші реформи, верховенство права набуває належного статусу в соціальному розвитку.

Історичний досвід свідчить про те, що навіть за умови повного ігнорування законодавцем і практикою, або ж несприйняття доктриною, цивільно-правова політика існує, питанням залишається лише її реальність та ефективність.

Доречно пригадати твердження Л. Й. Петражицького (без чого неможлива, на його думку, усвідомлена і розумна політика права взагалі): «право може впливати і впливає на розвиток народної етики, так що розумна політика права продукує або пришвидшує моральний прогрес ...»³⁵⁷.

Якось П. Л. Фріс зазначив: фактично на сьогодні в нашій країні здійснюється правова політика за відсутності правової ідеології³⁵⁸.

³⁵⁶ Там само. С. 223–224.

³⁵⁷ *Петражицкий Л. И.* Предисловие и введение в науку политики права. Петражицкий Л. Й. Вибрані праці: У 2 кн. К: Либідь, 2011. (Пам'ятки правничої думки Київського університету). Кн. 1. Уклад. І. С. Грищенко, В. А. Короткий; за ред. І. С. Гриценка. 448 с. С. 13.

³⁵⁸ *Фріс П. Л.* Міфи у кримінально-правовій політиці та ефективність кримінального законодавства. *Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності*: матеріали міжнар. наук. практ. конф., м. Харків, 18–19 жовт. 2018 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Харків : Право, 2018. С. 120.

Слушним є уточнення цієї думки: «Без правової ідеології немає правової політики»³⁵⁹.

У Конституції України визначено загальний вектор сучасної ідеології нашої держави, спрямований на посилення людиноцентриського підходу: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» (ст. 3).

Свого часу великий українець російського походження академік НАН України і АМН України М. М. Амосов висловив, зокрема, такі слушні думки:

«Многие, после марксизма, говорят: не нужна идеология. Не могу согласиться: нужна. Любое разумное действие предусматривает цель. Идеология – цель для общества, расписанная на каждого гражданина ... Перейдем к тому, ради чего начата статья. Способна ли наука помочь Украине в выборе и реализации идеологии? Опыт говорит: пока не помогала. Существуют, правда, политологи и институты, но что-то я не вижу в их деятельности ничего, кроме расчета хитрых шагов для достижения властями их эгоистических целей»³⁶¹.

І далі: «Идеология – это словесная формула, предлагающая оценки и действия для гражданина и государства, получившая распространение в обществе. Она призвана расставить людей, определить их взаимоотношения и внушить, что все делается правильно – для них и для будущих поколений. (А теперь еще и для природы). ... Состав идеологии: мораль, ценности, распределение собственности, информации и власти»³⁶¹.

Спеціалісти зазначають, що правова ідеологія закладає теоретико-методологічні основи визначення змістовних і функціональних

³⁵⁹ *Музыка А. А.* Відгук офіційного опонента на дисертацію О. О. Пашенка «Соціальна обумовленість кримінально-правових норм», подану на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.08; URL: http://oduvv.edu.ua/wp-content/uploads/2016/06/Vidguk_Muziki_A.A.pdf (дата звернення: 08.05.2019).

³⁶⁰ *Амосов М. М.* Идеология для Украины. Зеркало недели. 1997. № 16. 18 апреля.

³⁶¹ *Амосов М. М.* Там само.

характеристик правової політики за кількома напрямками, а саме: а) концептуального обґрунтування розвитку вітчизняного законодавства; б) висвітлення тенденцій процесу змін українського суспільства в частині політико-правового забезпечення його функціонування чи принаймні тенденцій розвитку національного законодавства; в) законодавчого забезпечення пріоритетних сфер суспільних відносин: державного будівництва (проведення конституційної реформи, вдосконалення діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування тощо), економіки, політики, культури, реалізації прав і свобод людини та громадянина, а також участі України в міжнародному співробітництві³⁶².

Відповідна ідеологія формується на ґрунті національної ідеї. Тому дослідження проблеми соціальної обумовленості цивільно-правової політики охоплює пізнання самого поняття «національна ідея»³⁶³.

³⁶² Недюха М. П. Сутність і призначення правової ідеології як визначального складника правової політики України. *Правова політика України: концептуальні засади та механізми формування*: зб. матеріалів наук.-практ. конф. (Київ, 5 груд. 2012 р.). За ред. О. М. Рудневої, д. ю. н., проф. К.: НІСД, 2013. С. 41; Тарахонич Т. Правова ідеологія як один із напрямів діяльності держави. *Правова реформа: концепція, мета, впровадження*. Зб. наук. праць. Матеріали VIII міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 23 лист. 2017 р.). За заг. ред. Н. М. Пархоменко, М. М. Шумила. Київ: Ніка-Центр, 2017. 480 с. С. 388–390; Недюха М. П. Сутність та призначення правової ідеології як визначальної складової правової політики України. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*, 2013. № 4. С. 14.

³⁶³ Див., наприклад: *Нагорна Л.* Поняття «національна ідентичність» і «національна ідея» в українському термінологічному просторі. *Політичний менеджмент*, 2003. № 2. С. 14–30; *Медвідь Ф.* Українська національна ідея як детермінанта державотворчих процесів. *Політичний менеджмент*, 2005. № 1. С. 35–43; *Карлова В.* Національна ідея сучасної України: проблеми та перспективи формування. *Вісник Національної академії державного управління*, С. 21–29; *Сидоренко Ю.* Українська національна ідея – яка вона? URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2010/02/6/4714492/>; *Соскін О.* Національна ідея – основа державності України. Газета «Національна фортеця», 2000. № 1. URL: <http://soskin.info/news/57.html>

Це питання є важливим елементом політико-правової легітимації держави, на якому ґрунтується стратегія розвитку будь-якої країни. Класичним визначенням національної ідеї є інтерпретація цього поняття як акумулятора прогресивних національних програм, політичних ідей, гасел, цінностей, рушія національного прогресу, основи національно-визвольних рухів, національної самоідентифікації тощо. Національна ідея становить платформу національної ідеології, визначає теоретичні засади національної свідомості. Національна ідея спрямовує суспільний розвиток України, має глибоке коріння у бутті народу, його історії. Національна ідея завжди орієнтована на відповідний соціально-політичний ідеал, який народ реалізовує у практичному житті³⁶⁴.

Національна ідея в Україні існує щонайменше кілька століть. Але вона залишається формально не вираженою і до того ж не містить тієї «хмари» ідей, яка дає відповіді на сучасні «виклики». Сучасні дослідники з різних суспільних наук небезпідставно вважають, що нині відсутня єдина, усталена українська національна ідея³⁶⁵.

Слушним є положення про те, що національна ідея обов'язково має бути із позитивним спрямуванням. Цікаво, що найчастіше національну ідею українці схильні бачити у рядках Кобзаря, який найкраще передав і український характер, і особливості, і прагнення співвітчизників. Зазвичай любляють цитувати: «В своїй хаті – своя правда, і сила, і воля». Хоча є й інші варіанти³⁶⁶.

Народ, об'єднаний національною ідеєю, стає політично монолітною нацією і долає будь-які перешкоди і труднощі на своєму шляху в майбутнє³⁶⁷. «Якби українці не були нацією, то вони давно були б не українці» (Л. Костенко).

³⁶⁴ *Томенко М. В.* Національна ідея як елемент політико-правової легітимації суспільства. *Право і громадянське суспільство*. 2013. № 1. С. 132.

³⁶⁵ *Одаренко К.* У пошуках національної ідеї. URL: <https://ua.112.ua/mnenie/u-poshukakh-natsionalnoi-idei-453124.html>

³⁶⁶ *Пелих Юрій.* Яка національна ідея потрібна Україні. URL: https://vgolos.com.ua/articles/yaka-natsionalna-ideya-potribna-ukrayini_266667.html

³⁶⁷ *Іванишин Василь.* Національна ідея як фактор. URL: <https://pravyysektor.info/chogo-pragnemo-novyny/nacionalna-ideya-yak-faktor>

Варто погодитись із думкою Дмитра Павличка: «Національна ідея – це захисник, відновлювач і будівничий державності народу, його дух свободи, вищий рівень самоусвідомлення, ознака інтелектуальної зрілості, його здатність впливати на формування позитивного для себе політичного міжнародного клімату»³⁶⁸.

У наведених твердженнях не вистачає врахування приватного інтересу. Правильним є вислів «Щаслива родина – щаслива країна». Тому має бути взаємна кореляція і відповідальність: держава дбає про особу та її родину; створює такі умови, за яких особа працювала б на користь держави і дбала про свої та родинні інтереси. Загалом держава має прагнути, аби кожна людина була щасливою.

На нашу думку, **феномен щастя означає творити і дарувати добро іншим людям та радіти від того разом з ними.**

Для більшої об'єктивності зазначимо, що є країна, в якій створено Міністерство щастя (це – Королівство Бутан, що розташоване між Індією і Китаєм³⁶⁹). Підрозділ ООН щодо пошуку рішень стійкого розвитку в світі щорічно з 2012 р. здійснює доповідь про щастя. У рейтингу щастя оцінюються 6 показників, які є взаємопов'язаними між собою: ВВП на душу населення, тривалість життя, свобода, щедрість, ставлення до корупції і соціальна підтримка. Україна у цьому рейтингу щастя посідає 107 позицію (123 у 2019 р), що є найнижчою серед європейських країн. Нас обійшли навіть Кенія та Намібія. Гірше за нас, лише у Зімбабве, Руанді, Афганістані³⁷⁰. Аналізована ситуація ілюструє відповідні напрями та результативність правової політики конкретної держави.

³⁶⁸ Павличко Д. В. Українська національна ідея: інавгурац. лекція почес. професора Нац. ун-ту «Києво-Могилян. акад.», 1 верес. 2002 р. К.: Вид. дім «КМ Академія», 2002. С. 6.

³⁶⁹ Єдина в світі країна, де є Міністерство Щастя. URL: <https://khm.depo.ua/ukr/khm/edina-v-sviti-krayina-de-e-ministerstvo-shchastya-30012016151300>

³⁷⁰ «Нижче плінтуса»: В рейтинге счастья Украина оказалась на 123 месте. URL: <https://delo.ua/economyandpoliticsinukraine/nizhe-plantusa-v-rejtinge-schastja-ukrayina-okaz-366410/>; Україна піднялася в рейтингу найщасливіших країн. URL: <https://www.slovoidilo.ua/2020/03/20/novyna/suspilstvo/ukrayina-pidnyalasya-rejtynhu-najshhaslyvishyx-krayin>

Отже, питання ідеології, національної ідеї і правового виховання загалом є, на наше глибоке переконання, найбільш вагомими аксіологічними факторами соціальної обумовленості цивільно-правової політики, які відображають необхідність її існування. Так, проблема патріотизму є стрижневим елементом виховання і правосвідомості, який нині має визначати вектор національної правової політики, і зокрема цивільно-правової політики в сучасній Україні.

Наразі відсутня ідея, яка б об'єднала всіх українців. Тож ми пропонуємо власне її бачення і вважаємо, що цивільно-правова політика має ґрунтуватися на такій національній ідеї: **«Від гармонії приватного і державного – до заможних родин у процвітанні Соборної України»**.

2. *Історичні фактори*. Негативний досвід відсутності реальної цивільно-правової політики за радянської доби – яскравий приклад порочного цивільно-правового регулювання. Ігнорування досліджень цього виду правової політики і подальшого впровадження їх результатів на практиці відобразилося у страшному занепаді на цілі десятиліття всього приватноправового сектору права. Врахування сумного досвіду з нашого минулого має бути застереженням для сучасного та прийдешніх поколінь.

У контексті цього питання корисним є критичний аналіз радянських кодексів, в яких яскраво відображені начала комуністичної ідеології, що була поза критикою науковців і будь-яких інших спеціалістів.

Принципово важливим було положення про зосередження в руках Радянської держави основних знарядь і засобів виробництва, встановлення жорсткого державного контролю над торговим обігом тощо, зрештою – відмова від основних принципів приватного права. Характерними з цього приводу є зауваження В. І. Леніна на адресу Народного комісаріату юстиції РСФРР. Зокрема він підкреслював: «... Ми нічого «приватного» не визнаємо, для нас *все* у галузі господарства є *публічно-правовим*, а не приватним. Ми допускаємо капіталізм лише державний, а держава, це – ми, як сказано вище. Звідси – розширити застосування державного втручання у «приватноправові відносини»; розширити право

держави скасовувати «приватні» договори; застосовувати не *corpus juris romani* до «цивільних правовідносин», а *нашу революційну правосвідомість...*»³⁷¹.

І далі, розуміючи свої настанови як такі, що далекі від права, «великий» Ленін, повчав конспірації щодо порядку оприлюднення цього листа: «Пропоную Вам 1) прочитати мій лист всім членам колегії НКЮст;... 3) заборонити під страхом партійної відповідальності базікати про нього (про цей лист), бо ворогам показувати нашу стратегію нерозумно;...

Р. S. Ні найменшої згадки у пресі про мій лист бути не повинно. Нехай, хто хоче, виступає за своїм підписом, не згадуючи мене, і побільше конкретних даних!».

Вітчизняне цивільне законодавство радянської доби базувалося на Конституції СРСР (1936 і 1977 років), Конституції УСРР (1919 і 1929 років), Конституції УРСР (1937 р. та 1978 років), в яких повною мірою відображалося тогочасне ідеологічне навантаження.

Розпочнемо аналіз зі ст. 4 ЦК УСРР 1922 р.³⁷² (яка була повною рецепцією Цивільного кодексу РСФРР), що закріплювала досить демократичне і прогресивне для того часу положення про рівність всіх і кожного: «З метою розвитку продуктивних сил країни УСРР надає цивільну правоздатність (здатність мати цивільні права і обов'язки) всім громадянам, не обмеженим у правах по суду. Стать, раса, національність, віросповідання, походження не мають ніякого впливу на обсяг цивільної правоздатності». Наступна стаття декларувала право кожного громадянина УСРР і союзних радянських республік вільно пересуватися і селитися на території УСРР, вибирати не заборонені законом заняття і професії, набувати і відчужувати майно із зазначеними в законі обмеженнями, укладати

³⁷¹ *Ленін В. І.* О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики: Письмо Д. И. Курскому. Полное собрание сочинений. Изд. 5-е. Т. 44. М.: Политиздат, 1970. С. 399–400.

³⁷² Про надання чинності Цивільному кодексу УСРР: Постанова ЦВК УСРР від 16 грудня 1922 р. ЗУ УРСР. 1922. № 55. Ст. 780. Див. також: Гражданский кодекс УРСР 1922 года с изменениями. URL: <http://deminov.dp.ua/grazhdanskoe-pravo-i-process/ck-codecs-ussr-1922>

правочини і вступати в зобов'язання, закладати торгові і промислові підприємства, з додержанням усіх постанов, що регулюють промислову та торгову діяльність і охороняють застосування праці.

Натомість аналіз решти статей Кодексу свідчить про формальний характер наведених положень. Формулювання окремих статей здійснювалося з точністю до навпаки. Передусім звертає на себе увагу ст. 1 ЦК УСРР, де визначено, що цивільні права захищаються законом, за винятком тих випадків, коли вони здійснюються в суперечності з їх соціально-господарським призначенням. Введення такого неправового і неконкретного критерію, як «соціально-господарське призначення» давало судам необмежений простір для тлумачення закону і потенційної загрози позбавлення своїх прав для будь-кого.

У п. 2 преамбули ЦК УСРР містилося положення про неможливість захисту приватних прав, які були порушені до революції: «Ніякі спори в цивільних правовідносинах, що виникли до 7 листопада 1917 р., не приймаються до розгляду судовими та іншими установами республіки». У п. 5 передбачалося, що розширене тлумачення цього Кодексу допускається винятково у випадку, коли того вимагає захист інтересів лише окремих суб'єктів – робітничо-селянської держави та трудящих мас. А наступний п. 6 наголошував на забороні тлумачення постанов Кодексу на підставі законів скинутих урядів і практики дореволюційних судів.

Визначалося, що земля становить власність держави і не може бути предметом приватного обороту. Володіння землею допускається лише на правах користування (ст. 21 ЦК УСРР). Примітка цієї статті передбачала, що із скасуванням приватної власності на землю скасовано і поділ майна на рухоме і нерухоме. Законодавець всіляко підкреслював, що майнові права приватних осіб є шаленою поступкою, і все в державі обертається навколо загальної ідеї про пануючу роль соціалістичної власності.

Статтею 30 ЦК УСРР було визначено, що правочин визнавався недійсним, коли він був «учинений з метою суперечною закону, або в обхід закону, а також, коли правочин був направлений до очевидної шкоди для держави». Оціночне поняття «очевидна шкода державі»,

знову ж таки, надавала можливість розширеного тлумачення явно не на користь приватних інтересів.

Примітка ст. 59 аналізованого Кодексу містила ще одне дискримінаційне положення: «Колишні власники, майно яких було експропрійоване на підставі революційного права або взагалі перейшло у володіння трудящих до 24 серпня 1922 р., не мають права вимагати повернення цього майна». Звертає на себе увагу застосування безоплатної експропріації, яка (разом з іншими подібними способами припинення права приватної власності – такими, як націоналізація, реквізиція) наразі відсутня в усіх цивілізованих країнах світу. Фраза «взагалі перейшло у володіння трудящих» не витримує критики. Адже таке «доброчесне» заволодіння чужим майном могло відбутися (і відбувалося) під час погромів, крадіжок, розбоїв або іншим незаконним способом. Тобто ЦК УСРР фактично надавав «індульгенцію» таким злочинам проти приватної власності осіб.

Однією з особливостей зобов'язального права було застосування кримінального законодавства за порушення цивільних договірних відносин. Наприклад, застосовувались такі положення КК УСРР 1927 р.: ст. 117 (про невідгідні договори або правочини), ст. 118 (про порушення договору оренди), ст. 122 та ст. 124 (про порушення договору найму), ст. 125 (про спекуляцію житловими приміщеннями). Отже, значна частина діянь, що належать до предмета цивільно-правового регулювання (договірного права), були безпідставно віднесені до сфери кримінально-правового регулювання, тобто криміналізовані.

У галузі спадкового права ЦК УСРР, хоча і дозволяв спадкування за заповітом і за законом, але обмежував коло осіб, які могли спадкувати за законом (ст. 418).

Ще один, унікальний приклад нерівного становища приватних осіб і держави у цивільних відносинах того часу: «Якщо загальна вартість спадщини перевищує 10000 золотих карбованців, то між державою в особі Уповнаркомфіну та його органів і приватними особами, які закликаються до спадкування за законом чи за заповітом, проводиться поділ або ліквідація спадкового майна в частині, яка перевищує граничну вартість спадщини, на користь заінтересованих

органів держави. Якщо за характером складових частин поділ спадкового майна є господарсько не вигідним та незручним, то між органами держави та приватними особами встановлюється сумісне володіння або встановлюється право викупу відповідної частини на користь держави або приватних осіб, якщо останнє допускається інтересами держави» (ст. 417 ЦК УСРР). У цій статті був зухвало акумульований весь арсенал публічного інтересу: і обов'язок «поділитися» з державою своєю спадщиною, і сумісне володіння «надлишком» спадщини, і навіть можливість викупу цієї частини спадщини, якщо це «допускається інтересами держави».

Окрім ЦК УСРР 1922 р., важливе значення для врегулювання цивільно-правових відносин того часу відігравали такі, зокрема, нормативно-правові акти: «Положення про державні промислові трести УСРР» від 4 липня 1928 р., ухвалене на основі загально-союзного «Положення про державні промислові трести»; «Положення про належні державні будинки в містах і селищах міського типу та про порядок використання житлових приміщень у цих будинках», ухвалене 11 січня 1928 р. ВУЦВК і Раднарком УСРР; постанова ВУЦВК і Раднаркому УСРР від 6 лютого 1929 р. «Про авторське право», якою регулювалися права на літературні, наукові і художні твори».

Знову звернемося до КК УСРР 1927 р.³⁷³. Відповідно до ст. 1 цей Кодекс мав завданням судово-правову охорону лише Радянської Соціалістичної Держави. Про охорону прав людини чи юридичних осіб не йшлося. І він повною мірою реалізовував це завдання.

Стаття 3 КК УСРР передбачала загальні начала кримінальної політики УСРР, тобто кримінальна політика отримала легальне закріплення.

Положення п. 7 ст. 3 надавали судам право керуватися «соціалістичною правосвідомістю» під час вирішення кримінальних справ. Крім того, ця стаття передбачала можливість застосування аналогії кримінального закону стосовно норм Особливої частини КК УСРР: «Якщо тієї чи іншої суспільно-небезпечної дії безпосередньо

³⁷³ Кримінальний кодекс УРСР 1927 р. (в редакції 1949 р.). URL: <https://www.twirpx.com/file/2126134/>

не передбачено в цьому Кодексі, то підстави і межі відповідальності за неї, а також заходи соціального захисту визначаються за тими статтями Кодексу, в яких передбачено злочини, найбільш подібні важливістю та характером». Це означало, зокрема, що законодавець надавав дозвіл будь-яку цивільно-правову дію визнати «суспільно-небезпечною» і поширити на неї «подібні» положення Кримінального кодексу. Все залежало лише від бажань та інтересів відповідних посадових осіб і суду.

У п. 8 ст. 3 передбачалася певна класифікація злочинів – поділ на 2 групи, відповідно до їх важливості і небезпечності: а) найнебезпечніші – спрямовані проти основ радянського ладу, встановленого владою робітників та селян та б) всі інші злочини.

Стаття 4 містила цілу низку порушень прав приватних осіб: зокрема, п. 21 передбачав можливість оголошення особи ворогом трудящих, позбавлення громадянства і вигнання за межі держави (порушення права вільного пересування та проживання).

У п. 29 цієї статті йшлося про обмеження прав, яке полягало, відповідно до «букви закону», в позбавленні низки прав. Серед іншого, йшлося про позбавлення батьківських прав за умови зловживання цими правами з боку засудженого. Таким чином, кримінальне законодавство поширило свою дію на ще одне коло приватних відносин – сімейне право. Важливо підкреслити, що зазначені права підлягали поновленню вже відповідно до положень Кодексу законів про родину, опіку, шлюб та акти громадянського стану.

В Особливій частині КК УСРР розділи також розміщувалися відповідно до інтересів держави – розділ 1 (контрреволюційні злочини), розділ 5 (господарські злочини); санкції за ці злочини були значно суворіші, аніж за злочини проти громадян – розділ 6 (злочини проти життя, здоров'я, волі і гідності особи). Так, ст. 54-1а Кодексу передбачала відповідальність за державну зраду у виді смертної кари. У той самий час санкція за вбивство – позбавлення волі на 10 років (ст. 138). Ст. 54-1в встановлювала положення про те, що до всіх повнолітніх членів родини зрадника, які жили з ним, або були на його утриманні до моменту вчинення злочину, застосовувалося позбавлення виборчих прав та заслання до віддалених районів

Сибіру на п'ять років. Тобто ігнорувався принцип індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Загалом радянське цивільне і кримінальне законодавство першої половини ХХ ст. тісно перепліталось (не на користь приватного інтересу), і тоді йшлося не про конвергенцію приватних і публічних начал, а про «галузеву агресію» з боку кримінального права і майже повне знищення приватних начал. Навіть нова економічна політика (НЕП), що була запроваджена на початку 1921 р. на заміну політиці «воєнного комунізму»³⁷⁴, не змогла радикально змінити ситуацію. Окрім того, у кінці 20-х років НЕП з ініціативи Й. В. Сталіна почав різко згортатися. Приватний сектор у промисловості й торгівлі був розгромлений, багато «непманів» опинилися на засланні. В усіх сферах життя насаджувалася адміністративно-командна система³⁷⁵.

Наступний історичний етап – це кодифікація радянського законодавства 60-рр. Перший етап цієї кодифікації розпочався ухваленням відповідного законодавства Союзу РСР та союзних республік, а на їх базі – кодексів. Основи цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік були постановлені 8 грудня 1961 р. і набрали чинності з 1 травня 1962 р.

Цивільний кодекс УСРР 1922 р. вичерпав себе разом із відмовою радянської влади від НЕПу. Його нормами було передбачено інститути (приватна власність, товариства, приватні установи на правах юридичної особи тощо), які вже не існували у радянській країні 30-х років. Цікаво, що дискусії щодо нової кодифікації почалися ледь не відразу, як було ухвалено Кодекс 1922 р., і з перервами точилися аж до початку 60-х років. Головним питанням було, чи досить ухвалення нового ЦК – чи поряд з ним має бути

³⁷⁴ Див., наприклад: Декрет Совета Народных Комиссаров № 403. Наказ Совета Народных Комиссаров о проведении в жизнь начал новой экономической политики от 9 августа 1921 р. Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1921 г. Управление делами Совнаркома СССР М. 1944, стр. 696–700. URL: <http://listmat.info/node/46516>

³⁷⁵ *Мироненко О. М.* Нова економічна політика (неп). Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 4: К–М. Київ, 2001. С. 171–172.

створено ще й кодекс господарський? Прихильники виокремлення господарського права відстоювали позицію, згідно з якою Цивільний кодекс та нормативні акти, що його «супроводжують», мають регулювати лише відносини за участю громадян, оскільки майнові відносини між соціалістичними організаціями є сферою дії господарського права. Цивілісти виходили з доцільності єдиного регулювання майнових відносин, незалежно від їхнього суб'єктного складу, Цивільним кодексом³⁷⁶. Зрештою, ухвалили лише ЦК УРСР 1963 р. (набув чинності з 1 січня 1964 р.)³⁷⁷ і до 2003 р. існувало моністичне врегулювання майнових відносин.

Загалом відбулося подальше посилення публічно-правових засад у цивільно-правовому врегулюванні. Так, у преамбулі ЦК УРСР 1963 р. відображено вектор тодішнього союзного законодавства. Визначено, що «до головних завдань соціалістичної загальнонародної держави належать: створення матеріально-технічної бази комунізму, вдосконалення соціалістичних суспільних відносин і їх перетворення в комуністичні, виховання людини комуністичного суспільства, підвищення матеріального і культурного рівня життя трудящих»³⁷⁸. Цей текст та інші положення преамбули зазначеного Кодексу – майже дослівне відтворення преамбули Конституції СРСР 1977 р. Таким чином було продовжено втілення у цивільне законодавство передусім інтересів держави і діяльності всього суспільства на її благо.

Основу економічної системи СРСР становила соціалістична власність на засоби виробництва у формі державної (загально-

³⁷⁶ Харитонов Є. О. Здобутки та прорахунки другої кодифікації цивільного законодавства в УРСР. *Правове життя сучасної України*: матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу (м. Одеса, 16–17 травня 2013 р.). Відп. за вип. В. М. Дрьомін; НУ «ОЮА». Півд. регіон. центр НАПрН України. Одеса: Фенікс, 2013. Т. 2. С. 549.

³⁷⁷ Про затвердження Цивільного кодексу Української РСР: Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки від 18 липня 1963 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/Z630002.html

³⁷⁸ Цивільний кодекс Української РСР. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0008.html

народної) і колгоспно-кооперативної власності. Приватна власність, як і раніше, знаходилася поза інтересами держави, а тому і поза законодавчим врегулюванням. Держава сприяла розвитку колгоспно-кооперативної власності та її зближенню з державною. Радянське цивільне законодавство було покликане активно сприяти вирішенню завдань будівництва комунізму. Воно сприяло зміцненню соціалістичної системи господарства, соціалістичної власності і розвитку її форм у єдину комуністичну власність, зміцненню планової і договірної дисципліни, господарського розрахунку, своєчасному і належному виконанню поставок, неухильному підвищенню якості продукції, виконанню планів капітального будівництва і підвищенню ефективності капіталовкладень, здійсненню державних закупок сільськогосподарських продуктів, розвитку радянської торгівлі, охороні матеріальних та культурних інтересів громадян і правильному поєднанню цих інтересів з інтересами всього суспільства, розвитку творчої ініціативи в галузі науки і техніки, літератури і мистецтва. Знову ж таки, наголошувалося не на кореляції чи взаємозв'язку, а на «правильному» поєднанні приватних і публічних інтересів.

Варто підкреслити, що захист права власності відбувається за допомогою норм різних галузей права – окрім цивільного, зокрема, ще й нормами адміністративного та кримінального права. Водночас рівень правової охорони різних суб'єктів права власності в аналізованій період був неоднаковим³⁷⁹. Наприклад, ст. 51 Кодексу України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. (далі – КУпАП)³⁸⁰ передбачала відповідальність за дрібне розкрадання державного або колективного майна, проте аналогічної норми, яка б захищала право приватної та комунальної власності, не існувало. Більше того, таке формулювання адміністративної норми

³⁷⁹ Музика Л. А. Проблеми права комунальної власності в Україні: монографія. К.: Атіка, 2006. С. 180–181

³⁸⁰ Кодекс України про адміністративні правопорушення. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122. URL: <https://zakon.cc/law/document/read/80731-10>; URL: <https://zakon.cc/law/document/read/80732-10>

не відповідало, зокрема, змісту ст. 185 КК України 2001 р. Лише у 2005 р. були внесені зміни до аналізованої статті КУпАП і нині вона має назву «Дрібне викрадення чужого майна».

Принагідно відмітимо, що до набрання новим КК України чинності (1 вересня 2001 р.) приватна і комунальна власність фактично не були об'єктом кримінально-правової охорони. Так, гл. II КК України 1960 р. передбачала відповідальність за злочини проти державної і колективної власності, а гл. V – за злочини проти індивідуальної (пізніше – особистої) власності громадян. Комунальна власність отримала самостійний статус лише 1996 р., коли у Конституції України закріпили відповідні положення. А інститут права приватної власності фактично відновив своє реальне становище після відповідних змін до Закону України «Про власність» у 1992 р. (цей Закон втратив чинність 20 червня 2007 р.³⁸¹). Тобто до реформи кримінального законодавства (2001 р.) за посягання на комунальну і приватну власність застосовувалися норми глав II та V КК України, що слід визнати порушенням законності. Це надзвичайно небезпечне явище, оскільки для Особливої частини кримінального права є неприйнятним існування аналогії кримінального закону. Новий КК України від 5 квітня 2001 р.³⁸² вдало розв'язує цю проблему шляхом рівної охорони всіх суб'єктів права власності. Це передбачено ч. 1 ст. 1 «Завдання Кримінального кодексу України» та розділом VI КК України «Злочини проти власності».

Отже, постає запитання: чи була цивільно-правова політика за радянського періоду? У буквальному розумінні її не існувало. Не було належного дослідження та впровадження такої політики. Були окремі її прояви у спотвореному вигляді – загалом це була псевдополітика. Для України зазначена діяльність держави позначилася, серед іншого, трагічними подіями – трьома Голодоморами (1921–1923 рр., 1932–

³⁸¹ Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України: Закон України від 27 квітня 2007 р. № 997-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997-16#Text>

³⁸² Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25 – 26. Ст. 131.

1933 рр., 1946–1947 рр.), які були штучно організовані радянською державою, у тому числі шляхом примусової колективізації та конфіскації продуктів харчування, що призвело до загибелі мільйонів українців. Один із цих Голодоморів (1932–1933 рр.) визнано багатьма країнами світу, які 7 грудня 2018 р. засудили Великий голод проти Українського народу, що став наслідком жорстокої політики сталінського режиму³⁸³. Для того, аби не повторилося таке беззаконня і праволомство, необхідно активно розвивати цивільно-правову політику і як доктрину, і як адекватну діяльність держави.

3. *Соціально-економічні фактори*. В усі часи, від моменту виникнення держави як соціального інституту, існує постійна потреба в регулюванні відповідних суспільних відносин. Цивільно-правова політика має бути спрямована, зокрема, на посилення моральних засад цивільно-правового регулювання, компенсаційної функції цивільного законодавства, захист приватних інтересів і віднайдення балансу приватних та публічних інтересів, забезпечення стабільності цивільно-правового регулювання та цивільного обороту. За цивілізованого державного управління приватні і публічні інтереси «конкурують» на рівних. Поза всяким сумнівом, держава має бути носієм суспільних інтересів, але не винятково власне зазначених інтересів. Це означає, що правове забезпечення охорони суспільних потреб визнаватиметься гідним лише за умови обов'язкового врахування приватних інтересів окремо взятої людини. І навпаки.

Нині держава у масштабному вимірі насправді захищає приватний інтерес. Але не будь-який. Нерідко через лобіювання та ухвалення відповідних нормативно-правових актів, або ж ухвалення необхідних рішень на рівні виконавчої і судової влади реалізуються окремі бізнес-напрями, проекти; значною мірою забезпечуються приватні потреби великих підприємницьких структур, і найперше – олігархів та наблизених до них осіб (на шкоду малому і середньому

³⁸³ Див.: Декларация по случаю восьмидесяти пятой годовщины Голодомора 1932 – 1933 годов в Украине. 38 государств стали соавторами Декларации ООН по случаю 85-й годовщины Голодомора. URL: <https://www.ukrinform.ru/rubric-world/2596062-38-gosudarstv-stali-soavtorami-deklaracii-oon-po-sluciau-85j-godovsiny-golodomora.html>

бузнесу). Це є свідченням відсутності нормальної цивільно-правової політики в Україні. Це і є сучасна квазіполітика у сфері приватного інтересу, сутність якої полягає у спотвореному уявленні про приватне право.

4. Правові фактори. Йдеться передусім про ефективне втілення глобальної ідеї верховенства права – і не лише у процесуальних, а й у матеріальних правовідносинах; не лише у публічній (зокрема – судовій), а й у приватній сфері. Тобто існує об'єктивна необхідність реального запровадження принципу верховенства права у всі сфери впливу цивільно-правової політики. Ці питання докладно розглядаються у підрозділі 4.2 «Аксіологічне поєднання конституційно-правової і цивільно-правової політики (через пізнання ідеалу верховенства права)» нашого дослідження.

Слід виділяти національно-правові та міжнародно-правові чинники, що формують соціальну обумовленість цивільно-правової політики.

Правові фактори аналізованого явища знаходять своє відображення у чинному законодавстві, і насамперед – в Основному Законі України. Так, до повноважень Верховної Ради України належить, зокрема: визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики; затвердження загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального, національно-культурного розвитку, охорони довкілля; розгляд і прийняття рішення щодо схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України; затвердження переліку об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації, визначення правових засад вилучення об'єктів права приватної власності (пункти 5, 6, 11, 36 частини 1 статті 85 Конституції України).

Виключно законами України визначаються, наприклад: права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина; основи соціального захисту, форми і види пенсійного забезпечення; засади регулювання праці і зайнятості, шлюбу, сім'ї, охорони дитинства, материнства, батьківства; виховання, освіти, культури і охорони здоров'я; екологічної безпеки; правовий режим власності; правові засади і гарантії підприємництва; правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання;

засади цивільно-правової відповідальності (пункти 1, 6, 7, 8, 22 частини 1 статті 92 Конституції України).

У свою чергу, Кабінет Міністрів України має, зокрема, такі повноваження: забезпечує державний суверенітет і економічну самостійність України, здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави, виконання Конституції і законів України, актів Президента України; вживає заходів щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина; розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального і культурного розвитку України; забезпечує рівні умови розвитку всіх форм власності; здійснює управління об'єктами державної власності відповідно до закону; організовує і забезпечує здійснення зовнішньоекономічної діяльності України, митної справи (пункти 1, 2, 4, 5, 8 частини 1 статті 116 Конституції України).

Цивільний кодекс України визначає загальні засади цивільного законодавства: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність (ст. 3).

На жаль, у цьому Кодексі не згадуються такі поняття, як «верховенство права» і «законність».

Реалізувати ці та інші законодавчі положення вкрай складно (а то й неможливо) без виваженої правової політики у відповідних сферах державної діяльності. Ось чому в аспекті аналізованих факторів, вкотре повторюємо, потребує розробки, ухвалення і подальшого втілення Концепція правової політики України на відповідний період, у межах якої слід передбачити розділ, присвячений цивільно-правовій політиці. З метою реалізації зазначеної пропозиції вбачаємо необхідним, аби у програмному документі Національної академії правових наук України (у відповідній Стратегії на майбутній період, 2021–2025 роки), серед пріоритетних напрямів наукового забезпечення модернізації державно-правових відносин в Україні було передбачено розробку такої Концепції. У подальшому її

доцільно легітимізувати відповідним актом Верховної Ради України (а не постановою Уряду чи указом Президента України).

Перспективним напрямом наукових досліджень варто визнати міжнародну цивільно-правову політику. Певні напрацювання з цих питань, на чому вже акцентувалося, є на рахунку фахівців із публічних галузей права³⁸⁴. Стосовно приватноправової сфери необхідно зазначити, що наразі досліджується лише правова політика в міжнародному приватному праві. Справедливо наголошується, що вона має бути *«цілераціональною, тобто розумно-обґрунтованою, доцільною, цілеспрямованою, цільовою, цілесвідомою»*. Адже тільки так можна визначити й підпорядкувати єдності й цілісності способи й характер правової політики як діяльності. Цілераціональність мети правової політики в міжнародному приватному праві означає, що результат, на який спрямована ця діяльність, може співпасти з поставленим завданням, тому намагання і спроби суб'єктів останньої стосовно досягнення наміченого результату не виявляться марними, отже – зможуть розглядатися адекватними меті. У зв'язку із цим мета, як і діяльність щодо її досягнення, відповідні засоби й принципи її провадження, будуть істинними³⁸⁵.

В аспекті розуміння правових факторів аналізованої обумовленості слід звернути увагу і на таку важливу обставину. Ніхто не заперечуватиме, що оптимальні внутрішньогалузеві і міжгалузеві правові зв'язки-взаємодії обумовлюють належне функціонування права як системи. У свою чергу, такі зв'язки слугують формуванню **системи правової політики** загалом і цивільно-правової політики зокрема. Через системні зв'язки відбувається взаємний вплив: права на політику і навпаки – політики на право. Докладно про це йдеться у розділі 4 «Цивільно-правова політика та інші види правової політики: порівняльно-правова характеристика».

³⁸⁴ Див., наприклад: *Музика А. А., Лацук Є. В.* Міжнародна кримінально-правова політика як новий науковий напрям. *Право України*. № 9. 2010. С. 81–89.

³⁸⁵ *Степанюк А. А.* Мета правової політики в міжнародному приватному праві. *Проблеми законності*. 2011. Вип. 113. С. 74.

Викладена коротка характеристика правових факторів дає підстави стверджувати про їх важливе значення у розумінні соціальної обумовленості цивільно-правової політики.

5. *Політичні фактори*. У підрозділі 1.2 «Правова політика Української держави: загальнотеоретичні аспекти» акцентувалося, зокрема, на тому, що у понятті «цивільно-правова політика» та відповідній діяльності держави й інституцій приватного сектору основним, первинним є право, а не політика. Тому слід оперувати терміном «правова політика», а не «політика права». Одночасно, на кшталт кодифікаційних процесів, для формування цивільно-правової політики, без сумніву, потрібна сильна політична воля.

У Преамбулі Конституції України підтверджена європейська ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України. Назвемо лише деякі основні законодавчі віхи цього процесу. Так, 14 червня 1994 р. була укладена Угода про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами³⁸⁶ (втратила чинність від 1 вересня 2017 р.). Згодом, 16 серпня 1999 р., постановою Кабінету Міністрів України № 1496 була затверджена Концепція адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу³⁸⁷. 18 березня 2004 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України, яким затвердила «Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»³⁸⁸.

До надзвичайно важливих належить Європейська політика сусідства (ЄПС), англ. European Neighbourhood Policy. Це актуальна

³⁸⁶ Угода про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_012#Text

³⁸⁷ Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 р. № 1496. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1496-99-п#Text>

³⁸⁸ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18 березня 2004 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15#Text>

політика Європейського Союзу, що має на меті створення на півдні і сході від нових кордонів розширеного ЄС зони стабільності миру і добробуту шляхом налагодження тісних довготривалих відносин з сусідніми країнами. Серед них – Україна. Розроблена конкретна Стратегія реалізації ЄПС (12 травня 2004 р.) й аналітичні доповіді щодо семи перших країн із «кола друзів». На основі Стратегії виробляються детальні плани дій з кожною країною-партнером. Плани дій визначають пріоритетні завдання, виконання яких має зблизити країну з ЄС. Моніторинг виконання чинних Планів дій здійснює як Європейська комісія, так і громадське експертне середовище країн «кола друзів»³⁸⁹.

Відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 р.³⁹⁰ основними засадами зовнішньої політики України проголошено забезпечення інтеграції нашої держави до європейського політичного, економічного, правового простору з метою набуття членства в Європейському Союзі; також до засад внутрішньої політики у соціальній сфері віднесено прагнення забезпечити гарантовані Конституцією України права і свободи громадян на основі впровадження європейських стандартів соціального захисту й підвищення якості соціальних послуг (ч. 1 ст. 8).

На виконання цих засад 21 березня 2014 р., під час позачергового Саміту Україна-ЄС, було підписано політичну частину 1 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Також було підписано Заключний акт Саміту.

27 червня 2014 року під час засідання Ради ЄС Президент України та керівництво Європейського Союзу і глави держав та урядів 28 держав-членів ЄС підписали економічну частину 2 Угоди, яка

³⁸⁹ Див., зокрема: Оцінка виконання Планів дій Європейської політики сусідства. Виконання Плану дій Україна-ЄС: довілля та сталий розвиток. Під ред. Н. Андрусевич. Львів, 2009. 104 с.

³⁹⁰ Про засади внутрішньої і зовнішньої політики України: Закон України від 1 липня 2010 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2411-17#Text>

разом з рештою тексту Угоди становить єдиний документ. 16 вересня 2014 р. Верховна Рада України та Європейський Парламент синхронно ратифікували Угоду про асоціацію між Україною та ЄС³⁹¹. Ця Угода налічує понад тисячу сторінок, а за своєю структурою складається з преамбули, семи частин, 43 додатків та 3 протоколів.

17 березня 2016 р. постановою № 1035-VIII Верховна Рада України затвердила «Рекомендації щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України»³⁹². Відповідно до п. 3 цих Рекомендацій зареєстрованими можуть бути виключно законопроекти, які, зокрема, відповідають «зобов'язанням у рамках Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони».

Також у ч. 1 ст. 93 Регламенту Верховної Ради України, затвердженого Законом України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. передбачено, що кожен законопроект, проект іншого акта після його реєстрації в апараті парламенту направляється на експертизу щодо його відповідності міжнародно-правовим зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції для підготовки експертного висновку.

Власне цивільно-правова політика і має «відповідати» за приватноправовий вимір адаптації цивільного законодавства до права ЄС. Якщо переглянути текст Угоди про асоціацію..., стає зрозумілим, що це стосується, зокрема, питань: заснування підприємницької діяльності, торгівлі послугами та електронної торгівлі (глава 6), інтелектуальної власності (глава 9), політики у сфері промисловості та підприємництва (глава 10).

³⁹¹ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 40. Ст. 2021.

³⁹² Про заходи з реалізації рекомендацій щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України: Постанова Верховної Ради України від 17 березня 2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1035-19#Text>

6. *Доктринальні фактори (у сфері правознавства)*. Радянський період загалом характеризується як боротьба пролетаріату (пізніше – робочого класу) і селянства за світле майбутнє. У Програмі КПРС, затвердженій на XXII з'їзді КПРС (17–31 жовтня 1961 р.)³⁹³ було визначено: через 20 років, тобто розпочинаючи від 1980 р., радянський народ житиме при комунізмі. Коли читаєш цей офіційний політичний опус, «Місто Сонця» Томмазо Кампанелли вже не сприймається як утопія.

За радянської доби, на шляху до «щасливого» майбутнього, людина, з її правами та інтересами, розглядалася як «гвинтик у робочому механізмі». Цілком зрозуміло, що і цивільне право тієї пори відображало відповідну ідеологію і слугувало їй. У піснях були закарбовані заклинання на кшталт: «сразу думай о родине, а потім о себе», «а вместо сердца – пламенный мотор». Тобто нічого приватного.

Показовим є ставлення радянської влади до приватного права і науки в цілому. Зберігся документ під назвою «Висновки і пропозиції Комісії НКО по обслідуванню стану та роботи ВУАН», підготовлений за результатами «ревізії» Всеукраїнської Академії наук у січні–березні 1928 р. Документ було складено так, щоб кожен науковець підпадав під політичне звинувачення чи за походженням, чи за напрямком досліджень, чи за політичну або громадську діяльність до революції. У ньому зокрема відзначалася наукова кваліфікація кандидатів чи членів ВУАН із позицій соціалістичного світогляду: «... є досить значна кількість діячів, що їх наукова діяльність цілковито пов'язана зі старим дореволюційним укладом та дореволюційними суспільними формаціями, що виходять з передточок зруйнованої пролетарською революцією **псевдо-науки**, як, скажімо, ... **майнового права** тощо ...» (виділено нами. – *Л. М.*)³⁹⁴.

³⁹³ Программа Коммунистической партии Советского Союза. URL: http://leftinmsu.narod.ru/polit_files/books/III_program_KPSS_files/III_program_KPSS.htm

³⁹⁴ *Матвеева Л. В., Циганкова Е. Г. А. Ю. Кримський – неодмінний секретар Всеукраїнської Академії наук: Вибране листування. К: АТ «Обереги». 1997. С. 25.*

Вельми корисним буде також звернутися і до наукової спадщини. У цьому контексті надзвичайно цінною є, зокрема, фундаментальна праця нашого співвітчизника Тарасова Івана Трохимовича, присвячена проблемам акціонерного законодавства (м. Київ, 1878 р.), яку в подальшому не оминав увагою жоден серйозний дослідник акціонерних товариств³⁹⁵. Тодішня царська Росія успішно використала зарубіжний досвід, опрацьований вченим.

Після 1917 р. зазначений науковий доробок на «соціалістичних теренах» вже не мав застосування. Хоча формально ринок цінних паперів існував з 1923 до 1930 року, справжнього фондового ринку за радянських часів не було і ця цивілістична проблематика на довгі роки також була виключена з юридичної науки. Як не дивно, дослідження І. Т. Тарасова залишається актуальним і в наш час.

Через домінування публічних інтересів над приватними у радянській державі не було належних умов для розвитку правової політики загалом і цивільно-правової політики зокрема. Сьогодні в Україні ставлення до предмета нашого дослідження поступово змінюється на краще. Можна стверджувати, що серед юристів вже є прихильники цивільно-правової політики (про це свідчать результати нашого соціологічного дослідження, про що йтиметься далі). Але одного її визнання спеціалістами – замало. Цивільно-правова політика – і як науковий напрям, і як вид державної діяльності, потребує наукового забезпечення. Натомість у вітчизняній юридичній літературі аналізована проблематика, на жаль, залишається «білою плямою».

У підрозділі 3.1 «Стан дослідження проблеми цивільно-правової політики: від Л. Й. Петражицького та Г. Ф. Шершеневича до сьогодення» нами досліджено витoki цивільно-правової політики як доктрини і сучасний стан пізнання цієї наукової проблеми. Загалом у монографії неодноразово доводимо, що не може існувати правова політика, яка спирається виключно на публічні галузі права. Наголошуємо, що в окремих країнах цивільно-правова та інші види

³⁹⁵ Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях. М., 2000. 403 с.

приватноправової політики не заперечуються, хоча змістовно й не досліджуються.

Серед негативних обставин, що впливають на стан доктринальної неуваги до предмета нашого дослідження – відсутність у паспортах спеціальностей навіть згадки про відповідний науковий напрям. Як наукова проблема цивільно-правова політика сиротливо знаходиться на узбіччі правознавства. У зв'язку із цим видається доречним звернути увагу і на такий аспект. У паспорті окремих спеціальностей (наприклад, 12.00.04 і 12.00.08) до пріоритетних напрямів наукових досліджень безпосередньо віднесено вивчення відповідних видів правової політики. Так, у галузі науки господарського права це, зокрема: «правова структурно-галузева політика держави» і «правова зовнішньоекономічна політика держави»; у галузі науки кримінального права – «кримінальне право та кримінально-правова політика»; у галузі кримінології – «кримінологічна політика держави»; у галузі науки кримінально-виконавчого права – «державна політика у сфері виконання покарань». В аспекті аналізованого питання Примірний перелік та опис предметних напрямів досліджень в межах спеціальності 081 «Право» (затверджений наказом МОН України від 28 грудня 2018 р. № 1477) також не вирізняється актуальною новизною.

Враховуючи неабияке значення результатів цивілістичних досліджень для вдосконалення і належного розвитку цивільних правовідносин, вважаємо за доцільне, аби МОН України вніс до відповідних документів необхідні корективи – доповнив їх таким науковим напрямом дослідження, як «цивільне право і цивільно-правова політика».

7. Правозастосовні фактори. Здобутки цивільно-правової політики можуть (і мають) застосовуватися в юридичній практиці, зокрема, у сфері правосуддя: під час формулювання правових позицій в рішеннях судів; для досягнення єдності судової практики; у процесі аналізу судової статистики, вивченні та узагальненні судової практики; під час надання методичної допомоги вищою судовою інстанцією щодо застосування законодавства судами нижчого рівня; для підготовки наукових висновків членами Науково-консультативної ради при Верховному Суді та Науково-консультативної ради Конституційного Суду України.

Правозастосування – це не лише кінцевий результат ухвалення якогось рішення (законодавчого, судового, адміністративного тощо), а й безпосередньо процес, який цьому передував. Ефективність правозастосовної діяльності значною мірою залежить від досконалості законодавства, належної правотворчості загалом. Власне ці питання найчастіше аналізуються науковцями, практиками, засобами масової інформації тощо. Трапляється, що певні законодавчі недоліки (прогалини, суперечності) є настільки серйозними, що вони стають на заваді швидкому вирішенню якихось питань, набувають характеру юридичної проблеми для учасників відповідних правовідносин і, звісно, для судової влади. І тоді на порядку денному постає необхідність їх розв'язання без тривалих зволікань. Суд бере на себе обов'язок щодо врегулювання таких проблем. Відбувається це через судову правотворчість, яка в аспекті правозастосування належить до форм реалізації цивільно-правової політики. Зазначена діяльність потребує ґрунтовного вивчення, а також постійної уваги з боку законодавця, Конституційного Суду України, громадянського суспільства, аби вона не вийшла за межі здорового глузду.

Для пізнання правозастосовних факторів, що обумовлюють становлення цивільно-правової політики, також важливим є реальне, а не формальне застосування ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Законом передбачено, що рішення ЄСПЛ є обов'язковими для судів України, тобто вони визнаються джерелом національного права. Виконання такого завдання стає можливим передусім через релевантне використання зазначеної судової практики.

Наразі рівень «співпраці» цивілістичної доктрини і юридичної практики є недостатнім. Поза всяким сумнівом, врахування потенціалу цивільно-правової політики сприятиме оптимізації цього процесу. Втілення у життя цивільно-правової політики через правозастосування відбувається на рівні всіх гілок влади – законодавчої, виконавчої, судової. Детальніше про це – у підрозділі 5.2 нашого дослідження.

8. *Соціологічні фактори*, що ґрунтуються на результатах проведеного нами соціологічного дослідження, розкриті у наступному підрозділі.

А наразі зазначимо, що розглянуті фактори соціальної обумовленості досліджуваного явища є переконливими науковими доказами необхідності становлення вітчизняної цивільно-правової політики. Вони свідчать про самостійне місце такої політики в системі галузевих видів правової політики і водночас мають важливе значення для науки цивільного права та практики його застосування.

3.4. Про важливість і необхідність вітчизняної цивільно-правової політики (за результатами власного соціологічного дослідження)

Осмисленню та подальшому обґрунтуванню соціальної обумовленості цивільно-правової політики сприятиме також детальна характеристика соціологічних факторів. Це бачення реалізовано через відповідне соціологічне дослідження, що здійснено нами протягом 2017–2019 рр. Воно проводилося у декілька етапів³⁹⁶.

1. *Підготовка дослідження* – полягала у формулюванні мети, складанні програми, плану та встановленні строків проведення дослідження. На цьому етапі також були визначені способи аналізу та обробки соціологічної інформації.

Мета зазначеного дослідження – з'ясування позиції юристів (науковців і практиків) з питань важливості і необхідності вітчизняної цивільно-правової політики як доктрини та відповідної діяльності держави на сучасному етапі.

В теорії емпіричної соціології виділяють випадкову (її види – проста, систематична, серійна) та не випадкову вибірку (її види –

³⁹⁶ *Примітка.* В юридичній літературі висвітлюється процедура підготовки, проведення та оцінки результатів соціологічних досліджень. Один із таких підходів, у загальних рисах, нами взято за приклад. Див.: *Ершова И. В.* Использование арсенала эмпирической социологии в теоретических и прикладных цивилистических исследованиях. *Методологические проблемы цивилистических исследований: сборник научных статей. Ежегодник.* Вып. 3. 2018. Отв. ред. А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. М.: Статут, 2018. 376 с. С. 16 – 32.

цілеспрямована, квотна). Обрання виду вибіркового методу, кожен з яких вирізняється певним рівнем точності та особливостями, відбувається з урахуванням необхідності вирішення завдань конкретного соціологічного дослідження. Також розрізняють масові та спеціалізовані (експертні) опитування.

Наше дослідження базувалося на невивадковій вибірці і спеціалізованому (експертному) опитуванні. Респондентами виступили 300 науковців і практиків. Це були фахівці не лише з цивільного права, а й представники інших спеціальностей, зокрема: теорії права, матеріального і процесуального права – господарського, сімейного, трудового, конституційного, фінансового, земельного, кримінального, адміністративного, а також – судоустрою, адвокатури, історії держави і права, міжнародного приватного та міжнародного публічного права, юридичної психології, кримінально-правової політики, філософії права, історії політичних та правових вчень.

Соціологічним дослідженням були охоплені різні регіони України: Київ, Харків, Одеса, Чернівці, Івано-Франківськ, Львів. Респондентами стали науково-педагогічні працівники Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національного університету «Києво-Могилянська академія», Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого, Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, Львівського національного університету імені Івана Франка, Львівського державного університету внутрішніх справ. Через використання соціологічного методу стало можливим також з'ясувати думку про цивільно-правову політику суддів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та наукових співробітників апарату цього суду (всі – спеціалісти в галузі цивільного і цивільно-процесуального права).

На початку анкетування планувалося залучити до нього: науково-педагогічних працівників/наукових працівників, народних депутатів України, посадових (службових) осіб Міністерства юстиції України, суддів Конституційного Суду України, суддів Верховного Суду України, суддів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду

цивільних і кримінальних справ; наукових співробітників апарату: Конституційного Суду України, Верховного Суду України.

Однак у процесі проведення опитування стало зрозумілим, що заради чистоти цього соціологічного дослідження доцільно відмовитись від деяких респондентів. Отже, із практиків було опитано лише суддів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та наукових співробітників апарату цього суду. Решта респондентів – це науково-педагогічні та наукові працівники згаданих вище навчальних закладів. Причому вчені-викладачі були зазначені першими серед респондентів. І приємною була реакція одного з опитаних, який зазначив: «дуже правильно визначено місце науково-педагогічних працівників порівняно з іншими анкетованими». Ми спеціально таким чином визначили важливість науки у досліджуваній проблемі.

Вважаємо, що застосовані нами підходи дозволили забезпечити достатній рівень репрезентативності (від лат. *representativus* – представницький) проведеного дослідження.

2. *Збирання соціологічної інформації.* Варто зазначити, що складання анкети, формулювання та послідовність запитань – доволі складний і копіткий процес, який вимагає глибокого занурення в проблематику, а також передбачає оволодіння технікою анкетування³⁹⁷. Разом із анкетой ми надали коротку інформаційну довідку про цивільно-правову політику. В ній запропоновано, зокрема, її визначення у двох значеннях (діяльність держави і доктрина). Не маючи на меті ввести респондентів в оману, ми сформулювали запитання так, аби не нав'язувати своє бачення, залишили їм простір для власних позицій. Водночас наші запитання перебувають у певній кореляції між собою. Одне явище – цивільно-правову політику ми представили з різних сторін.

Зазвичай подібна робота здійснюється не одноособово, а колективом однодумців. Представлене соціологічне дослідження проведене самостійно, тому було досить тривалим у часі.

³⁹⁷ Новикова С. С. Введение в прикладную социологию. Анкетирование: учебное пособие. М.: СпортАкадемПресс. 2000. С. 91–94.

3. *Проведення анкетування.* Воно було анонімним і тривало протягом трьох років. Анкети надсилалися не всім адресатам одночасно: потрібно було організувати сам процес анкетування і забезпечити контроль його проведення. На нашу ініціативу широко відгукнулися і всіляко сприяли їй всі очільники навчальних закладів, завідувачі кафедр, де проводилося анкетування. Вельми вдячні всім. І, звісно, велика дяка респондентам цього соціологічного пізнання.

4. *Підготовка зібраної інформації для її обробки; безпосереднє її опрацювання.* У нашому випадку цей етап також доволі складний і тривалий. Мінімізувати часові та розумові навантаження під час подібного дослідження можуть комп'ютерні технології. Наприклад, якщо організувати анкетування в електронній формі, то і оброблення отриманої інформації, формування графіків, таблиць тощо здійснюється за допомогою відповідної програми. Через суб'єктивні причини наше анкетування відбувалося у традиційний спосіб, на паперовому носіїві.

5. *Аналіз обробленої інформації.* Після одержання і оброблення інформації вона має бути належно проаналізована. Окремої уваги потребують запитання, що передбачають мультिवаріантність відповідей (про таку можливість зазначено в анкеті). У подальшому інформація подається вже у відсотковому співвідношенні.

6. *Готування наукового звіту за результатами дослідження і представлення його результатів.* В емпіричній соціології виділяють щонайменше три форми представлення результатів дослідження: статистичну, наукову та літературну. Статистична форма передбачає надання інформації у «сирому» вигляді. Така форма, без сумніву, є важливою, оскільки дозволяє незалежним користувачам оцінити достовірність і обґрунтованість зроблених висновків, рекомендацій, прогнозів тощо. Водночас її суттєвим недоліком є те, що взагалі відсутня, або ж наявна у незначному обсязі необхідна аналітика.

Поєднання двох перших форм – статистичної і наукової є можливим за умови проведення дослідження колективом науковців. Ми використали другу, наукову форму.

На відміну від звіту, що притаманний статистичній формі, обрана нами форма не зобов'язує дотримання чіткої структури та оприлюднення всієї інформації. Послідовність представлення

результатів дослідження може, і має бути, підпорядкована лише вимогам і логіці викладу матеріалу в науковій статті. Виклад такого матеріалу залежить загалом від авторської інтерпретації. Наукова форма представлення результатів такого дослідження вважається оптимальною для професійного академічного середовища.

Ця форма подачі інформації передбачає науковий аналіз, формування зауважень, висновків і пропозицій. Ознайомлення з такими напрацюваннями може слугувати приводом для наукових дискусій, бути основою для подальших теоретико-прикладних досліджень у відповідній сфері.

Наведемо основні результати проведеного нами соціологічного дослідження.

1. Респондентам було запропоновано відповісти на запитання: *«Для чого необхідна діяльність держави (перспективна і поточна) у сфері цивільних відносин?»*; можна було обрати не один варіант відповіді. У цьому питанні фактично йшлося про цивільно-правову політику як діяльність держави.

Більшість опитаних (87%) обрали такий варіант відповіді: «для врахування публічних і приватних інтересів і забезпечення їх балансу». Майже стільки ж фахівців (85%) вважають, що така державна діяльність необхідна «для стратегічного і системного підходу у цивільно-правовому регулюванні суспільних відносин»; 65% опитуваних – «для захисту приватних інтересів»; 33% учасників дослідження зазначили: «для убезпечення зловживання з боку держави у приватних відносинах».

Набір альтернативних відповідей передбачав також можливість вказати власну позицію з наведеного питання. Нею скористались лише 9 осіб (3%). Узагальнено – це такі думки: «для реагування на зміни у суспільних відносинах; для забезпечення планування бізнесом своєї господарської діяльності; для гарантування захисту прав; для забезпечення прав суб'єктів та їх гарантування; для гарантії суб'єктивних приватних прав».

Хоча серед запропонованих нами варіантів йшлося про захист приватних інтересів, один респондент зауважив, що діяльність держави має бути спрямована на захист приватних інтересів виключно фізичних осіб. Це доволі спірна пропозиція, адже суб'єктний склад

цивільних відносин є значно ширшим, а приватний інтерес, окрім фізичних осіб, може належати і юридичним особам. Інший фахівець зазначив, що діяльність держави має бути спрямована на захист інтересів держави; убезпечення від зловживань з боку фізичних та юридичних осіб на шкоду інтересам держави. Вважаємо такий підхід важливим, оскільки респондент, окрім запропонованих нами варіантів відповіді (не замість них, а додатково), наголосив також на необхідності захисту інтересів держави у цивільних відносинах. Утім, на нашу думку, варто дбати не лише про державу, а й про інших суб'єктів публічного права як учасників приватних відносин, наприклад, територіальні громади. Адже фактично йдеться про пошук і забезпечення балансу публічних і приватних інтересів, недопущення зловживання жодним із учасників правовідносин. У правозастосуванні, на жаль, трапляються порушення як приватних, так і публічних інтересів. І носії відповідних інтересів мають бути захищені на законодавчому рівні, а в подальшому – і в практичній площині.

Одна із відповідей містила доволі категоричне положення щодо діяльності держави в аспекті цивільно-правової політики: «Виключно для встановлення меж правового регулювання цивільних відносин (з урахуванням диспозитивного ухилу)». Видається, що таке бачення участі держави (визнання її основним суб'єктом цивільно-правової політики) є досить спірним і не відповідає реаліям сьогодення.

Таким чином, відповідаючи на зазначене питання, респонденти більшою мірою окреслили сутність цивільно-правової політики у прикладному значенні – як діяльність держави.

2. Наступним було таке запитання: «*Чи є, на Вашу думку, підстави виокремлювати цивільно-правову політику: як теоретичний напрям у науці (доктрині)? як діяльність держави?*». Воно мало на меті з'ясувати думку фахівців щодо наявності підстав виокремлювати цивільно-правову політику як самостійний вид правової політики. Для цього ми розмежували розуміння про таку політику – як теоретичний напрям у науці (доктрині), та як діяльність держави.

Показовою видається позиція практиків – жоден суддя категорично не заперечив проти цивільно-правової політики в обох значеннях.

Більше половини опитаних суддів висловили однозначне «так» у межах обох аспектів аналізованого питання (62% щодо науки і 52% – як діяльність держави). При цьому 38% відповідей зосереджено на варіанті «скоріше так, аніж ні» – для доктрини. Щодо цивільно-правової політики, як діяльності держави, 38% суддів висловили сумнів, але схилились більше до позитивної відповіді: «скоріше так, аніж ні»; 10% визначили своє ставлення, як «скоріше ні, аніж так».

Позиції вчених з цього питання (щодо цивільно-правової політики і як доктрини, і як діяльності держави) розподілилися таким чином: більшість (43%) висловились «за» її виокремлення: «скоріше так, аніж ні» відповіли 32% респондентів; 15% схилилися до відповіді «скоріше ні, аніж так». І лише 10% висловилися проти. Тобто абсолютна більшість респондентів позитивно сприймає феномен цивільно-правової політики.

Дехто із науковців взагалі не відповів на запитання. Один респондент слушно зауважив, що ці два значення цивільно-правової політики не можуть існувати окремо; діяльність держави супроводжується теоретичними розробками з метою правильного і однакового застосування норм. Не заперечуємо, що це – ідеальна ситуація, до якої необхідно прагнути.

3. В окремих країнах протягом багатьох років розробляються і запроваджуються на законодавчому рівні засади правової політики, визначаються основні напрями розвитку правової системи держави на певний період. Наприклад, у Казахстані успішно реалізується «Концепція правової політики Республіки Казахстан на період з 2010 до 2020 року» (до цього – витримала перевірку часом відповідна концепція 2002 р.). У цих документах, з-поміж іншого, є положення і про цивільно-правову політику. Такі концепції слугують основою для розробки стратегічних програм у галузі правової політики держави, перспективних і щорічних планів законопроектних робіт уряду, проєктів нормативно-правових актів. У нашій країні вчені (особливо представники кримінального права) неодноразово ініціювали й обґрунтовували необхідність запровадження такої практики і в Україні. Тому одне із питань стосувалося *доречності розробки та ухвалення Концепції правової політики України на відповідний*

період, у межах якої має бути розділ, присвячений цивільно-правовій політиці.

Практики схвально сприйняли цю пропозицію – 61% вважають за необхідне ухвалення подібної Концепції. Решта, 39% сумніваються, але все ж таки схильні до позитивної відповіді.

Серед вчених категорично не підтримали необхідність запровадження Концепції 10%; більшість (39%) висловились «за»; «скоріше так, аніж ні» – відповіді 31%; сумнівалися, але «скоріше ні, аніж так» – 20% опитаних.

Один респондент залишив коментар до цього питання про те, що «концепція формується на основі відповідної доктрини і ідеології. Тому починати, вочевидь, слід з доктрини». Підтримуємо цю позицію, насправді слід розвивати доктрину. Але й цивільно-правову політику як діяльність держави не варто ставити в режим «очікування» доктринальних напрацювань, а здійснювати практичні кроки паралельно із наукою.

4. Важливим у праві є раціональне і системне розв'язання проблеми відповідальності учасників правовідносин. Для з'ясування позиції респондентів у цьому аспекті слугувало таке запитання: *«Чи необхідно враховувати передусім потенціал цивільного права (зокрема, можливість встановлення цивільно-правової відповідальності) під час вирішення питання про встановлення (виключення) кримінальної чи адміністративної відповідальності за певні діяння?»*.

Воно викликало чи не найбільше дискусій і зауважень з боку опитуваних. Дехто пропонував власний варіант відповіді, наприклад: «застосовувати і цивільно-правову, і кримінальну, і адміністративну відповідальність». Видається, що автор цієї думки не зрозумів змісту аналізованого питання. Насправді воно спрямоване на з'ясування ставлення фахівців до такого підходу: кримінальне чи адміністративне право не варто розглядати як панацею у врегулюванні правових конфліктів; вирішувати проблеми, які виникають у суб'єктів правовідносин, слід максимально за рахунок цивільно-правової відповідальності, шляхом використання передусім цивільно-правового потенціалу. Кримінальна відповідальність має

завжди сприйматися як *ultima ratio* впливу на правопорушника. Якщо відповідні питання можливо врегулювати цивільно-правовим шляхом, саме він має бути обраний законодавцем. Це означає, що види юридичної відповідальності мають функціонувати як єдиний системний механізм³⁹⁸.

На жаль, роками спостерігаємо полярну ситуацію. Наприклад, Кримінальний кодекс України набув чинності майже на три роки раніше, ніж Цивільний кодекс України. А мало б бути навпаки. На нашу думку, цей факт можна пояснити, зокрема, і відсутністю належних розробок у сфері цивільно-правової політики.

Аналізований аспект проблеми містить неабиякий запобіжний потенціал цивільно-правового спрямування³⁹⁹. Позитивним прикладом може слугувати здійснена свого часу декриміналізація низки злочинів у сфері господарської діяльності (на підставі Закону від 7 липня 1992 р. № 2547-12) – зокрема заняття приватно-підприємницькою діяльністю (ст. 150 КК УРСР 1960 р.) і комерційне посередництво (ст. 151 цього Кодексу), а також спекуляції (ст. 154 цього Кодексу) – через ухвалення КК України 2001 р. Саме у цьому напрямі вбачається оптимізація подальшого правового регулювання суспільних відносин.

Інший опитуваний зазначив, що це «незрозуміле запитання. Цивільно-правова відповідальність існує вже давно поряд з іншими видами відповідальності. Кримінальна і адміністративна стосуються публічного інтересу, а цивільно-правова – приватного». Ми не погоджуємося з таким міркуванням. Кожен із видів відповідальності

³⁹⁸ Примітка. Видається перспективною наукова позиція, викладена у статті: Азаров Д. С. Кримінальна та адміністративно-деліктна відповідальність. *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. 2018. Том 2. С. 99–109.

³⁹⁹ Див., наприклад, кандидатську дисертацію, що захищена за двома спеціальностями: Прысь Л. Е. Гражданско-правовое обеспечение профилактики наркотизма: дис канд. юрид. наук: 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право; 12.00.03 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право. Волгоград, 2006. 159 с.

може стосуватися як публічних, так і приватних інтересів⁴⁰⁰. Наприклад, до суб'єктів цивільних відносин, а отже, і до відносин цивільно-правової відповідальності належить держава (ст. 174 ЦК України). У той самий час Кримінальний кодекс України має своїм завданням правове забезпечення охорони не лише публічного, а й приватного інтересу, зокрема, прав і свобод людини і громадянина, власності (ч. 1 ст. 1).

Отже, відповіді на запитання розподілилися таким чином. Переважна більшість респондентів (51%) слушно вважають, що необхідно враховувати передусім потенціал цивільного права під час вирішення питання про встановлення (виключення) кримінальної чи адміністративної відповідальності за певні діяння. Висловили сумнів, але схилиються до позитивної відповіді на запитання – 32% опитаних. Негативне ставлення до аналізованого питання виявили 17% фахівців – варіанти «скоріше ні, аніж так» та «ні» обрали 9% і 8% респондентів відповідно.

⁴⁰⁰ Див., зокрема: *Кленова Т. В.* О совместимости публичного и частного интересов в уголовном праве. *Уголовное право.* 2006. № 2. С. 41–45; *Мотин О. А.* Частный интерес в системе объектов уголовно-правовой охраны: монография. Под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. Н. И. Пикурова. Самара: Самар. гуманит. акад., 2006. 180 с.; *Сумачев А. В.* Диспозитивность в уголовном праве: теоретико-прикладной анализ: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Екатеринбург, 2006. 346 с.; *Сидоренко Э. Л., Карабут М. А.* Частные начала в уголовном праве. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. 212 с.; *Соотношение частных и публичных интересов в условиях реформирования законодательства Российской Федерации:* монография. Под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. О. Ю. Бакаевой. М.: Юрлитинформ, 2010. 264 с.; *Сидоренко Э. Л.* Диспозитивный режим уголовно-правового регулирования: монография. М.: Юрлитинформ, 2013. 496 с.; *Коршунов Н. М.* Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики: монография. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. 240 с.; *Лопашенко Д. В.* Соотношение частного и публичного в уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08. М., 2018. 203 с.; *Фріс П. Л., Козич І. В., Гануляк Е. М.* Диспозитивний метод реалізації кримінально-правової політики: монографія. Івано-Франківськ, 2020. 203 с.

5. Наступне питання було таким: *«Чи є достатнім рівень реалізації цивільно-правової політики у правотворчій діяльності? (зокрема в законопроектній, кодифікаційній діяльності, врегулюванні колізій, усуненні прогалин)»*.

Один із респондентів обрав варіант «інше» і песимістично зазначив, що «політики ще нема, тому оцінити рівень важко». Несподіваним для нас був результат за варіантом відповіді «так», його обрали 4% респондентів. Скоріше достатній, аніж недостатній рівень реалізації цивільно-правової політики у правотворчій діяльності вбачають 16% опитаних; 27% фахівців вважають його недостатнім. І максимальна кількість респондентів – 53% схиляються до думки, що цей рівень є скоріше недостатній, аніж достатній. Шкода, але насправді це так: будь-які доктринальні напрацювання у сфері права мало враховуються, навіть гірше – часто ігноруються у правотворчій діяльності.

Цілком погоджуємося з думкою про те, що більшість потреб української громади, виявлені в процесі наукових досліджень, не отримують представлення на рівні законотворчої роботи. Наслідком збереження подібної тенденції може стати остаточна втрата національною науковою спільнотою статусу суб'єкта суспільно-політичного дискурсу⁴⁰¹.

6. Анкета містила і таке запитання: *«Як враховуються у судовій практиці результати наукових досліджень і доктринальні тенденції, що належать до сфери цивільно-правової політики?»*. Вже у процесі обробки зібраної інформації стало зрозумілим, що більш коректним була б така редакція цього питання: *«Коли МАЄ враховуватись... (далі – за текстом)»*. Примітно, що лише у суддів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та у наукових співробітників апарату цього суду не виникло жодних застережень щодо факту врахування теоретичних

⁴⁰¹ Карчевський М. В., Карчевська О. В. Практичний доказ деяких соціальних теорем та їх застосування в контексті політики боротьби зі злочинністю. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2016. Вип. 1. С. 12–26.

доробок у їх діяльності. Один із респондентів, співробітник апарату цього суду, зазначив (додатково до запропонованих нами варіантів відповіді), що наукові досягнення мають також враховуватись під час підготовки пропозицій до законопроектів.

Решта опитаних майже рівною мірою обрали всі із запропонованих варіантів: 91% – у процесі формулювання правових позицій в рішеннях судів; 88% – під час розробки проєктів постанов пленуму; 89% – для підготовки наукових висновків Науково-консультативною радою; 78% – у процесі аналізу судової статистики, вивченні та узагальненні судової практики; 75% – під час надання методичної допомоги в застосуванні законодавства судам нижчого рівня.

Крім цього, було додатково зазначено, що наукові висновки деколи використовуються як аргумент в окремих рішеннях Верховного Суду.

Натомість значна кількість респондентів-науковців (39 %) емоційно і критично привернули увагу до проблем у цій сфері. Узагальнено це виглядає так: «враження, що результати досліджень взагалі не враховуються; майже не враховуються; недостатньо враховуються; ніяк не враховуються; про ці досягнення просто не знають; хотілося, щоб вони враховувались, бо бажане поки що перевершує дійсне; на жаль, Верховна Рада України випередила як науку, так і судову практику».

Також слушно було запропоновано розробити законопроект про впровадження наукових досліджень в законопроектну сферу.

7. На запитання *«Якою мірою реалізується цивільно-правова політика у правозастосуванні (в тому числі – під час тлумачення законів та інших актів)?»* відповіді серед науковців розподілилися таким чином: «достатньо» – вважають 9% респондентів; «скоріше достатньо, аніж недостатньо» – 20%. Відповідь «скоріше недостатньо, аніж достатньо» обрали найбільша кількість опитаних – 50 %. Варіант «недостатньо» обрали 21% фахівців.

Практики відповіли так: варіант «достатньо» – не обрав жоден респондент; «скоріше достатньо, аніж недостатньо» – 4%. Найбільш популярною була відповідь «скоріше недостатньо, аніж достатньо», її

обрала переважна більшість опитаних – 93%. Варіант «недостатньо» обрали 3% фахівців.

У категорії «інше» фахівці зазначали: «потрібно вивчати це питання; цивільно-правова політика не має нормативно-закріпленого характеру; політика не розроблена, тому правозастосування здебільшого має прецедентний характер».

8. Останнє питання анкети було сформульовано у такій редакції: *«Чи існує соціальна обумовленість становлення цивільно-правової політики як відповідної діяльності держави, а також розробки цього наукового напрямку?»*

Більшість опитаних (41%) висловились «за» цивільно-правову політику. Дещо менше (39%) мають певний сумнів, але все ж таки виявили оптимізм, обравши варіант відповіді «скоріше так, аніж ні». Певна частина опитаних (15%) наразі вагається і схильна вважати, що «скоріше ні, аніж так». Лише 5% респондентів відповіли категорично «ні».

На підставі загальної оцінки результатів проведеного соціологічного дослідження ми дійшли таких висновків.

1. Фахівці у галузі правознавства загалом оптимістично сприймають факт наявності цивільно-правової політики як різновиду правової політики і підтримують розробку відповідної доктрини та впровадження її здобутків у практичну діяльність.

Зроблений висновок ґрунтується на опрацюванні одержаних результатів опитування за регіональним принципом: відповідаючи на ключові питання анкети стосовно цивільно-правової політики як реальності, переважна більшість респондентів (сумарно за регіонами й окремо від кожного навчального закладу) схиляються до позитивної відповіді.

Водночас проблематика цивільно-правової політики для багатьох юристів стала своєрідним відкриттям. Таку необізнаність, на нашу думку, можна пояснити зокрема неготовністю окремих вчених вийти із зони наукового комфорту, подивитись на класичні питання під іншим, нетиповим кутом зору. Щоправда, загалом зафіксоване ставлення респондентів до порушених питань ілюструє можливість розв'язання аналізованої проблеми і зрушення доктринальних

досліджень у цій сфері з «мертвої точки» та подальшого практичного впровадження їх результатів.

2. Слід визнати відсутність належної уваги наукової спільноти до проблеми міждисциплінарних зв'язків, зокрема у цивільному праві; йдеться про обговорення і дослідження суміжних або спільних наукових проблем. Про це може свідчити показник (негативного ставлення респондентів) щодо визнання необхідності врахування передусім потенціалу цивільного права під час вирішення питання про встановлення (виключення) кримінальної чи адміністративної відповідальності за певні діяння (17% респондентів).

Вселяє надію показник переважної більшості опитаних (51%), які позитивно сприймають необхідність першочергового врегулювання відповідних відносин з максимальним використанням можливостей цивільного права. Необхідно також взяти до уваги позицію 32% опитаних, які висловили сумнів, але схиляються до позитивної відповіді на порушене запитання.

3. У діапазоні нашого розуміння викликає подив дещо непевне ставлення науковців до необхідності ухвалення Концепції правової політики. Хоча більшість із них висловились «за», це відобразилося лише у 39% опитаних. Натомість 61% практиків визнають таку необхідність; 39% – сумніваються, але все ж таки схильні до позитивної відповіді.

Зарубіжна практика існування подібних концепцій ілюструє позитивний досвід системного використання наявного потенціалу права і має бути впроваджена в Україні. Більше того, у багатьох інших сферах вітчизняного правового регулювання відповідні концепції ухвалюються⁴⁰².

4. Заслуговує на підтримку пропозиція щодо розроблення законопроекту про впровадження наукових досліджень в законопроектну сферу. Ухвалення такого закону слугуватиме укріпленню належної комунікації суб'єктів правотворчості, правозастосування і доктрини,

⁴⁰² Див., наприклад: Про Концепцію державної сімейної політики: Постанова Верховної Ради України від 17 вересня 1999 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 46 – 47. Ст. 404.

має посилити наукове супроводження практичної діяльності, а також авторитет юридичної науки.

5. Наразі співпраця науковців і практиків у царині вдосконалення чинного законодавства, усунення прогалин у правотворчій, правозастосовній і доктринальній формах реалізації цивільно-правової політики є мінімальною. На жаль, упродовж років, від дня проголошення незалежності України, утвердилася негативна тенденція – ігнорування наукового супроводження будь-якої практичної діяльності. У багатьох чиновників склалося хибне уявлення про недоцільність державного фінансування наукової діяльності, і як наслідок – щорічне скорочення витрат на науку. З одного боку, відсутня зацікавленість суб'єктів законодавчої ініціативи результатами відповідних наукових досліджень, з іншого – втрата віри науковців у важливість своїх наукових здобутків і їх потенційне втілення у життя. Зрештою, кінцевим результатом зазвичай маємо несприйняття спеціалістами законодавчих вдосконалень, а владою – доктринального потенціалу.

Необхідно зазначити, що низький рівень довіри до результатів наукових досліджень певною мірою зумовлений тим, що проблема практичної цінності наукових досліджень не має очевидного розв'язання, потребує додаткового самостійного вивчення, а подекуди відсутній достатній рівень наукового та практичного змісту досліджень або низький рівень кваліфікації науковців.

Результати нашого соціологічного дослідження переконливо свідчать (і це підтверджується іншими подібними дослідженнями⁴⁰³), що існує нагальна необхідність налагодження конструктивної комунікації між соціальними інститутами, задіяними у відповідній сфері правового регулювання. Через брак такої комунікації наукові дослідження доволі часто здійснюються без реального втілення їх

⁴⁰³ Карчевський М. В., Кудінов А. С. Ефективність кримінально-правового регулювання в Україні: інформаційно-аналітичні матеріали за результатами опитування експертів; МВС України. Луган. держ. ун-т внутр. справ імені Е. О. Дідоренка. Сєверодонецьк: РВВ ЛДУВС імені Е. О. Дідоренка. 2016. С. 9–10.

результатів у життя (вони кладуться «під сукно»), а законодавець рухається навпомацки і хаотично ухвалює нормативно-правові акти; у подальшому розпочинається безкінечний етап внесення змін і доповнень до них.

Поза всяким сумнівом, результати здійснених в Україні наукових досліджень можуть, і мають бути, вагомим ресурсом підвищення ефективності цивільно-правового регулювання. Власне завданням цивільно-правової політики у цьому питанні і є здійснення позитивного впливу на його вирішення.

У підсумку зазначимо, що існує система факторів соціальної обумовленості цивільно-правової політики України, а не проста їх сукупність. Всі фактори детермінують, а тому поєднані, взаємозалежні і тісно взаємодіють. Але водночас кожен різновид факторів є унікальним у своєму «автономному статусі». У такій специфічній суперечності загалом відображена також особливість і повноцінність «співіснування» феноменів права і політики – виразний прояв одного із трьох законів діалектики: «єдність і боротьба протилежностей». Інший підхід, на нашу думку, не має розумного пояснення.

Не випадково у межах нашого дослідження ми не послуговуємось поняттям «історико-правові фактори». Хіба допустимо називати власне історико-правовими факторами події, що стосуються, наприклад, Голодоморів Українського народу 1921–1923, 1932–1933, 1946–1947 років? Без сумніву, для тодішньої пори, як і для будь-якого іншого періоду, історичні фактори (у позитивному чи негативному вимірі) – завжди в наявності. Інша річ – стосовно правових факторів: вони або є, або їх немає. Тому об'єднувати ці дві самостійні групи факторів в одну групу видається недоречним.

Те саме стосується і «політико-правових факторів». Хіба допустимо називати власне політико-правовими факторами події, що стосуються сталінських репресій? Тоді, звісно, політика була, чого не скажеш про право.

Встановлені та проаналізовані нами фактори соціальної обумовленості цивільно-правової політики (аксіологічні, історичні, соціально-економічні, правові, політичні, доктринальні, право-

застосовні) переконливо свідчать про реальність власне такого напрямку державної діяльності і необхідність розвитку відповідної доктрини.

Осмисленню та обґрунтуванню важливості і необхідності вітчизняної цивільно-правової політики додатково сприяла характеристика соціологічних факторів (за результатами власного соціологічного дослідження).

Розділ 4

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА ТА ІНШІ ВИДИ ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА

4.1. Поняття, система та види міжгалузевих зв'язків цивільно-правової політики

Проблема міжгалузевих зв'язків, взаємозалежності та взаємопроникнення норм публічного і приватного права є доволі актуальною. У сучасному правознавстві відповідні галузі (на рівні законодавства, практики, доктрини і навчальної дисципліни) об'єктивно взаємодіють, взаємодоповнюють одна одну, створюють тим самим *міжгалузеві зв'язки*. Загальна теорія права не залишається осторонь такої тенденції, вбирає та розробляє нові напрями розвитку законодавства, що відображаються в наукових дослідженнях. Тим самим забезпечуються умови для запозичення позитивного досвіду, накопиченого відповідними галузями права, доповнюється і розвивається універсальний загальнотеоретичний понятійно-категоріальний та методологічний арсенал, адаптуючись до сучасних умов⁴⁰⁴.

Складовими єдиної системи права України є різноманітні галузі права, які не можуть існувати повністю автономно одна від одної,

⁴⁰⁴ Горшунів Д. Н. Концептуальное развитие современного российского частного права. *Российская правовая политика в сфере частного права: материалы «круглого стола» журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь»*; г. Казань. Казанский (Приволжский) федеральный университет, 22 июня 2010 г. Отв. ред. А. В. Малько, Д. Н. Горшунів. М., 2011. С. 26.

вони взаємодіють між собою і взаємно впливають одна на одну. Місце відповідної галузі права у системі права України значною мірою визначається здатністю правових норм різної галузевої приналежності створювати міжгалузеві зв'язки.

Минуло майже 17 років від моменту набрання чинності ЦК України, але й досі існує нестача вітчизняних досліджень цілої низки цивільно-правових проблем. Серед них – брак системних монографічних праць, присвячених дослідженню взаємодії приватного та публічного права в цілому і міжгалузевих правових зв'язків зокрема.

В аспекті нашого пошуку важливим є комплексне дослідження міжгалузевих зв'язків цивільного права у докторській дисертації (2009 р.) російського вченого М. Ю. Челишева⁴⁰⁵. Корисними також видаються докторські дисертації з кримінального права російських вчених: М. І. Пікурова (1998 р.)⁴⁰⁶ – досліджував, зокрема, міжгалузеві зв'язки цивільного та кримінального права; І. В. Шишко (2004 р.)⁴⁰⁷ – з'ясувала взаємозв'язок кримінально-правових та регулятивних норм у сфері економічної діяльності. Заслуговує на увагу і монографія А. Г. Безверхова (2002 р.) – досліджуючи проблеми кримінальної відповідальності за майнові злочини, автор надав розгорнуте уявлення про взаємозв'язок цивільного та кримінального права⁴⁰⁸.

Отже, в юридичній літературі досліджували (і цей досвід триває) проблематику взаємодії цивільного права з іншими галузями права (конституційним, цивільним процесуальним, сімейним,

⁴⁰⁵ *Челишев М. Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Казань, 2009. 501 с.

⁴⁰⁶ *Пикуров Н. И.* Теоретические проблемы межотраслевых связей уголовного права: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Волгоград, 1998. 410 с.

⁴⁰⁷ *Шишко И. В.* Взаимосвязь уголовно-правовых и регулятивных норм в сфере экономической деятельности: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Екатеринбург, 2004. 402 с.

⁴⁰⁸ *Безверхов А. Г.* Имущественные преступления: монография. Самара: Издательство «Самарский университет», 2002. С. 319–333.

господарським, житловим, фінансовим, кримінальним, кримінальним процесуальним, адміністративним тощо). Зокрема, ще М. М. Агарков⁴⁰⁹ та С. М. Братусь⁴¹⁰ звертали увагу на схожість цивільно-правових зобов'язань і деяких податкових відносин з майновим елементом.

Тимчасом в українській юридичній доктрині проблема між-галузевої взаємодії не була предметом комплексного пізнання на рівні докторської дисертації, хоча це б сприяло подоланню браку сучасних досліджень з вивчення фундаментальних питань, зокрема щодо предмета і методу правового регулювання і відповідно – співвідношення цивільного права з іншими галузями та правовими інститутами.

Цивільне право становить основу приватного права, є провідною (базовою) галуззю у сфері приватноправового регулювання, що зумовлює можливість застосування загальних норм і принципів цивільного права, а також його окремих інститутів у певних випадках не лише у сфері цивільно-правового регулювання, але й у сфері застосування інших галузей приватного права⁴¹¹. Також цивільне право тісно пов'язане і з галузями публічного права.

Конвергенція приватних і публічних начал у правовому регулюванні властива всім без винятку сучасним галузям права, на чому вже акцентувалося у підрозділі 1.1 нашої праці. Поділ права на публічне і приватне не виключає, а навпаки – передбачає проникнення приватних начал у сферу дії правових відносин, що охоплюються публічним правом. Водночас і публічні начала проникають у галузі

⁴⁰⁹ Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Избранные труды по гражданскому праву: Т. 1. М.: ЦентрЮрИнформ, 2002. С. 350 – 351; Агарков М. М. Предмет и система советского гражданского права. *Советское государство и право*. 1940. № 8–9. С. 62.

⁴¹⁰ Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М.: Юрид. лит. 1947. С. 173–174.

⁴¹¹ Майданик Р. А. Цивільне право. Загальна частина. Т. 1: Вступ у цивільне право. К., 2012. 258 с. (4. Концепція цивільного права як галузі вітчизняного приватного права) URL: http://pidruchniki.ws/1580011946521/pravo/korelyatsiya_sfer_prava_mizhgaluzevi_zvyazki_tsivilnogo_prava#236

приватного права, зокрема, встановлюються межі прояву приватної ініціативи та відповідальність у випадку їх порушення⁴¹². Заслуговує на увагу думка В. П. Мозоліна про те, що всі види цивільно-правової відповідальності (договірної чи позадоговірної) містять елементи як приватноправового, так і публічно-правового порядку. Відмінність лише у «дозуванні» зазначених елементів⁴¹³.

Досліджуючи проблеми міжгалузевих зв'язків та міжгалузевої адаптації, О. П. Смирнов доходить, на нашу думку, хибного висновку про те, що оскільки в окремих галузях права присутній і публічний, і приватний інтерес, то їх правове регулювання здійснюється імперативними та диспозитивними нормами права; відповідно «такі галузі права не можна однозначно віднести ані до публічного, ані до приватного права»⁴¹⁴. Таке бачення не відповідає сучасним тенденціям правового регулювання. Зокрема, у приватних відносинах є ситуації, коли одночасно задіяні приватні і публічні інтереси (спільна діяльність, публічно-приватне партнерство тощо), однак вони залишаються приватноправовими і питання їх галузевої належності не викликає сумніву.

Н. С. Кузнецова влучно зазначає, що часто-густо під час визначення правової природи того чи іншого цивільного нормативно-правового акта, можна констатувати про наявність у ньому «чужорідних» домішок у вигляді норм, у тому числі й публічного права (адміністративного, фінансового, земельного тощо). Більше того, наголошує вчена, аналізуючи елементи механізму цивільно-

⁴¹² Дарвина А. Место частного права в системе российского права. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. Спецвипуск № 1. URL: <http://www.univer.km.ua/visnyk/173.pdf>

⁴¹³ Мозолин В. П. Гражданско-правовая ответственность в системе российского права. *Журнал российского права*. 2012. № 1. С. 33–40. С. 35.

⁴¹⁴ Смирнов А. П. Проблемы межотраслевых связей и межотраслевой адаптации юридических средств в праве. *Актуальные проблемы российского права*. 2014. № 8 (45) август. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-mezhotraslevykh-svyazey-i-mezhotraslevoy-adaptatsii-yuridicheskikh-sredstv-v-prave>

правового регулювання, традиційно, в якості його невід'ємної складової, розглядається використання державного примусу, що саме по собі передбачає наявність в цивільно-правових актах норм публічного права. Саме за допомогою цих норм реалізуються, зокрема, основні гарантії здійснення суб'єктивних цивільних прав⁴¹⁵.

Як слушно наголошує Ю. О. Тихомиров, і в минулому, і нині відбувається «обмін» сферами і методами між публічним і приватним правом. Коли виникають нові публічні інтереси чи явища та процеси, які вимагають державного регулювання, то певні сфери правового регулювання переходять до галузі публічно-правового регулювання. Водночас випадки розширення самостійності господарюючих суб'єктів вимагають звуження державного управління та збільшення питомої ваги їх саморегуляції і такі сфери відходять до приватноправового регулювання⁴¹⁶. Зазначений процес, з одного боку, збагачує і розвиває відповідні галузі права, а з іншого – потребує пильного контролю на рівні законодавця, суб'єктів правозастосування та правової доктрини щодо визначення дотиків перетину публічного і приватного та недопущення домінування того чи іншого там, де невластиво це відповідним відносинам, а подекуди й небезпечно.

Для сучасного українського права є притаманними численні міжгалузеві правові інститути, які, у свою чергу, не є частинами комплексних галузей права. Це, наприклад, підвідомчість юридичних справ, докази, представництво, інститути права публічної власності (державної, комунальної) тощо. Існування міжгалузевих правових інститутів не суперечить існуючому поділу системи права на галузі права та правові інститути, це інший вимір вивчення одного

⁴¹⁵ Кузнєцова Н. С. Гражданское право и гражданское законодательство Украины: пути развития и дальнейшего совершенствования. Збірник наукових праць за результатами міжнародної науково-практичної конференції «Актуальні проблеми цивільного права» (м. Харків, 13–14 травня 2011 р.). Харків, 2011. С. 4–5.

⁴¹⁶ Тихомиров Ю. А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов. *Журнал российского права*. 2001. № 5. С. 5.

й того самого явища – права⁴¹⁷. Адже об'єктивний характер права передбачає існування не лише галузевих, а й міжгалузевих правових інститутів⁴¹⁸. Отже, визнання інституту міжгалузевим не є причиною виключення певних норм з тієї чи іншої галузі права. Такі норми залишаються її частиною і водночас є частиною міжгалузевого правового інституту.

При цьому слід розмежовувати схожі поняття: «міжгалузевий інститут» та «міжгалузеві зв'язки». У першому випадку йдеться про різновид комплексних правових утворень, що виникають на перетині суміжних галузей права, на межі галузей права утворюються зони, що регламентують єдині за своєю суттю суспільні відносини. Зазначені відносини характеризуються певними модифікаціями, що обумовлені специфікою тієї чи іншої галузі права⁴¹⁹.

Поняття міжгалузевих зв'язків у праві визначають як відносини взаємної залежності, обумовленості та спільності між різними правовими галузями, включаючи і їх окремі частини. Це – системні зв'язки багаторівневого характеру між правовими нормами різної галузевої приналежності, а щодо цивільного права – між нормами цієї галузі та інших правових утворень⁴²⁰.

Всі зв'язки у праві поділяють на зовнішні (міжсистемні) та внутрішні (внутрішньосистемні)⁴²¹. У першому випадку йдеться

⁴¹⁷ Решетникова И. В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 1997. С. 22.

⁴¹⁸ Чудиновских К. А. Подведомственность в системе гражданского и арбитражного процессуального права. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. С. 30.

⁴¹⁹ Поленина С. В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права. *Правоведение*. 1975. № 3. С. 74–76.

⁴²⁰ Чельшев М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Казань, 2009. С. 8.

⁴²¹ Болдарь Г. Є. Проблеми класифікації міжгалузевих зв'язків кримінального права. *Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань*: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23–24 вересня 2011 р. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. С. 64.

про ті зв'язки, які забезпечують гармонійне включення системи права у правову систему. Поділяємо думку Н. М. Оніщенко: не можна забезпечити внутрішню єдність усіх чинних у державі норм права, насамперед, законодавства, стійке їх включення до інститутів і галузей права, ігноруючи той факт, що сама система цих норм покладена в механізм вищого рівня, компонентами якого є не лише норми, а й правовідносини і правосвідомість, які перебувають у нерозривному зв'язку⁴²².

Щодо внутрішніх (внутрішньосистемних) зв'язків, то завдяки їм існує єдність норм, інститутів та галузей у системі права. Серед ознак, які характеризують систему права як самостійне стійке утворення, слід відзначити те, що норми права, які її складають, взаємоузгоджені між собою, перебувають у відносинах внутрішнього підпорядкування та взаємовпливу⁴²³. Проблеми внутрішньогалузевих зв'язків сучасного вітчизняного права обумовлені, зокрема, постійною модернізацією законодавства. Традиційно дослідженню внутрішньосистемних зв'язків у праві приділяється максимальна увага, тоді як міжгалузеві зв'язки – це відносно нове поле для наукових пошуків.

Внутрішньогалузеві і міжгалузеві зв'язки галузі права є парними юридичними категоріями. Зазначена парність виражена, по-перше, у загальному призначенні цих зв'язків, тобто у спільності їх функціональної ознаки – пов'язувати, у тому числі і погоджувати, норми різних правових елементів відповідних правових систем, зокрема підгалузеві (внутрішньогалузеві зв'язки), галузей (міжгалузеві зв'язки). По-друге, обидва види зв'язків у їх системному прояві, нарівні з аналогічними зв'язками інших правових галузей, є одним із виразів принципу єдності і диференціації, одночасно забезпечуючи відповідну внутрішньо-системну єдність і визначаючи специфіку

⁴²² Оніщенко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. К., 2002. С. 57.

⁴²³ Теорія держави і права. Академічний курс: підручник. За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. К.: Юрінком Інтер, 2006. С. 387.

галузі права, а також її окремих елементів. По-третє, ці зв'язки мають взаємообумовлений характер і не існують один без одного⁴²⁴.

М. І. Пікуров вважає, що всі міжгалузеві зв'язки слід поділяти на дві групи – залежно від того, відображені вони в законі чи ні. Фіксація системних зв'язків у тексті закону вимагає їх обов'язкового відображення у правозастосовному акті, тоді як інші зв'язки можуть, залежно від конкретних обставин, зазначатися у процесі правозастосування, або їх наявність лише припускається⁴²⁵. Дійсно, такий поділ має не лише суто теоретичне, а й практичне значення. Адже динамічний розвиток суспільних відносин і правової системи не може передбачити всі можливі життєві ситуації.

Враховуючи процеси глобалізації та адаптації внутрішнього законодавства до законодавства ЄС, для України важливим і перспективним є науковий напрям дослідження проблеми міжгалузевих зв'язків національного та зарубіжного законодавства. Так, М. В. Воронін справедливо акцентує, що міжсистемність права може сприйматися і як взаємодія міжнародного та внутрішнього національного права⁴²⁶.

А. Г. Безверхов слушно зазначає, що на особливу увагу заслуговують міжгалузеві зв'язки, які є відносно залежними між двома і більше галузями права та законодавства. Вони не одноманітні, розрізняються за своїм характером, видами, набувають різноманітних форм. Тому вчений пропонує таку їх типологізацію: випадкові та необхідні; прямі та зворотні; горизонтальні (координаційні) та вертикальні (субординаційні); нестійкі та стійкі; функціональні

⁴²⁴ Дейнега М. А. Міжгалузеві зв'язки системи природоресурсного права. Право. Людина. Довкілля. 2019. Том 10, № 2. С. 66 – 71. URL: <http://journals.pubip.edu.ua/index.php/Pravo/article/view/11781> С. 67.

⁴²⁵ Пікуров Н. И. Теоретические проблемы межотраслевых связей уголовного права: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Волгоград, 1998. С. 208–209.

⁴²⁶ Воронин М. В. Международное и внутригосударственное право в контексте системных связей. *Международное публичное и частное право*. 2013. № 4. С. 29.

та генетичні (історичні); системні та комплексні; зв'язки будови (структурні) та розвитку⁴²⁷.

Найбільш повною видається класифікація міжгалузевих зв'язків цивільного права, розроблена М. Ю. Челишевим. За різними підставами автор пропонує класифікувати їх на такі види: 1) залежно від тієї галузі права, з нормами якої взаємодіє в конкретній галузі цивільне право, – міжгалузеві зв'язки цивільного права з галузями приватного та публічного права; 2) залежно від специфіки їх прояву під час реалізації регулятивної й охоронної функцій цивільно-правової галузі; 3) за стадіями правового регулювання; 4) за їх характером – на статичні (у законодавстві) і динамічні (під час правореалізації); 5) за характером правової галузі – відповідного зв'язку цивільного права з основними (базовими) галузями права і в межах комплексних правових галузей; 6) залежно від тієї ролі, що притаманна відповідним міжгалузевим зв'язкам цивільного права – субординаційні та координаційні зв'язки⁴²⁸. Автор зазначає, що запропонована класифікація може бути доповнена й іншими критеріями поділу.

Правова доктрина не виробила одностайного підходу щодо чіткого переліку форм і способів міжгалузевого регулювання. У межах окремих інститутів кожної галузі права ці форми і способи можуть перетинатися та взаємодіяти з метою максимально ефективного правового регулювання відповідних суспільних відносин. Зокрема, М. В. Лушникова виділяє такі форми міжгалузевого регулювання, у межах яких розрізняють різноманітні його способи:

1) міжгалузеве субсидіарне правове регулювання (способи – міжгалузєва відсилка до певного терміна чи поняття, міжгалузєва рецепція, міжгалузєва аналогія);

2) міжгалузєве сумісне паритетне регулювання (способи – складні фактичні склади виникнення, зміни та припинення відповідних

⁴²⁷ *Безверхов А. Г.* Имущественные преступления: монография. Самара: Издательство «Самарский университет», 2002. С. 319.

⁴²⁸ *Чельшев М. Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Казань, 2009. С. 9.

відносин, юридична відповідальність, що передбачена іншими галузями права);

3) міжгалузеве колізійне регулювання (способи – галузевий пріоритет, легалізація презумпцій відповідних відносин)⁴²⁹.

Наведений перелік форм та способів міжгалузевого регулювання з плином часу, розвитком відносин, різними правовими ситуаціями може змінюватися і доповнюватися.

Подібного підходу з аналізованого питання дотримувався і М. Ю. Челишев. На його думку, встановлення галузевого пріоритету (частини колізійного регулювання між цивільним правом та іншими галузями права) відбувається у двох формах: 1) у вигляді правила про безпосереднє застосування цивільно-правових норм, але з можливими обмеженнями, встановленими в іншій правовій галузі; 2) у формі припису про субсидіарне застосування норм цивільного права, зокрема й за аналогією (застосування даних норм в суворій послідовності після застосування інших галузевих норм)⁴³⁰.

В аспекті нашого дослідження розглянемо зазначені форми й окремі способи міжгалузевого регулювання.

Необхідно пам'ятати, що *міжгалузеве субсидіарне правове регулювання* цивільних відносин можливе за умови, що воно не суперечить принципам цивільного права (ст. 3 ЦК України). Йдеться про допустимість таких міжгалузевих зв'язків і, водночас, про їх межі.

Прикладом прояву міжгалузевих зв'язків цивільного права є прямі та непрямі посилання на норми, що містяться у відповідних нормативно-правових актах інших галузей права, на норми цивільного права і навпаки, в цивільно-правових нормах – на норми інших галузей права. Наведемо лише деякі приклади кореляційних

⁴²⁹ Лушнікова М. В. Межотраслевые связи трудового права: теория и практика. Вестник Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки. 2017. № 3 (41). С. 51.

⁴³⁰ Челишев М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Казань, 2009. С. 10.

зв'язків цивільного права. Так, у ст. 9 ЦК України передбачена можливість субсидіарного застосування норм цього Кодексу для врегулювання відносин, які виникають у сфері використання природних ресурсів і охорони оточуючої середовища, а також до трудових і сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства; у ч. 2 зазначеної статті йдеться про можливість регламентації господарських відносин ЦК України з урахуванням особливостей, що передбачені законом, зокрема ГК України.

Р. А. Майданик правильно зазначає, що справжнє місце цивільного права в системі права значною мірою визначається кореляцією суміжних сфер права, тобто здатністю правових норм різної галузевої приналежності створювати міжгалузеві зв'язки на нормотворчому та правозастосовному рівнях⁴³¹. У першому випадку йдеться про безпосереднє закріплення в нормах права посилень у нормах однієї галузі права на відповідні норми інших галузей права. Міжгалузеві зв'язки можна простежити і на правозастосовному рівні, коли права й обов'язки реалізуються примусово, як правило, за допомогою суду. Адже ухвалюючи рішення, суд застосовує норми процесуального та матеріального права. Ми також схильні виділяти міжгалузеві зв'язки і на доктринальному рівні, і на рівні реалізації права (в актах реалізації прав та обов'язків, наприклад, під час укладання та наступному виконанні публічного договору, змішаних договорів).

Наразі поширеною є практика, коли цивільно-правові терміни і поняття, що застосовуються в інших галузях права (у відповідних галузевих кодексах чи інших нормативно-правових актах) фактично запозичені із цивільного законодавства. До сприятливих відносимо думку про те, що «система цивільного права має характеризуватися як чіткими критеріями меж дії та відмежування від суміжних сфер публічного права, визначеними кодексами відповідної сфери права,

⁴³¹ Майданик Р. А. Місце цивільного (приватного) права в системі права. Збірник наукових праць за результатами міжнародної науково-практичної конференції «Актуальні проблеми цивільного права» (м. Харків, 13–14 травня 2011 р.). Харків, 2011. С. 12.

так і враховувати тенденції розвитку відповідних сфер суспільних відносин за допомогою норм, здатних створювати міжгалузеві зв'язки з публічно-правовими нормами у складі комплексних законодавчих актів»⁴³².

В основі міжгалузевих зв'язків цивільного права лежить певна спільність регульованих цивільним правом та іншими правовими галузями суспільних відносин. Це проявляється, зокрема, в єдності суб'єктів і об'єктів зазначених відносин. Також в юридичній літературі доречно зазначено, що саме норма права виступає в ролі ступеня взаємодії приватного та публічного права⁴³³. Нині в системі правових норм міжгалузеве правове регулювання простежується чим далі чіткіше.

Міжгалузеві рецепції (запозичення) юридичних конструкцій або правових інститутів з іншою галузевою приналежністю повною мірою або частково (в адаптованому вигляді) є поширеним явищем у правовому світі. Так, понад 100 років тому з'явилась категорія «адміністративний договір»⁴³⁴. Виділення в сучасному правознавстві публічно-договірного зобов'язання як наслідок синтезу приватного та публічного права є наступною сходинкою історичного та догматичного розвитку цієї правової категорії⁴³⁵. Обґрунтовуючи міжгалузеву природу зобов'язання, І. С. Поліщук зазначає, що запозичення не означає регулювання публічних правовідносин цивільно-правовими нормами, навпаки, техніко-юридичні прийоми, правові категорії, які до цього використовувались лише в цивільному

⁴³² Майданик Р. А. Цивільне право як сфера приватного права України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 77–78.

⁴³³ Горішунів Д. Н. *Интерес в частном праве: вопросы теории*: монографія. Казань. 2005. С. 48.

⁴³⁴ Див.: Задихайло О. А. Щодо визначення адміністративного договору в адміністративному праві України. Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. «Право». 2012. Випуск 19. С. 101–105.

⁴³⁵ Гуд А. М. *Адміністративний договір як форма договірної регулювання адміністративно-правових відносин*: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ. 2019. С. 87.

праві, набувають певних особливостей, відмінних рис, що дозволяє використовувати їх як міжгалузеві категорії⁴³⁶.

Ще одним прикладом міжгалузевого запозичення є інститут моральної шкоди (статті 6, 440-1 ЦК УРСР 1963 р., ст. 23 ЦК України), яким доповнено КЗпП України 24 грудня 1999 р. (ст. 237-1). Зокрема, йдеться про поняття моральної шкоди, поняття та форму вини заподіювача шкоди.

Міжгалузева аналогія – це один із способів міжгалузевого регулювання, метою якого є подолання прогалин у праві. Так, ст. 8 ЦК України передбачено аналогію цивільного закону та аналогію цивільного права. Традиційно зазначені види аналогії допускаються у галузях приватного права (наприклад, ст. 10 СК України). У публічних галузях права аналогія не визнається, а подекуди й прямо забороняється, зокрема, у кримінальному праві (ч. 4 ст. 3 КК України)⁴³⁷.

Сучасний термінологічний апарат системи права – вкрай суперечливий і неоднорідний. Непоодинокими є випадки, коли виникають спірні ситуації щодо правильного розуміння того чи іншого інтегрованого поняття. Це, у свою чергу, призводить до різнобою під час тлумачення відповідних термінів.

Очевидно, що така неузгодженість термінів, які означають одне й те саме поняття у нормативних актах різних галузей права, є ключовою проблемою міжгалузевої взаємодії. Так, якщо легальне визначення інтегрованого терміна міститься у нормативному акті базової галузі права і при цьому відсутнє у нормах іншої галузі

⁴³⁶ *Полищук И. С.* Понятие и признаки налогового обязательства. *Вестник Омского университета*. Серия «Право». Омск: Изд-во ОмГУ, 2006. № 3/4 (8/9). С. 58.

⁴³⁷ *Примітка.* Сприятливий критичний аналіз зазначеної проблеми в аспекті розуміння поняття злочину і вдосконалення його законодавчої дефініції див.: *Азаров Д. С.* Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. Київ, 2015. Том 168. С. 139–145; *Азаров Д. С.* Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. 2019. Том 3. С. 3–18.

права, то зазвичай це призводить до бланкетності норм⁴³⁸, що містять термін без його визначення⁴³⁹. Російський вчений П. С. Яні вважає, що виходом із зазначеної ситуації є з'ясування змісту банкетних ознак таких норм не шляхом тлумачення терміна, а через звернення до нормативного акта, де цей термін використовується⁴⁴⁰.

На думку Л. В. Мелех, яку ми поділяємо, до необхідних умов застосування міжгалузевої аналогії слід віднести: 1) дійсну неврегульованість суспільних відносин; 2) схожість методів регулювання; 3) наявність аналогічних ознак у суспільних відносинах; 4) генетичний зв'язок суміжних галузей законодавства; 5) ухвалення рішення на підставі і в межах правових норм суміжних галузей законодавства, що відповідають їх цілям, принципам і загальному розумінню⁴⁴¹.

Міжгалузеве сумісне паритетне регулювання. За цієї форми міжгалузевих зв'язків правове регулювання цивільних відносин забезпечується на основі спільного застосування норм цивільного та інших галузей права. Водночас норми інших галузей права, що залучені для цивільно-правового регулювання, не втрачають своєї галузевої належності. Власне на зазначених вихідних положеннях існують та відокремлюються комплексні галузі законодавства, комплексні правові інститути та галузі права. Охорона цивільних відносин забезпечується не лише галузевою (цивільно-правовою) відповідальністю, а й адміністративно-чи кримінально-правовими заходами.

⁴³⁸ *Примітка.* Ґрунтовне дослідження зазначеної проблематики див.: Яремко Г. З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: монографія. За ред. В. О. Навроцького. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. 432 с.

⁴³⁹ Туранин В. Некоторые проблемы употребления межотраслевой терминологии в законодательстве России. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. Спецвипуск № 1. URL: <http://www.univer.km.ua/visnyk/173.pdf>

⁴⁴⁰ Яні П. С. Бланкетные «экономические» статьи уголовного закона. *Российская юстиция*. 1995. № 11. С. 46–47.

⁴⁴¹ Мелех Л. В. Законність і непитові ситуації правозастосовного процесу. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2009. № 3. С. 8.

Міжгалузеве колізійне регулювання. Йдеться передусім про подолання міжгалузевих колізій; усунення правових колізій має здійснювати передусім законодавець.

У правознавстві юридичні колізії традиційно пов'язуються з проблемою неузгодженостей (суперечностей) у правовій системі. Існують різні види юридичних колізій. Залежно від правових форм діяльності, під час яких вони виникають, виокремлюють, зокрема, колізії нормотворчості (наприклад, колізії між різними нормативно-правовими актами)⁴⁴². Колізія нормативних актів (лат. *collisio* – зіткнення) – це суперечність між правовими приписами відповідних актів, що виявляється у відмінностях під час регулювання аналогічних суспільних відносин⁴⁴³.

Окрім того, важливим є питання про неузгодженість між нормами права, що називають колізіями у праві (або колізіями між джерелами у праві). Серед них – колізії в законодавстві (колізії між нормами права, закріпленими в законодавстві).

Під колізією в законодавстві звичайно розуміють таке співвідношення між двома чи більше нормами, коли вони спрямовані на регламентацію одного й того самого питання, але по-різному його вирішують. Колізію слід відрізнити від конкуренції норм. В останньому випадку кілька норм регламентують однакові положення, водночас між собою не суперечать і можуть існувати одночасно⁴⁴⁴.

Необхідність застосування аналізованої форми міжгалузевих зв'язків пояснюється тими випадками, коли виникає «конфлікт» правових норм, які регулюють одні й ті самі суспільні відносини. У цій ситуації заінтересовані суб'єкти стикаються з проблемою вибору норми,

⁴⁴² Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. За ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2014. С. 275 – 281.

⁴⁴³ Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 3: К–М. Київ, 2001. С. 156.

⁴⁴⁴ *Навроцький В. О.* Міжгалузеві та внутрігалузеві колізії та їх подолання в ході правозастосування. *Проблеми пенітенціарної теорії і практики*: Щорічний бюлетень Київського інституту внутрішніх справ. К.: КІВС, 2004. № 9. С. 106.

що підлягає застосуванню. Наразі така проблема у вітчизняному цивільному законодавстві існує, зокрема, через різне врегулювання майнових відносин нормами цивільного та господарського права (наприклад, щодо питань форм права власності).

Наразі яскравим прикладом колізії в законодавстві є такий конфлікт нормативно-правових актів.

У ч. 3 ст. 1191 ЦК України (право зворотної вимоги до винної особи) передбачено: «Держава, відшкодувавши шкоду, завдану посадовою, службовою особою органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, **має право** зворотної вимоги до цієї особи тільки у разі встановлення в її діях складу кримінального правопорушення за обвинувальним вироком суду щодо неї, який набрав законної сили» (виділено нами. – *Л. М.*). Ця норма функціонує в редакції Закону від 16 травня 2013 р.

Натомість КПК України аналізоване питання вирішує по-іншому. У ч. 2 ст. 130 цього Кодексу (відшкодування (компенсація) шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю) зазначено: «Держава, відшкодувавши шкоду, завдану слідчим, прокурором, **застосовує право** зворотної вимоги до цих осіб у разі встановлення в їхніх діях складу кримінального правопорушення за обвинувальним вироком суду, який набрав законної сили, **або дисциплінарного проступку незалежно від впливу строків застосування та дії дисциплінарного стягнення**» (виділено нами. – *Л. М.*). Кодекс доповнено частиною другою згідно із Законом від 18 вересня 2018 р.

Отже, відмінність між аналізованими нормами є принциповою. Необхідно одержати відповідь на запитання: яку норму слід застосовувати у подібних ситуаціях? Відповідно до загальної теорії права ми маємо справу із темпоральною (часовою) колізією – виникає внаслідок видання в різний час з одного й того самого питання декількох норм права, закріплених в нормативно-правових актах⁴⁴⁵. Беремо до уваги те, що ЦК України і КПК України не перебувають в ієрархічному підпорядкуванні, це нормативно-правові акти

⁴⁴⁵ Загальна теорія права: підручник. За ред. М. І. Козюбри. Київ. 2015. С. 245–246.

однакової юридичної сили. Для подолання такої колізії застосовується загальне правило: наступний закон з того самого питання скасовує дію попередніх. Тому, за наявності зазначеної неузгодженості норм цивільного і кримінального процесуального законодавства, має застосовуватися ч. 2 ст. 130 КПК України, оскільки вона була ухвалена пізніше.

Водночас залишаються нез'ясованими важливі практичні питання: який порядок (механізм) застосування ч. 2 ст. 130 КПК України? чи існує практика стягнення державою з винуватих службових і посадових осіб відповідних коштів, які Україна сплачує, зокрема, за рішеннями ЄСПЛ?

Як відомо, існує Закон України від 1 грудня 1994 р. № 266/94-ВР⁴⁴⁶, що регламентує порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями працівників правоохоронних органів або суду. Однак у ньому не йдеться про застосування державою права зворотної вимоги до таких осіб. До того ж, термінологія цього Закону дисонує зі статтями кодексів, що нами розглянуті. Зазначена вада має принципове значення.

Також у кримінальному процесуальному законодавстві необхідно передбачити положення на кшталт того, що містить ч. 3 ст. 1191 ЦК України: «Держава, відшкодувавши шкоду, завдану посадовою, службовою особою органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури або суду» і далі – за текстом ч. 2 ст. 130 КПК України. Тобто коло осіб, з яких держава у регресному порядку (пред'явивши зворотну вимогу) зобов'язана стягнути сплачені нею кошти, має бути розширено.

Пропонований підхід відповідатиме принципу справедливості: захист державного інтересу означатиме також і захист приватного інтересу кожного із нас. Маргарет Тетчер свого часу точно зазначила:

⁴⁴⁶ Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду: Закон України від 1 грудня 1994 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/266/94-%D0%B2%D1%80#Text>

«Немає жодних «державних коштів», є лише кошти платників податків»⁴⁴⁷.

На підставі викладеного у цьому підрозділі слід зробити важливий висновок. Міжгалузеві зв'язки цивільного права є властивістю одночасно двох ієрархічно пов'язаних систем – цивільно-правової галузі та системи права. Водночас такі зв'язки становлять собою системне утворення (систему). Це певна правова цілісність, що відображена в комплексі міжгалузевих зв'язків цивільного права з галузями приватного і публічного права. Система міжгалузевих зв'язків організована на внутрішньому і зовнішньому рівнях. Найбільш виразно системна організація виражена в наявних видах міжгалузевих зв'язків цивільного права⁴⁴⁸.

Таким чином, ми проаналізували форми й окремі способи міжгалузевого регулювання. Зв'язок цивільного права з іншими галузями приватного і публічного права є очевидним. Однак лише розглянутими прикладами різноманіття міжгалузевої взаємодії цивільного права не обмежується. Вважаємо корисним додатково проілюструвати аналізований феномен правознавства.

Наприклад, взаємозв'язок цивільного і трудового права реалізується, зокрема, у випадках застосування відповідних норм спадкового права, коли спадкоємець отримує право на одержання платежів на трудовій підставі. У таких ситуаціях суб'єкт цивільного права може отримати платіж, право на яке не має цивільно-правового характеру. Тому для здійснення права, передбаченого ст. 1227 ЦК України, необхідним є спільне застосування норм ЦК України про спадкування та відповідних норм КЗпП України щодо заробітної плати. Також доречно наголосити, що в Україні не сформована

⁴⁴⁷ *Примітка.* Таку цитату (чи близьку до неї) вже традиційно і повсюдно наводять у вигляді прямої мови. Однак необхідного посилання на відповідне джерело ніхто не робить. Так само вчинили і ми, хоча й відшукали дещо інший варіант тексту: «Немає жодних «суспільних грошей», є тільки гроші платників податків». Див.: URL: <https://www.jnsm.com.ua/h/PZ10/>

⁴⁴⁸ *Чельшиев М. Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Казань, 2009. С. 11.

одноманітна судова практика стосовно вирішення питань, коли саме трудові договори підміняються цивільно-правовими, або використовується конструкція змішаного договору, з елементами цивільного і трудового правочину⁴⁴⁹.

Як відомо, ЦК України базується на Конституції України та загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного права (ст. ст. 4, 10 ЦК України), тісно взаємодіє з іншими (публічними) галузями права та забезпечується цивільно-процесуальним законодавством.

У межах матеріального права простежується збільшення кількості процесуальних норм, що є відображенням процесів диференціації та інтеграції у праві⁴⁵⁰. Останні тісно пов'язані міжгалузевими зв'язками з різноманітними правовими утвореннями⁴⁵¹. Наприклад, у попередньому договорі сторони можуть передбачити порядок укладення основного договору (ст. 635 ЦК України); у договорі оренди можна врегулювати процес повідомлення про його розірвання (ст. ст. 782–784 ЦК України). Використання подібних галузевих правових конструкцій, прийомів, механізмів здійснюється з відповідною модифікацією «чужорідною» галуззю. Так, із публічного права до приватного надходить організаційний елемент – юридичні процедури. Відповідно, у певних підрозділах приватного права відбувається деяка процесуалізація⁴⁵². В. П. Реутов робить висновок про наявність предметно-функціональних зв'язків між галузями

⁴⁴⁹ Майданик Р. Застосування цивільного законодавства за аналогією. *Юридична Україна*. 2009. № 7. С. 59.

⁴⁵⁰ Бакулина Л. Т. Уровни реализации правовой политики в сфере частного права. *Российская правовая политика в сфере частного права: материалы «круглого стола» журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь»*. г. Казань. Казанский (Приволжский) федеральный университет, 22 июня 2010 г. Отв. ред. А. В. Малько, Д. Н. Горшунов. М., 2011. С. 74.

⁴⁵¹ Чельшев М. Ю. Основы учения о межотраслевых связях гражданского права: монография. Казань, 2009. 208 с.

⁴⁵² Чельшев М. Ю. О методе правового заимствования в частном и публичном праве. *Актуальные проблемы частного правового регулирования: материалы Всероссийской IV научной конференции молодых ученых* (Самара, 23–24 апреля 2004 г.). Самара: Самар. ун-т, 2004. С. 53.

права. Також він привертає увагу до зміни структури процесуальних галузей права під впливом змін у відповідних матеріальних галузях права і називає такий вплив «генетичними зв'язками»⁴⁵³.

Важливо підкреслити, що такі процеси нерідко знаходяться за межами нормальної правотворчої діяльності та викликають справедливу критику спеціалістів-суміжників. Наприклад, переконливо стверджується, що через відсутність в Україні ефективної правової політики у розробників Кримінального процесуального кодексу не вистачило хисту для врахування міжгалузевих зв'язків у праві. Те, що передусім належить до сфери кримінального права, було врегульовано в КПК України. З урахуванням предмета кримінально-правового регулювання, а також на підставі традиційного поділу наук і галузей права на фундаментальні і прикладні (зокрема, кримінальне і кримінальне процесуальне право відповідно), положення КПК України 2012 р. стосовно запровадження категорії кримінальних проступків необхідно визнати юридично нікчемними. За наявності такої концепції пріоритет щодо врегулювання цього питання, наповненого передусім кримінально-правовим змістом, належить фундаментальній галузі права – за умови внесення відповідних змін до Конституції України⁴⁵⁴.

Аналіз міжгалузевих зв'язків цивільного права і галузей процесуального права дозволяє зробити висновок про існування і фактичне використання певних цивільно-правових (цивілістичних) процедур⁴⁵⁵. Прикладом наведеного може слугувати інститут представництва,

⁴⁵³ Реутов В. П. Факторы, определяющие структуру отраслей права и законодательства. *Актуальные проблемы юридической науки и практики: тез. докл. науч. конф. (Перм. гос. ун-т, 16–17 октября 2003 г.)*. Пермь, 2004. Ч. 1. С. 8 – 13.

⁴⁵⁴ Див., зокрема: Музыка А. А. Казки Кримінального кодексу та реальність. *Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 21–22 вересня 2012 року*. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. С. 160.

⁴⁵⁵ Давыдова Г. Н. Юридические процедуры в гражданском праве. Общая характеристика: автореф. дис.... канд. юрид. наук. Казань, 2004. С. 4.

який варто віднести до міжгалузевого інституту. Дійсно, інститут представництва в різних галузях права має багато спільного, єдність представництва в українському праві є органічним, властивим самій природі цього правового інституту.

Зв'язок з нормами адміністративного права проявляється у ст. 210 ЦК України про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно. Також існує щільний взаємозв'язок адміністративного і цивільного права у сфері правового регулювання підприємницької діяльності. Спільне застосування в цій галузі правового регулювання норм адміністративного та цивільного права пояснюється тим, що підприємницька діяльність пов'язана з реалізацією як приватних, так і публічних інтересів⁴⁵⁶. Наприклад, правове регулювання обігу

⁴⁵⁶ Див., наприклад: *Гудков Э. С.* Элементы публично-правового регулирования в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 27; *Михайлов А. В.* Роль императивных норм в правовом регулировании отношений между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 3–4; *Галимова В. М.* Гражданско-правовые проблемы института государственной регистрации прав на объекты нежилого фонда и сделок с ними: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 28 с.; *Макеев К. С.* Государственная регистрация как механизм контроля и регулирования иностранных инвестиций в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 27 с.; *Петров Е. Ю.* Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним в гражданском обороте недвижимости: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. 23 с.; *Ширинская Е. Ю.* Гражданско-правовое регулирование государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 25 с.; *Губин Е. П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2005. 48 с.; С. 12; *Карасева М. В.* Финансовое право России: новые проблемы и новые подходы. *Государство и право.* 2003. № 12. С. 5–13; *Алексеев С. С.* Структура советского права. М., 1975. 264 с.; С. 37; *Бажайкин А. Л.* Понятие и содержание экологического страхования. *Государство и право.* 2005. № 10. С. 67–74; *Иснатьева И. А.* Экологическое страхование: содержание и возможности правового регулирования. *Государство и право.* 2005. № 11. С. 57.

особливо небезпечних об'єктів нерухомості здійснюється не лише за допомогою цивільно-правових норм, а й земельними, екологічними, фінансовими нормами, тобто є поєднанням публічного і приватного права. Таку ситуацію слід розглядати як елемент вимушеного державного втручання у приватні правовідносини⁴⁵⁷.

Міжгалузеві зв'язки цивільного, фінансового та господарського права простежуються, зокрема, у відносинах щодо сплати податків суб'єктами підприємницької діяльності, пов'язаних з отриманням податкових пільг суб'єктами підприємницької діяльності та у випадках бюджетного кредитування і фінансування зазначених суб'єктів⁴⁵⁸. Фінансово-правове регулювання підприємницької діяльності має складний міжгалузевий характер, основний компонент якого – метод владних приписів. Водночас нерідко використовуються рекомендації, узгодження і договірні конструкції, яким властивий диспозитивний метод правового регулювання.

Зв'язок фінансового і цивільного права заснований на тому, що більшість відносин, які виникають у сфері фінансової діяльності держави і муніципальних утворень (тобто в тій сфері, яка окреслює предмет фінансового права), належать до майнових відносин⁴⁵⁹.

Досліджуючи питання міжгалузевих зв'язків права інтелектуальної власності, С. Ю. Бурлаков справедливо зазначає: суміжними для цих відносин є відносини, що регулюються антимонопольним і деліктним правом⁴⁶⁰. Наприклад, коли порушуються виключні

⁴⁵⁷ *Абрамов В. В.* Межотраслевые и внутриотраслевые связи норм гражданского права, устанавливающих правовой режим особо опасных объектов недвижимости. *Научный журнал КубГАУ*. 2014 г. № 98 (04). URL: <http://ej.kubagro.ru/2014/04/pdf/20.pdf>

⁴⁵⁸ *Половникова Н. В.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности: гражданско-правовой и финансово-правовой аспекты: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Екатеринбург, 2008. С. 4.

⁴⁵⁹ *Финансовое право России*. Отв. ред. М. В. Карасева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2009. С. 39.

⁴⁶⁰ *Бурлаков С.* Міжгалузеві зв'язки права інтелектуальної власності. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2014. № 2. С. 11.

права суб'єктів авторського чи патентного права, або права їх правонаступників, держава втручається у ці відносини з метою захисту приватного, суспільного, чи публічного інтересу.

Таким чином, ми розглянули міжгалузеві зв'язки цивільного права, встановили їх види, вплив однієї галузі на інші галузі права і водночас – їх взаємну залежність. Виявили певні прогалини, розбіжності (колізії) у правовому регулюванні, які нерідко компенсуються завдяки міжгалузевим зв'язкам. Всі ці питання стосуються передусім системи права. Але через таке опосередковане та первинне пізнання ми наблизились і до загального розуміння взаємозв'язків цивільно-правової політики як елемента більш складного утворення – правової системи. Поза всяким сумнівом, без політико-правових напрацювань і рішень не існує законодавства і відповідних галузей права. Законодавство є продуктом правової політики. Питання лише в тому, наскільки той чи інший вид правової політики є науково обгрунтованим та ефективним у сфері державного управління, чи достатньою мірою така політика соціально обумовлена і відповідає очікуванням суспільства.

Наявність системи міжгалузевих зв'язків цивільного права свідчить про існування і системи міжгалузевих зв'язків цивільно-правової політики. Серед її завдань – обгрунтування та розробка збалансованого законодавства, яке не суперечило б іншим галузям права. Саме тому особливу увагу необхідно приділяти взаємодії норм цивільного права з іншими галузями українського права, зокрема, визначати точки їх дотику та допустимі варіанти взаємного впливу. Зазначене має на меті вискоєфективне врегулювання відповідних суспільних відносин у різних галузях права, що забезпечить стабільність всього національного законодавства.

Якщо дослідження міжгалузевих зв'язків у цивільно-правовому аспекті забезпечує відповідь на запитання статичного характеру – «що це?», то їх пізнання в аспекті цивільно-правової політики має гарантувати відповідь на цілу низку запитань динамічного характеру, а саме: «які причини їх «народження» та існування?»; «що необхідно зробити для усунення наявних прогалин і суперечностей у законодавстві?»; «чи відповідають нагальним потребам заплановані

і розроблені зміни і доповнення до цивільного законодавства?»; «які можливі наслідки таких коректив (через ризики відповідного цивільно-правового регулювання) – чи не викличуть вони конфлікт у системі права?»; «яку увагу необхідно приділити іншим галузям права, аби досягти високої злагодженості у сфері правового регулювання?».

Зокрема, у цьому відображається єдність і відмінності цивільного права та цивільно-правової політики. Комплексне і системне вирішення зазначених питань є актуальним для оптимізації функціонування всієї системи права і правової системи загалом.

Міжгалузеві зв'язки цивільно-правової політики не обмежують лише законодавчою сферою, вони відіграють свою роль і на рівні правозастосування. Зазначені зв'язки необхідно досліджувати, а результати наукових пошуків упроваджувати в юридичну практику. У наступних підрозділах нашої праці буде здійснено вибірковий аналіз функціонування цивільно-правової політики у її системних зв'язках з окремими галузями приватного і публічного права та з іншими видами правової політики. Одночасно визнаємо, що ця актуальна проблематика заслуговує бути предметом дослідження окремої докторської дисертації.

4.2. Аксіологічне поєднання конституційно-правової і цивільно-правової політики (через пізнання ідеалу верховенства права)

Що є для нас Конституція України? Без перебільшення і пафосу – для Українського народу це соціальна цінність, національний суспільний договір найвищого правового гатунку. На цей документ у своїй діяльності мають орієнтуватися законодавець, інші органи державної влади, посадові особи, громадянське суспільство, всі фізичні і юридичні особи, які перебувають на території нашої держави. Тому у повсякденному функціонуванні конституційно-

правова політика⁴⁶¹ вирізняється своїм пріоритетом щодо інших видів правової політики. Принаймні так має бути⁴⁶².

На початку дослідження задекларованих питань вважаємо не зайвим зробити застереження: існування конституційно-правової політики ми сприймаємо апріорі, без необхідного аналізу відповідних положень⁴⁶³. Так само не потребує якогось обґрунтування той факт, що у формуванні та реалізації цивільно-правової політики помітну роль відіграє конституційно-правова політика. А вона, у свою чергу, значною мірою відображається в діяльності Конституційного Суду

⁴⁶¹ Про цей вид правової політики, який у вітчизняній доктрині ще очікує на своїх дослідників, див., зокрема: Тернавська В. М. Категорія «конституційно-правова політика» (теоретико-правовий аналіз). *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. Том 1. № 6. С. 74–77. URL: http://apnl.dnu.in.ua/6_2018/tom_1/17.pdf; Тернавська Вікторія. *Форми реалізації конституційно-правової політики: теоретико-методологічний аналіз. Актуальні проблеми правознавства*. 2019. № 3. С. 71–75. URL: <http://appj.wupn.edu.ua/index.php/appj/article/view/761/751>; Тернавська В. М. Конституційно-правова політика України та її суб'єкти. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 6. С. 77–80. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2019/17.pdf

⁴⁶² *Примітка*. Викликає занепокоєння давня практика несистемної та надмірної уваги законодавця до Конституції України, що має наслідком невтішне становище. Зокрема, Р. О. Стефанчук зазначив, що проведений аналіз усіх останніх змін до Основного Закону України свідчить про те, що близько 20 або навіть більше статей не мають остаточно визначеної юридичної редакції. Він акцентував: «Сьогодні ми дійшли до ситуації, коли у нас немає єдино правильного, що юридично тлумачиться, тексту Конституції. Це результат не виваженої, не вивіреної та не спланованої роботи Верховної Ради, яка сьогодні призвела до того, що у держави, яка святкує День Конституції, немає просто єдино уніфікованого тексту Конституції». Див.: Найбільш важливі зміни в Конституцію повинні бути внесені протягом найближчого року. – Стефанчук. URL: https://lb.ua/news/2019/06/28/430733_naibolee_vazhnie_izmeneniya.html

⁴⁶³ *Примітка*. Утім вважаємо доречним зазначити, що у перший робочий день Парламенту Президент України В. Зеленський подав всього 20 законопроектів, сім з яких стосувалися внесення змін до Конституції України. Див.: Підсумки 2019 року: за що голосували депутати Верховної Ради 9-го скликання. URL: <https://www.chesno.org/post/3754/> (дата звернення: 24.12.2019).

України. Наше завдання полягає в іншому. У цьому підрозділі ми проілюструємо взаємозв'язок конституційно-правової і цивільно-правової політики крізь призму конституційного принципу верховенства права, використовуючи еталонні тести «Rule of Law Checklist».

Відтепер ми маємо практичну можливість зрозуміти, що таке верховенство права у реальному вимірі. «Мірило правовладдя» («Rule of Law Checklist») задумано як інструмент для різноманітних суб'єктів, що вирішать здійснювати таке оцінювання. Це можуть бути: парламенти та інші органи державної влади – коли перед ними постають питання потреб і змісту законодавчих реформ; громадянське суспільство й міжнародні організації, включно з регіональними, зокрема Рада Європи та Європейський Союз⁴⁶⁴.

Правовладдя має застосовуватись на всіх рівнях публічної влади. Принципи правовладдя *mutatis mutandis* так само застосовуються щодо стосунків у рамках приватного права. Характеристика, що її запропонував Том Бінгем (*Tom Bingham*), якнайкраще охоплює істотні елементи правовладдя: «У державі всі владні органи та всі особи, безвідносно до того, публічні вони чи приватні, повинні коритися прилюдно ухваленим законам і мати можливість отримувати користь від них при тому, що закони мають набирати чинності (взагалі) в майбутньому та застосовуватись у судах прилюдно»⁴⁶⁵.

У контексті аналізованого питання – щодо впровадження та дотримання верховенства права важливим є ще один, вже національний документ, який, знову-таки, ґрунтується на глобальній міжнародній ініціативі. 15 вересня 2017 р. Уряд України представив Національну доповідь «Цілі Сталого Розвитку: Україна» (окрім іншого, у цій доповіді йдеться власне про «Цілі Сталого Розвитку, адаптовані для України (2015–2030 роки)»)⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Мірило правовладдя... С. 11. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

⁴⁶⁵ Там само. С. 10.

⁴⁶⁶ Цілі Сталого Розвитку: Україна. Національна доповідь 2017. Київ: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. 2017. 174 с. URL: http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReportUA_Web_1.pdf

Ця доповідь надає бачення орієнтирів досягнення Україною Цілей Сталого Розвитку (ЦСР), які були затверджені на Саміті ООН зі сталого розвитку у вересні 2015 р. За ініціативи Уряду України та за сприяння системи ООН в Україні протягом року тривав відкритий та інклюзивний процес адаптації ЦСР. У доповіді наведені результати адаптації 17 глобальних ЦСР з урахуванням специфіки національного розвитку. Документ (17 цілей сталого розвитку, 86 завдань розвитку та 172 показники для моніторингу їх виконання) офіційно набув чинності 1 січня 2016 р.⁴⁶⁷.

До затвердження ЦСР, упродовж 2000–2015 років, в Україні реалізовувались Цілі Розвитку Тисячоліття (ЦРТ). Вони слугували важливим стратегічним документом, який надавав можливість громадськості контролювати дії влади, використовуючи моніторинг 33-х ключових показників. ЦСР мають продовжити цю традицію та використовувати імпульс ЦРТ і напрацьовану інституційну базу.

В Україні у процесі визначення ЦСР, відповідних завдань та показників на довгострокову перспективу враховувались глобальні орієнтири розвитку, принципи сталого розвитку та суспільну думку щодо бачення майбутнього розвитку. Світовий досвід свідчить, що суспільний прогрес значною мірою залежить від підтримання балансу між цілями підтримки економічного зростання, конкурентоспроможності бізнесу, забезпечення екологічної безпеки та зменшення соціальної нерівності. Для досягнення довгострокових цілей необхідно послідовно виконувати визначені коротко- та середньострокові завдання. Передумовами досягнення всіх без винятку цілей розвитку визнається якісне управління, викорінення корупції, суспільна підтримка. Отже, вимоги щодо чесної та прозорої діяльності влади, участі населення у прийнятті рішень та контролю за їх виконанням мають завжди враховуватись під час формулювання стратегічних цілей.

Хоча 17 ЦСР не вважаються юридично обов'язковими, очікується, що уряди візьмуть на себе відповідальність і створять національні умови для їх досягнення. Країни несуть основну відповідальність за

⁴⁶⁷ Про Глобальні Цілі. URL: <http://sdg.org.ua/ua/pro-hlobalni-tsilii>

подальшу діяльність та аналіз досягнутого в реалізації цих цілей, що потребує якісного, доступного та своєчасного збору даних. Регіональні заходи з контролю та аналізу будуть ґрунтуватися на аналізах на національному рівні і сприятимуть подальшій діяльності та аналізу на глобальному рівні⁴⁶⁸.

Вважаємо допустимим і необхідним на конкретних прикладах проілюструвати, як в реальності можна застосовувати метод верховенства права (юридичний метод пізнання). Водночас у такий спосіб виявимо не лише міжгалузеві зв'язки конституційно-правової політики та цивільно-правової політики, а й певною мірою здійснимо верифікацію нашої гіпотези, про яку йшлося у підрозділі 2.2 цього дослідження «Верховенство права як метод пізнання: обґрунтування наукової гіпотези».

У Венеційському документі «Rule of Law Checklist» стрижневими елементами поняття «The Rule of Law» (верховенства права або правовладдя) визначено: 1) законність – включно з прозорою, підзвітною та демократичною процедурою запровадження приписів права; 2) юридична визначеність; 3) заборона свавільності (запобігання зловживанню повноваженнями – *Л. М.*); 4) доступ до правосуддя в незалежних і безсторонніх судах – включно із судовим контролем щодо адміністративних актів; 5) поважання людських прав; 6) недискримінація та рівність перед законом⁴⁶⁹.

Проаналізуємо українські реалії в контексті зазначених стрижневих елементів «Мірила правовладдя» та ЦСР.

1. «**А. Законність**». Одне із питань еталонних тестів (встановлених «Rule of Law Checklist» в аспекті оцінювання елемента верховенства права «**А. Законність**») стосується того, *чи гарантовано дієвий юридичний захист індивідуальних людських прав від їх порушення суб'єктами приватного сектору?* Йдеться про те, що цивільно-правова політика має бути спрямована на усунення зловживання не лише від державного, а й від приватного свавілля.

⁴⁶⁸ Про Глобальні Цілі. URL: <http://sdg.org.ua/ua/pro-hlobalni-tsili>

⁴⁶⁹ Мірило правовладдя... С. 10. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

ЦСР передбачають, що Україна досягне «сприяння поступальному, всеохоплюючому та сталому економічному зростанню, повній і продуктивній зайнятості та гідній праці для всіх» (ціль 8) шляхом виконання, зокрема, завдання 8.3: «Просувати проведення орієнтованої на розвиток політики, яка сприяє продуктивній діяльності, створенню гідних робочих місць, підприємництву, творчості й інноваційній діяльності, та заохочувати офіційне визнання і розвиток мікро-, малих і середніх підприємств, у тому числі шляхом надання їм доступу до фінансових послуг»⁴⁷⁰.

Свого часу держава поступилася своїм домінуванням у сфері житлово-комунальних послуг (ЖКП) і передала свої повноваження до приватних структур. Це – випадок негативних крайнощів, що має місце після процесу роздержавлення. Окремі види діяльності (послуг) все ж таки мали залишатися під контролем і впливом держави. Як це, до речі, спостерігаємо в регулюванні деяких інших правовідносин. Але наразі маємо природні монополії з надання певних ЖКП і покращення у цій сфері, принаймні найближчим часом (а можливо – і в далекоглядній перспективі), незважаючи на новітні законодавчі зміни⁴⁷¹, навряд чи можна очікувати.

У ст. 3 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» визначаються принципи державної політики у сфері житлово-комунальних послуг: створення та підтримання конкурентного середовища при виробленні та наданні житлово-комунальних послуг, забезпечення контролю у сфері діяльності природних монополій (п. 2 ч. 1); забезпечення функціонування підприємств, установ та організацій, що виробляють, виконують та/або надають житлово-комунальні послуги, на умовах самофінансування, досягнення рівня економічно обґрунтованих витрат на виробництво таких послуг (п. 3 ч. 1); регулювання цін/тарифів на житлово-комунальні послуги у випадках, визначених законом, з урахуванням досягнутого рівня соціально-

⁴⁷⁰ Цілі Сталого Розвитку: Україна. Національна доповідь 2017. Київ: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, 2017. 174 с. URL: http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReportUA_Web_1.pdf

⁴⁷¹ Про житлово-комунальні послуги: Закон України від 9 листопада 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2189-19#Text>

економічного розвитку, природних особливостей відповідного регіону та технічних можливостей (п. 4 ч. 1).

Наразі ці законодавчі положення мають виключно декларативний характер, приватні компанії на ринку ЖКП продовжують зберігати своє «природне» монопольне становище і вирішують питання цінової політики на свої послуги без належного економічного обґрунтування. У такий спосіб спостерігаємо зловживання приватним інтересом, що шкодить іншим приватним інтересам і суспільним інтересам загалом. А держава тим часом залишається осторонь цього процесу. Можливо, в цьому заінтересована (має зиск) певна група недобросовісних чиновників?

Нині держава у масштабному вимірі насправді захищає приватний інтерес. Але приватний інтерес не будь-кого і кожного, а значною мірою неправомірні потреби і найперше – олігархів та наблнжених до них осіб. Це є свідченням відсутності *виваженої, адекватної і добросовісної* цивільно-правової політики в Україні. Це і є квазіполітика у сфері приватного інтересу, сутність якої полягає у спотвореному уявленні про приватне право.

Конституційний Суд України в абз. 2 підп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини рішення від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 зазначив, що «верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо»⁴⁷².

В контексті розуміння принципу законності також проаналізуємо рішення Верховного Суду від 25 квітня 2018 р.⁴⁷³. Справа

⁴⁷² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004. Справа № 1-33/2004. URL.: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>

⁴⁷³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 25 квітня 2018 р. Справа № 295/16994/15-ц. Провадження № 61-11571св18. URL.: https://protocol.ua/ua/postanova_ktiss_vp_vid_25_04_2018_roku_u_spravi_295_16994_15_ts/

стосувалася виселення особи, яка систематично порушувала правила співжиття. Позивач звернулася до суду із позовом до колишнього чоловіка про усунення перешкод в користуванні власністю шляхом виселення.

Позивач зазначала, що є власником будинку, з 1991 р. вона дозволила відповідачу проживати в її будинку. З 21 листопада 2007 р. по 31 травня 2010 р. вони з відповідачем перебували у зареєстрованому шлюбі. На неодноразові вимоги звільнити її житло після розірвання шлюбу відповідач погрожує вбивством, у зв'язку з чим вона (особа похилого віку) має реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози, позбавлена можливості повноцінно користуватися своїм власним будинком. Також наголошувала, що відповідач має власне житло – двокімнатну квартиру. У свою чергу, відповідач заперечував факт існування перешкод і вважав, що наявність конфліктних ситуацій між сторонами не є безумовною підставою для його виселення; підкреслював, що до нього судом не застосовувалися заходи попередження або громадського впливу.

Судом було встановлено, що позивач насправді неодноразово зверталась до правоохоронних органів щодо факту заподіяння їй відповідачем тілесних ушкоджень. За одним із таких звернень відповідач був засуджений до одного року позбавлення волі зі звільненням від відбування призначеного покарання. Крім того, встановлено, що протягом 15 років позивач 8 разів зверталася до обласного бюро судово-медичних експертиз, спеціалісти якого щоразу фіксували факти заподіяння їй відповідачем тілесних ушкоджень.

Відповідно до ч. 1 ст. 116 ЖК Української РСР, якщо наймач, члени його сім'ї або інші особи, які проживають разом з ними, систематично руйнують чи псують жиле приміщення, або використовують його не за призначенням, або систематичними порушеннями правил співжиття роблять неможливим для інших проживання із ними в одній квартирі чи в одному будинку, а заходи запобігання і громадського впливу виявилися безрезультатними, виселення винних на вимогу наймодавця або інших заінтересованих осіб провадиться без надання іншого жилого приміщення.

Суди першої та апеляційної інстанцій задовольнили позов. Однак Верховний Суд скасував судові рішення, а справу надіслав на новий розгляд до суду першої інстанції.

На обґрунтування своєї позиції Верховний Суд роз'яснив, що під час вирішення справ про виселення на підставі ст. 116 ЖК УРСР мають враховуватися порушення правил співжиття у сфері даних житлових відносин, а не такі правопорушення, що допущені відповідачем в інших правовідносинах та не мають відношення до користування сторонами жилим приміщенням. А суди не встановили, чи стосуються допущені відповідачем порушення правил співжиття (заподіяння особі тілесних ушкоджень середнього ступеня тяжкості) саме житлових відносин, чи мали ці порушення відношення до користування спірним жилим приміщенням.

Крім того, Верховний Суд звернув увагу, що події, які стали підставою звернення з позовом, зокрема, обвинувальний вирок щодо відповідача, мали місце у квітні 2011 р., а обставин систематичного порушення відповідачем правил співжиття, а також вжиття щодо нього заходів попередження або громадського впливу, які не дали позитивних результатів, після зазначеної дати суди не досліджували та не перевірили, чи є порушеними права позивача, за захистом яких вона звернулася до суду.

Аналізоване рішення Верховний Суд грубо порушує принцип законності, зокрема, в частині розуміння права власності особи на її житлове приміщення. Відповідно до ч. 2 ст. 20 ЦК України нездійснення особою права на захист не є підставою для припинення цивільного права, що порушене. А враховуючи факти сімейного насильства, що були встановлені судами першої та апеляційної інстанцій, можна зрозуміти, що позивач зазнавала не лише фізичного, а й психологічного насильства. Тому застереження суду про те, що в останні роки позивач не зверталась за захистом свого права власності, не можна сприймати за належний аргумент.

Судовий розгляд аналізованої справи триває багато років. Видається, що така позиція Верховний Суд є також порушенням доступу до правосуддя в частині вимоги про справедливе судочинство.

Окремо потрібно наголосити на некоректному застосуванні Верховним Судом положень законодавства. Так, Суд посилається на ЖК України, хоча нині чинним є ЖК УРСР, зміни до його назви внесені не були.

Згідно з «Rule of Law Checklist» законодавчі процедури також належать до змісту поняття законності. Цей аспект аналізованого еталонного тесту (п. 5) пізнаємо, зокрема, через з'ясування таких питань: *Чи є процес запровадження приписів права прозорим, підзвітним, демократичним і таким, що передбачає участь заінтересованих суб'єктів? Чи є наявними чіткі конституційні приписи стосовно законодавчої процедури? Чи має громадськість доступ до проектів актів законодавства, принаймні коли їх внесено до парламенту? Чи є в громадськості реальна можливість мати вплив? Чи здійснюється – де це є доречним – оцінювання наслідків законів ще до їх ухвалення (наприклад, щодо людських прав чи бюджетних наслідків)*⁴⁷⁴?

Аналіз критеріїв цього пункту свідчить про те, що конституційні приписи щодо законодавчої процедури передбачені в Основному Законі України, але їх навряд чи можна назвати чіткими. Так, відсутні базові закони (зокрема, довгоочікуваний Закон про нормативно-правові акти), які б конкретизували ці питання.

Під час хаотичного і безсистемного ухвалення законів, внесення змін і доповнень до нормативно-правових актів загалом та кодифікованих актів, зокрема, не враховуються міжгалузеві зв'язки у праві, взаємозв'язки у межах однієї галузі права і навіть у межах одного кодексу.

Наприклад, якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК України, він **зобов'язаний** одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до Цивільного кодексу України (абз. 3 ч. 2 ст. 4 ЦК України).

⁴⁷⁴ Мірило правовладдя... С. 18–19. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

Отже, чинне законодавство містить вимогу до суб'єкта законодавчої ініціативи про обов'язковість дотримання відповідного порядку внесення змін і доповнень до Кодексу. Однак від дня набрання чинності ЦК України він зазнавав змін і доповнень не менше 118 разів і лише в 11 випадках ці корективи здійснено із дотриманням встановленої процедури⁴⁷⁵. Це свідчить про відсутність системності у вітчизняному законодавчому процесі. Закріплення в ЦК України згаданого положення якраз і мало на меті забезпечити системний підхід до вирішення цивільно-правових питань. На жаль, ця законодавча норма брутально порушується.

На нашу думку, така практика зумовлена відсутністю відповідальності суб'єкта законодавчої ініціативи у разі ігнорування закону, що має неприховану ваду: у ньому закріплено лише обов'язок і не встановлено правових наслідків його порушення. Тому вважаємо за доцільне в Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» передбачити положення, яке б унеможливило порушення встановленого порядку внесення змін і доповнень до Кодексу, наприклад, у такій редакції: «У разі недотримання суб'єктом законодавчої ініціативи вимог, передбачених абз. 3 ч. 2 ст. 4 ЦК України, такий проект закону не включається до порядку денного Верховної Ради України».

Непоодинокими є випадки, коли після ухвалення кодексу до акта вносилися зміни і доповнення ще до його вступу в силу. Так, ЦК України був ухвалений 16 січня 2003 р., набрав чинності з 1 січня 2004 р., а до цього – 19 червня 2003 р. його ст. 316 було доповнено частиною другою, якою запроваджено новий, нетиповий для України та інших країн континентальної системи права, інститут права довірчої власності. Загалом від моменту ухвалення і до вступу в силу ЦК України зазнавав змін і доповнень двічі; у перший рік чинності – тричі. У подальшому ситуація із внесенням до нього коректив змінювалася лише у бік їх щорічного збільшення. Неодноразово положення ЦК України досліджувались Конституційним Судом України на предмет їх відповідності Основному Закону України.

⁴⁷⁵ Див.: Депутатське звернення народного депутата України І. С. Луценко до факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» від 4 квітня 2018 р. № 937.

Нині аналогічна ситуація складається із новою редакцією Цивільного процесуального кодексу України (від 3 жовтня 2017 р.), яка вже неодноразово зазнавала змін. Все зазначене негативно впливає на системність чинного законодавства, що неодмінно породжує подальші труднощі у правозастосовній діяльності.

В аспекті аналізованого питання слухними видаються пропозиції, викладені в юридичній літературі:

1) ухвалення кодексу, а також внесення змін і доповнень до нього має здійснюватися у спосіб, що передбачений для подібних процедур стосовно Основного Закону України; тобто це може відбутися, зокрема, за наявності конституційної більшості голосів;

2) внесення змін і доповнень до кодексу є допустимим не раніше ніж через три роки після набрання цим кодексом чинності; у подальшому внесення змін до кодексу допускається не частіше одного разу на рік;

3) ухваленню законодавчого рішення про внесення змін чи доповнень до кодексу має передувати розгляд відповідного законопроекту в Конституційному Суді України щодо його конституційності;

4) ініціатори законопроектів мають долучати до них докладний коментар положень гіпотетичних законів;

5) висновки Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України щодо законодавчих проектів, якщо їх не сприймає більшість народних депутатів України, мають бути офіційно спростовані (наприклад, відповідним профільним комітетом) з належним обґрунтуванням такої позиції;

6) результати участі науковців, інших спеціалістів у процесі офіційного обговорення законопроектів про внесення змін чи доповнень до кодексу мають одержати офіційну оцінку того ж таки Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, профільних комітетів Верховної Ради України.

Всі ці пропозиції мали б знайти своє відображення у довгоочікуваному «законі про закони» (законі про нормативно-правові акти)⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ Музика А. А. Чи існує в Україні кримінально-правова політика? *Політика в сфері боротьби зі злочинністю: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (1–2 березня 2013 р., м. Івано-Франківськ)*. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2013. С. 59–60.

Стосовно критерію про доступ громадськості до проектів актів законодавства, принаймні коли їх внесено до парламенту, необхідно зазначити, що таке інформування здійснюється. Однак реальної можливості громадськості мати вплив на цей процес – немає. Інститут петицій, який запроваджений в Україні, активно використовується громадськістю для розголосу тих чи інших проблем, у тому числі й законодавчих. Але це не можна вважати реальним інструментом впливу громадськості на законопроектну діяльність.

2. «**В. Юридична визначеність**». До вимог принципу юридичної визначеності, як правової доктрини, зокрема, належать: «послідовне і неупереджене застосування закону, тобто забезпечення узгодженості правозастосовної, передусім судової практики; повага до принципу *res judicata*, тобто остаточні судові рішення не повинні переглядатися, окрім чітко встановлених законом випадків, обумовлених винятковими обставинами; обов'язковість судових рішень та їх неухильна виконуваність»⁴⁷⁷.

Відповідно до ст. 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. При цьому одним з основних фундаментальних елементів цього принципу є юридична визначеність, згідно з якою юридичні норми мають бути чіткими, ясними і недвозначними, оскільки інше не може забезпечити їх однакове застосування та не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці. На це неодноразово звертав увагу і Конституційний Суд України у своїх рішеннях.

Так, у рішенні від 29 червня 2010 № 17-рп Суд зазначено: принцип правової⁴⁷⁸ визначеності стверджує, що обмеження основ-

⁴⁷⁷ Загальна теорія права: підручник. За ред. М. І. Козюбри. Київ, 2015. С. 371.

⁴⁷⁸ *Примітка.* Привертаємо увагу до того, що спочатку Конституційний Суд України вживав поняття «**правова визначеність**», але пізніше став послуговуватись поняттям «**юридична визначеність**». На нашу думку, таке уточнення є правильним і принциповим, оскільки визначеність – завжди правова, тобто не існує правової невизначеності. До того ж, це повною мірою відповідає термінології, що використовується в «Rule of Law Checklist».

них прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки (абз. 3 підп. 3.1. п. 3 мотивувальної частини)⁴⁷⁹.

В іншому рішенні, від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005, Конституційний Суд України наголосив, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абз. 2 підп. 5.4 п. 5 мотивувальної частини)⁴⁸⁰. ЄСПЛ неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства України і необхідність дотримуватися принципу юридичної визначеності.

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у постанові від 16 травня 2018 р. (справа № 2а-10641/09/2670) також визначив: «Одним із фундаментальних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, який передбачає повагу до принципу остаточності рішень суду. Цей

⁴⁷⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29 червня 2010 р. № 17-рп. Справа № 1-25/2010. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10?nreg=v017p710-10&find=1&text=%E2%E5%F0%F5%EE%E2%E5%ED%F1%F2%E2%EE+&x=0&y=0#w11>

⁴⁸⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 р. № 5-рп. Справа № 1-17/2005. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05?nreg=v005p710-05&find=1&text=%E2%E5%F0%F5%EE%E2%E5%ED%F1%F2%E2%EE+&x=0&y=0>

принцип, зокрема, полягає у тому, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду лише тому, що вона має на меті домогтися нового слухання справи та нового її вирішення. Повноваження суду касаційної інстанції стосовно перегляду мають реалізовуватися для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду. Перегляд не повинен фактично підміняти собою апеляцію, а сама можливість існування двох точок зору на один предмет не є підставою для нового розгляду. Винятки із цього принципу можуть мати місце лише за наявності підстав, обумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру»⁴⁸¹.

Оскільки судові рішення можуть установлювати, розвивати й прояснювати приписи права, їх приступність є складовою юридичної визначеності. Обмеження щодо цього можуть бути виправданими, якщо їх метою є захист прав особи, наприклад, прав неповнолітніх у кримінальних справах⁴⁸².

Пункт 6 критерію юридичної визначеності⁴⁸³ наголошує на *неможливості зворотної дії законодавства в часі*, окрім випадків пом'якшення або скасування юридичної відповідальності. Конституція України у ст. 58 передбачає, «закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення».

Доречним, на нашу думку, в контексті аналізованого питання буде дослідження судової практики про стягнення штрафу з боржника Б. зі сплати аліментів дитині.

⁴⁸¹ Постанова Верховного Суду від 16 травня 2018 р. Справа № 2а-10641/09/2670. Адміністративне провадження № К/9901/1882/18. URL: https://protocol.ua/ua/postanова_kas_vp_vid_16_05_2018_roku_u_spravi_2a_10641_09_2670/

⁴⁸² Мірילו правовладдя... С. 22. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

⁴⁸³ Там само. С. 24.

Рішення про стягнення аліментів підлягає обов'язковому виконанню, як і будь-яке інше рішення суб'єкта владних повноважень. Відповідно до ч. 14 ст. 71 Закону «Про виконавче провадження» виконавець має право ухвалити постанову про накладення на боржника штрафу за наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів: за три роки – у розмірі 50 відсотків суми заборгованості.

Відповідно до судової практики у таких справах⁴⁸⁴ дії державних виконавців щодо врахування всього періоду заборгованості під час накладення штрафу визнаються правомірними.

Законом «Про виконавче провадження» встановлено, що строк обчислення державним виконавцем заборгованості зі сплати аліментів саме для застосування заходів, передбачених ч. 14 ст. 71 Закону «Про виконавче провадження», обчислюється з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання. Станом на 19 грудня 2018 р. (тобто на день ухвалення державним виконавцем оскаржуваної постанови) боржник Б., за розрахунком від 5 грудня 2018 р., згідно з виконавчим листом мав заборгованість зі сплати аліментів.

На час ухвалення державним виконавцем оскаржуваної постанови пункти 3, 12 статті 27 Закону «Про виконавче провадження» у встановленому порядку не визнані такими, що не відповідають Конституції України.

І така ситуація є нормальною: стаття Конституції про зворотню дію не може застосовуватися в нашому випадку, оскільки йдеться про правовідносини, що тривають: вони виникли раніше, до законодавчих змін, і продовжуються після набуття чинності Законом від 3 липня 2018 р. № 2475-VIII⁴⁸⁵. На нашу думку, від моменту

⁴⁸⁴ Див., зокрема: Рішення Другого апеляційного адміністративного суду у місті Харкові від 19 лютого 2019 р. Справа № 440/4100/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79955193>

⁴⁸⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання: Закон України від 3 липня 2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2475-19#Text>

набрання чинності цим Законом (28 липня 2018 р.) особою може бути притягнуто до відповідальності навіть тоді, коли частина заборгованості утворилася до набрання чинності законом, і в такому разі вона зобов'язана сплатити штраф за наявну заборгованість зі сплати аліментів. Тобто постанова про накладення зазначеного стягнення виконавця, ухвалена після 28 липня 2018 р., є законною як наслідок юридичних фактів, що виникли у минулому і тривають на момент ухвалення відповідного правового акта. Щодо аналізованого випадку має застосовуватись принцип негайної дії закону в часі. Якщо заборгованість зі сплати аліментів існує, то починаючи з 28 липня 2018 р., на особу може бути накладено штраф на всю суму заборгованості, яка утворилася, зокрема, і до моменту набрання Законом чинності.

Акцентуємо, що штраф стягується не до державної власності, а на користь стягувача, відповідно – на утримання дитини. Першочерговий захист інтересів дитини цілком відповідає як міжнародному праву, так і загальному принципу справедливості, який покладено в основу українського права. Окремо слід наголосити на правовій позиції Верховного Суду (постанова від 17 жовтня 2018 р. № 359/9950/16-ц): «... відповідач зобов'язаний сплачувати аліменти, що свідчить про наявність презумпції вини платника аліментів у виникненні заборгованості з їх сплати ...»⁴⁸⁶.

3. «С. Запобігання зловживанню повноваженнями». Одне із питань еталонних тестів в аспекті оцінювання цього елемента верховенства права стосується того, *чи є наявними юридичні гарантії щодо протидії свавілля та зловживанню повноваженнями з боку органів публічної влади?* Стає зрозумілим, що порушення цього елемента може проявитися, зокрема, у здійсненні повноважень у спосіб, що призводить до виразно несправедливих, необґрунтованих, нерозумних або деспотичних рішень. Загалом це буде порушенням правовладдя.

⁴⁸⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 17 жовтня 2018 р. Справа № 359/9950/16-ц. Провадження № 61-29146св18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/77473468>

Новелою цивільного процесуального законодавства є ст. 44 ЦПК України, якою встановлено неприпустимість зловживання процесуальними правами. Її дія поширюється не лише на учасників судового процесу, а й на їх представників. Наголошується на їх обов'язку добросовісно користуватися процесуальними правами. Перелік випадків, які визнаються ЦПК як зловживанням правом, не є вичерпним. Якщо подання скарги, заяви, клопотання визнається зловживанням процесуальними правами, суд з урахуванням обставин справи має право залишити без розгляду або повернути скаргу, заяву, клопотання. Водночас суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами. У випадку зловживання процесуальними правами учасником судового процесу суд застосовує до нього заходи, визначені цим Кодексом.

Вже сформувалась певна судова практика застосування ст. 44 ЦПК України. Зокрема, суди визнають зловживанням процесуальними правами особою, яка подає декілька однакових позовів з метою надходження справи до «потрібного» судді⁴⁸⁷. Це суперечить п. 10 ч. 3 ст. 175 ЦПК України – у позовній заяві має міститися підтвердження позивача про те, що ним не подано іншого позову (позовів) до цього ж відповідача (відповідачів) з тим самим предметом та з тих самих підстав.

Зловживаючи процесуальними правами, особа може вдатися до дезінформації суду. Йдеться про неповідомлення суду відомостей, які мають значення для справи, введення суду в оману, свідоме викривлення фактів у заяві (рішення ЄСПЛ у справі «Мельник проти України»)⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Практика применення судами норм о злоупотреблении правами. URL: <https://profit-consul.com.ua/blog/praktika-primeneniya-sudami-norm-o-zloupotreblenii-pravami>

⁴⁸⁸ Зловживання процесуальними правами: проблемні питання судової практики. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/156123-zlovzhivannya-protseualnimi-pravami-problemni-pitannya-sudovoyi-praktiki> (дата звернення: 05.12.2019).

Подібні діяння закон і судова практика визнають зловживанням процесуальними правами⁴⁸⁹. В окремій думці судді В. М. Сімоненко щодо іншої постанови Верховного Суду, від 2 жовтня 2019 р., наголошується: «Основною ознакою зловживання процесуальними правами є відсутність наміру вирішити реально існуючий цивільний спір, або забезпечити захист свого реально порушеного права, або намір перешкодити законним діям інших осіб шляхом звернення до суду та створення штучного судового спору, або використання судового спору як способу не виконувати вимоги законодавства щодо здійснення визначених ним дій»⁴⁹⁰.

Таким чином, запровадження норм, які стоять на заваді зловживанням процесуальними правами (ст. 44 ЦПК України), є помітним «кроком» вітчизняного цивільного процесуального законодавства уперед до верховенства права.

4. «**D. Рівність перед законом і недискримінація**». У межах цього елемента верховенства права відповідні тести акцентують, зокрема, на таких питаннях: *чи в Конституції закріплено принцип однакового ставлення, обов'язок держави сприяти забезпеченню рівності, так само як і право особи на свободу від дискримінації? Чи забезпечено поважання принципу недискримінації?*⁴⁹¹.

«Rule of Law Checklist» розкриває зміст принципу недискримінації, який «вимагає заборони будь-якого необґрунтованого неоднакового ставлення згідно з актами права та/або за допомогою приписів права і що всім особам гарантовано однаковий та дієвий захист від дискримінації на расовому ґрунті, за кольором шкіри, за

⁴⁸⁹ Див., наприклад: Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 11 листопада 2019 р. Справа № 337/474/14-ц. Проведення № 61-15813сво18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85868754>

⁴⁹⁰ Зловживання процесуальними правами: проблемні питання судової практики. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/156123-zlovzhivannya-protseualnimi-pravami-problemni-pitannya-sudovoyi-praktiki> (дата звернення: 05.12.2019).

⁴⁹¹ Мірило правовладдя... С. 26. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

статевою, мовною, релігійною ознаками, за політичними або іншими поглядами, за національним або соціальним походженням, на ґрунті належності до національної меншини, майнового стану, за становою або іншими ознаками»⁴⁹².

На підставі низки міжнародно-правових документів ООН – Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1979 р.), Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (1979 р.) та Конвенції про права осіб з інвалідністю (2006 р.) «Rule of Law Checklist» визначає: «Вимогою правовладдя є загальне підпорядкування всіх приписам актів права. З цього випливає, що приписи права мають застосовуватись рівнозначно до всіх та виконуватись послідовно. Рівність – це не просто формальний критерій, вона має спричинитись до матеріально однакового ставлення. На досягнення цієї мети можуть допускатись відмінності, й вони можуть навіть вимагатись. До прикладу, в окремих випадках позитивна дискримінація може бути способом забезпечення рівності матеріально – з тим, аби подолати невігоди минулого чи виключність»⁴⁹³.

Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (ст. 21 Конституції України). В унісон з цією нормою ч. 1 ст. 1 ЦК України закріплює особливість статусу суб'єктів приватних відносин і наголошує на юридичній рівності учасників цивільних відносин. Однак у межах кримінально-правових відносин приватний інтерес (зокрема, потерпілого від злочину) зазнає очевидної дискримінації. Ставлення з боку законодавця до інституту потерпілого нагадує положення «сироти при живих батьках». В Основному Законі України чимало уваги приділено правам затриманих і заарештованих (ст. 29), невинуватих і обвинувачених (ст.ст. 62, 63), підозрюваних, підсудних і засуджених (ст. 63). У цьому ж аспекті серед засад судочинства передбачено «забезпечення доведеності вини» і «забезпечення обвинуваченому права на захист» (ст. 129). Коли йдеться про право на правову допомогу, то держава піклується передусім саме

⁴⁹² Там само.

⁴⁹³ Мірило правовладдя... С. 28. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

про зазначених осіб, яким «у випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно» (ст. 59). Натомість слово «потерпілий» (чи «постраждалий») у ньому навіть не згадується⁴⁹⁴.

Конституція України проголошує: «Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками» (частини 1 і 2 ст. 24). Однак наведені положення часом не реалізуються на рівні законодавчої практики, тобто поважання принципу недискримінації реально не завжди забезпечено.

Так, відповідно до примітки ст. 164 КК України під злісним ухиленням від сплати коштів на утримання дітей (аліментів) слід розуміти будь-які діяння боржника, спрямовані на невиконання рішення суду, які призвели до виникнення заборгованості із сплати таких коштів у розмірі, що сукупно складають суму виплат за три місяці відповідних платежів.

Всупереч Кримінальному кодексу України Закон «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р. це питання «врегулював» по-особливому – така заборгованість у часі *має перевищувати аж дванадцять місяців* і обраховується лише «з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання», а не від моменту ухвалення судового рішення про стягнення аліментів:

«Стаття 42. Підстави звільнення Генерального прокурора з адміністративної посади та припинення його повноважень на цій посаді

1. Генеральний прокурор звільняється з адміністративної посади Президентом України за згодою Верховної Ради України:

... 3) у разі наявності заборгованості зі сплати аліментів на утримання дитини, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за дванадцять місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання».

⁴⁹⁴ Музика А. А. Компенсаційна функція кримінального права. *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовтня 2016 р.* Редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Х.: Право, 2016. С. 105–106.

Цей приклад яскраво ілюструє нерівність сторін (в аспекті законодавчої охорони їх приватного інтересу, від чого, зрештою, страждає дитина через порушення її прав та інтересів): для всіх правопорушників-аліментників умови притягнення до кримінальної відповідальності – одні, а для Генерального прокурора – інші, безпідставно пільгові. Як у тому кіно: «Хто ж його посадить? Він же пам'ятник!». Наявність такої норми – це не просто півтора людського. Це умисний акцент, наперед розрахований крок щодо можливого призначення на високу державну посаду (перебування на ній) проблемного аліментника. По суті, злочинця. Це відвертий цинізм, абсолютна аморальність тих, хто голосував за таке рішення.

Поза сумнівом, що Закон «Про прокуратуру» в аналізованій частині є неправовим. Також це законодавче положення суперечить ЦСР: держава «має заохочувати й упроваджувати в життя недискримінаційні закони та політику в інтересах сталого розвитку» (завдання 16.b).

5. «Rule of Law Checklist», в аспекті оцінювання елемента верховенства права «**Е. Доступ до правосуддя**», передбачає не лише тести, що стосуються статусу суддів і особливостей їх діяльності, а й такий еталонний тест, як «*незалежність і безсторонність адвокатури*». У ньому серед інших питань зазначено *про необхідність наявності в адвокатурі дієвих та справедливих дисциплінарних процедур*⁴⁹⁵. Маючи певний досвід у поданні скарги на дії адвоката до Кваліфікаційної дисциплінарної комісії адвокатури (КДКА), можемо відповідально стверджувати, що цей критерій в Україні належним чином не працює. Більше того, практика свідчить про безперспективність таких звернень.

Окремо наголосимо на такому. З 1 січня 2018 р. набуло чинності рішення Ради адвокатів України від 23 вересня 2017 р. № 203⁴⁹⁶, яким

⁴⁹⁵ Мірило правовладдя... С. 34–35. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

⁴⁹⁶ Про встановлення плати за організаційно-технічне забезпечення розгляду заяв (скарг) до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону та Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури: Рішення Ради адвокатів України від 23 вересня 2017 р. № 203. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2017-09-23-r-shennya-rau-203_5c370fc4cfc74.pdf

передбачено встановлення та затвердження плати (і чималої) за так зване організаційно-технічне забезпечення розгляду заяв та скарг щодо поведінки адвоката та органів адвокатського самоврядування. Згодом це рішення було підтверджене відповідним рішенням Ради адвокатів України від 18 червня 2020 р. № 37⁴⁹⁷.

Відповідно до Положення про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність, від 30 серпня 2014 р. № 120⁴⁹⁸ (із багатьма подальшими змінами і доповненнями), серед вимог до заяви (скарги) визначено, що до заяви має обов'язково подаватися копія платіжної квитанції банківської установи про оплату за організаційно-технічне забезпечення її розгляду (підпункт 4 пункту 14).

Розмір платежу пов'язується із розміром одного прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Це становить: із 1 січня 2020 р. – 2027 грн; із 1 липня 2020 р. – 2118 грн; із 1 грудня 2020 р. – 2189 грн.

Доречно зазначити, що розмір судового збору у 2020 р. з фізичної особи становить 840,80 грн. Чим обумовлено такий великий розмір за звернення до відповідних органів адвокатури, – незрозуміло. А в самій інституції не розглядають таку практику як порушення доступу до правосуддя. На нашу думку, якщо встановлення плати за такі звернення обумовлено необхідністю протидії зловживанню клієнтами правом подачі скарг на адвокатів (зокрема, з метою тиску на них під час здійснення ним своєї професійної діяльності), то це себе не виправдало. Поза сумнівом, це той випадок, коли держава мала б втрутитись у таку «комерційну» діяльність адвокатури з метою захисту слабкої сторони – носія приватного інтересу. Особливо, коли йдеться про справи, в яких вирішується питання щодо захисту прав дитини.

⁴⁹⁷ Про встановлення плати за організаційне забезпечення розгляду заяв (скарг) до кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури та до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури: Рішення Ради адвокатів України від 18 червня 2020 р. № 37. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2020-06-18-r-shennya-rau-37_5ef4903adf787.pdf

⁴⁹⁸ Положення про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність, затверджене рішенням Ради адвокатів України від 30 серпня 2014 р. № 120. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MUS32204>

Зазначимо також, що від цієї сплати звільняються не всі, хто звільнений від сплати судового збору. Наприклад, не звільнені від такої сплати громадяни, які подають ці скарги у справах в інтересах дітей. Цікаво, що у першій редакції рішення № 203 від 23 вересня 2017 р. пільги по оплаті поширювалися на всіх, хто звільнений від сплати судового збору та визначені Законом України «Про судовий збір».

Звертаємо увагу, що державні органи (окрім судів та прокуратури) й органи місцевого самоврядування також не звільняються від сплати за організаційно-технічне забезпечення розгляду заяви (скарги) щодо неналежної поведінки адвоката, а отже, ці гроші стягуються за рахунок державного чи відповідного місцевого бюджету. Тобто за рахунок платників податків.

Відповідно до ЦСР (ціль 10) Україна має сприяти скороченню нерівності. Для цього потрібно «забезпечити рівність можливостей і зменшити нерівність результатів, у тому числі шляхом скасування дискримінаційних законів, політики і практики та сприяння прийняттю відповідного законодавства, політики та заходів у цьому напрямі» (завдання 10.3)⁴⁹⁹.

На нашу думку, встановлення плати за звернення із дисциплінарними скаргами на дії чи бездіяльність адвокатів суперечить і Конституції України, і ЦСР, і звісно – верховенству права. Адвокатське самоврядування має здійснювати розгляд цих справ безкоштовно, адже всі адвокати України щорічно сплачують чималі членські внески. Аналізована практика є свавільною і такою, що грубо порушує принцип доступу до правосуддя.

Таким чином, шляхом застосування новітнього методологічного інструментарію, яким є «Rule of Law Checklist», нами в загальних рисах проаналізовано потенціал верховенства права. У такий спосіб здійснена його первинна верифікація як наукового методу дослідження. Під час зазначеної процедури виявлені як позитивні, так і негативні явища у законодавстві і юридичній практиці в аспекті їх відповідності верховенству права. Все це свідчить про розширення можливостей наукових досліджень проблем функціонування інститутів права і держави в Україні.

⁴⁹⁹ Цілі Сталого Розвитку: Україна. Національна доповідь 2017. Київ: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, 2017. 174 с. URL: http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReportUA_Web_1.pdf

Мірило не є вичерпним чи остаточним: «його мета – охопити стрижневі елементи правовладдя. З часом мірило може зазнати змін та розвитку, аби охопити інші аспекти чи набути подальшої деталізації. Можуть виникнути нові питання, що обумовлюватимуть його перегляд. Тому Венеційська Комісія регулярно здійснюватиме оновлення Мірила»⁵⁰⁰. Вважаємо, що вітчизняні науковці мають долучитися до подальшого вдосконалення Мірила, це завдання є актуальним.

Китайська вчена і практик Чуньїнг Ксін оригінально зазначила, що досягнення гармонійного суспільства в Китаї має давню історію і ґрунтується на поглядах Лао-Цзи і Конфуція. Тому, на її думку, гармонійне суспільство має ґрунтуватися на демократичному верховенстві права та демократичному і науковому законодавстві⁵⁰¹.

Враховуючи наведений досвід, вважаємо, що стрижневі елементи «The Rule of Law» мають бути дещо вдосконалені.

1. Елемент «законність» стане повнішим у розумінні легітимності відповідних діянь (рішень) суб'єктів правовідносин, якщо сутність цього поняття відобразити у такому формулюванні: «законність, яка має ґрунтуватися на демократичному та науково обґрунтованому законодавстві».

2. Доповнити існуючі стрижневі елементи ще двома обов'язковими елементами: 1) «юридичний обов'язок обґрунтування доводів щодо ухваленого рішення»; 2) «недопущення корупційних ризиків».

4.3. Взаємозв'язок цивільно-правової, сімейно-правової та цивільної процесуальної правової політики

Міжгалузеві зв'язки цивільного, сімейного і цивільного процесуального права (так само, як і співвідношення відповідних видів правової політики), на жаль, не знаходять належної уваги

⁵⁰⁰ Мірило правовладдя... С. 12. URL: <http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylopravovladya.pdf>

⁵⁰¹ Максимов С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибр. праці: статті, аналіз, огляди, переклади (2003–2011). 2-ге вид., допов. Х.: Право, 2012. С. 234.

серед вітчизняних науковців. Окремі аспекти цієї проблеми лише фрагментарно висвітлюються у підручниках або нечисленних публікаціях⁵⁰². Хоча, наприклад, в Росії ця сфера наукових інтересів знаходиться під пильною увагою вчених⁵⁰³.

⁵⁰² Див., наприклад: *Левицька Н. О.* Міжгалузеві нормативно-правові інститути: деякі теоретичні питання. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2015. Том 1. С. 22–24. URL: http://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc14/part_1/8.pdf; *Некрасова О. В.* Застосування шивільного законодавства до сімейних відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2008. 18 с.; *Майданик Р. А.* Розвиток приватного права України: монографія. Київ: Алерта, 2016. 226 с.; *Труба В. І.* Сімейне право в системі галузей приватного права. *Актуальні проблеми приватного права України: збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової*. Відп. ред. Р. А. Майданик та О. В. Кохановська. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 460; Сімейне право України: підручник. За заг. ред. В. І. Борисової. І. В. Жилінкової. 4-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2012. 320 с.

⁵⁰³ Див., зокрема: *Косенко Е. В.* Межотраслевые связи семейных правовотношений. *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. № 3 (110). 2016. С. 70–73; *Чельшев М. Ю.* Межотраслевые связи исполнительного процессуального права. *Арбитражный и гражданский процесс*. 2007. №№ 2, 3, 4; *Левушкин А. Н.* Реформирование межотраслевого регулирования семейных отношений. *Социально-политические науки*. 2013. С. 75–77. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/reformirovanie-mezhotraslevogo-regulirovaniya-semeynyh-otnosheniy>; *Гетьман-Павлова И. В., Касаткина А. С.* Проблемы коллизионного регулирования брачно-семейных отношений в международном частном праве России. *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2017. С. 92–110. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-kollizionnogo-regulirovaniya-brachno-semeynyh-otnosheniy-v-mezhdunarodnom-chastnom-prave-rossii>; *Кулаков В. В.* Межотраслевые связи семейного права. *Семейное право и законодательство: политические и социальные ориентиры совершенствования: междунар. научно-практ. конф.* Тверь: Твер. гос. ун-т, 2015. С. 128–131; *Селецкая С. Б., Яковлева Е. А.* О некоторых особенностях правового статуса супругов и его межотраслевой природе. *Вестник Казанского юридического института МВД России*. № 3 (25). 2016. С. 37–40. URL.: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-nekotoryh-osobennostyah-pravovogo-statusa-suprugov-i-ego-mezhotraslevoy-prirode>; *Малько Е. А.* Гражданская процессуальная правовая политика в современной России: монография. Под ред. С. Ф. Афанасьева. М.: Юрлитинформ, 2013. 192 с.; *Малько Е. А., Потапенко Е. Г.* Гражданская процессуальная правовая политика и современная реформа судебной системы России. *Российская юстиция*. 2015. № 3. С. 37–41.

У своїй дисертації Є. О. Малько запропонувала визначення поняття цивільної процесуальної правової політики як «науково обґрунтоване, послідовне і системне керівництво до дії (ухваленню рішень) органами державної влади, місцевого самоврядування, їх посадовими особами, недержавними установами та організаціями у сфері оптимізації механізму цивільного процесуального правового регулювання, а також примусового виконання судових рішень та актів інших органів з метою захисту порушених і оспорюваних прав, свобод і законних інтересів»⁵⁰⁴.

Вважаємо, що наведене визначення не позбавлене певних вад (з погляду хоча б на українське законодавство), а тому його не можна запозичити для використання. У ньому не відображено всіх аспектів цього виду правової політики. Зокрема, не враховано, що цивільно-правовому захисту підлягають не лише оспорювані та порушені, а й невизнані права та інтереси (ст. 15 ЦК України). Окрім того, законодавство і судова практика допускають в окремих випадках захист прав на майбутнє (ч. 2 ст. 368 ЦК України).

Також незрозуміло, що означає «керівництво до дії» (керівництвом ким? – залишилося за межами цього визначення). Слід було розширити і суб'єктний склад цього виду правової політики, згадати не лише про її суб'єктів, а й учасників. Адже окрім зазначених у цьому визначенні суб'єктів, у формуванні та реалізації правової політики беруть участь і приватні особи (фізичні та юридичні).

Нарешті, не варто було бракувати акцентом на стратегічному і тактичному елементах політики. Корисним видається і необхідність розмежування будь-якого виду правової політики – йдеться винятково про доктрину чи державну діяльність?

Враховуючи зазначене та беручи до уваги наше визначення цивільно-правової політики (як виду державної діяльності), вважаємо, що *цивільна процесуальна правова політика* – це науково обґрунтована, послідовна і системна державна діяльність суб'єктів та учасників відповідного виду правової політики (стратегія, тактика, аналітика, управління, а також моніторинг виконання ухвалених

⁵⁰⁴ Малько Е. А. Гражданская процессуальная правовая политика в современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2012. С. 8.

рішень), що має на меті забезпечення оптимального та ефективного функціонування і розвитку цивільно-процесуальних відносин і практики застосування цивільного процесуального законодавства задля охорони і захисту порушених, опоруваних або невизнаних прав, свобод і законних інтересів, а також, у встановлених законом випадках, їх захист на майбутнє.

Аналогічною, на нашу думку, має бути і дефініція поняття сімейно-правової політики, з відповідним акцентом на сімейних правовідносинах і сімейному законодавстві.

Взаємозв'язок цивільної-правової, сімейно-правової та цивільної процесуальної правової політики проілюструємо на прикладі реальних цивільних справ (їх предметом є сімейно-правові відносини колишньої родини), розгляд яких перманентно триває досі. Юридичним супроводом цих справ ми займаємося з 2012 р., коли судовим рішенням було постановлено стягнення з боржника Б. аліментів на утримання його сина. Протягом багатьох років боржник всіляко ухиляється від виконання свого обов'язку щодо утримання дитини (постійно придумує нові схеми для несплати аліментів або з метою максимального зменшення їх розміру). Проти нього триває досудове розслідування (детально про це – у підрозділі 4.5 «Порівняння цивільно-правової та кримінально-правової політики»). З 2018 року боржник перебуває в Єдиному реєстрі боржників і упродовж тривалого часу намагається оспорити законність розрахунків заборгованості (що здійснюються державним виконавцем щомісяця) зі сплати аліментів на утримання малолітнього сина, а також відповідних постанов державного виконавця, на підставі яких щодо боржника встановлено певні обмежувальні заходи. Зосередимося на основних проблемних питаннях, розгляд яких генерував (і продовжує їх утворювати) боржник.

I. Деякі загальні положення щодо сплати аліментів. Суди, призначаючи розмір аліментів на дитину, враховують, зокрема, матеріальне становище платника аліментів (ч. 1 ст. 182 СК України). За згодою з одержувачем аліментів сторони можуть укласти договір про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно. Такий договір нотаріально посвідчується і підлягає державній реєстрації. Для укладення такого

договору вимагається дозвіл органу опіки і піклування. Якщо дитина досягла 14 років, вона також бере участь в укладенні цього договору. Права дитини на майно, набуте за таким договором, охороняються законом, зокрема, на нього не може бути звернене стягнення.

СК України містить підставу корегування аліментів у бік їх збільшення або зменшення (ст. 192). Це правило пояснюється тим, що аліментні правовідносини існують доволі тривалий час. Тому матеріальний або сімейний стан особи, яка одержує аліменти, а також того, хто їх сплачує, протягом цього часу може істотно змінитися – як у бік погіршення, так і покращання. Це також стосується і стану здоров'я когось із батьків (воно може погіршитись або поліпшитись) та інших випадків, передбачених СК України. Ось чому закон передбачає, що в такому разі суд за позовом будь-кого із зазначених осіб може змінити раніше встановлений розмір аліментів як у частці до заробітку (доходу), так і в твердій грошовій сумі, як у бік збільшення, так і в бік його зменшення.

Зазначене, на нашу думку, не повною мірою корелюється з іншими положеннями сімейного законодавства (наприклад, статтями 141, 180, 181, 185 СК України) та Конвенцією з прав дитини, зокрема у частині батьківських обов'язків.

Тому видається цілком закономірним положення про можливість зміни розміру аліментів у бік збільшення за позовом особи, яка одержує аліменти, – як у тому разі, коли погіршився її матеріальний стан чи стан здоров'я, так і тоді, коли поліпшився матеріальний або сімейний стан відповідача, чи поліпшився стан його здоров'я.

Коли розглядаємо зворотню ситуацію – зменшення розміру аліментів за позовом особи, яка сплачує аліменти (за умов погіршення його матеріального або сімейного стану чи стану здоров'я, або поліпшення матеріального стану чи стану здоров'я стягувача аліментів), то слід виробити інший підхід. Для таких випадків, коли суд оцінює зазначений стан платника і стягувача аліментів, на нашу думку, в законодавстві необхідно передбачити правило, відповідно до якого зменшення розміру аліментів можливе не лише через належно доведені поважні підстави погіршення матеріального або сімейного стану відповідача, а й за обов'язкової згоди органу опіки та піклування на відповідне зменшення розміру аліментів.

Обов'язок обох батьків щодо утримання дитини полягає, зокрема, у забезпеченні належного матеріального рівня, необхідного для належного розвитку дитини.

Щодо нормативного положення про поліпшення матеріального стану чи стану здоров'я стягувача аліментів (в аспекті сплати аліментів на дитину – можливого зменшення їх розміру), то його взагалі слід вилучити із СК України. Адже йдеться про рівне виконання батьківського обов'язку по утриманню дитини. І поліпшення матеріального стану того з батьків, з ким проживає дитина, жодним чином не має впливати на виконання батьківського обов'язку того з батьків, з ким дитина не проживає.

Такою, що порушує права дитини, необхідно вважати і ст. 188 СК України. В ній передбачено, що батьки можуть бути звільнені від обов'язку утримувати дитину, якщо дохід дитини набагато перевищує дохід кожного з них і забезпечує повністю її потреби. Вважаємо, що таке правило може бути застосоване бодай за умови обов'язкової згоди на це самої дитини. Адже дитина не повинна самостійно себе утримувати у будь-який спосіб. Крім того, відповідно до розглянутої ситуації, аналізована стаття має бути також доповнена положенням про звільнення дитини від обов'язку щодо утримання батьків у майбутньому (ст. ст. 202–206 СК України).

Відмова від аліментів на дитину – явище доволі рідкісне і несе негативні наслідки для отримувача аліментів. Адже аліменти на дитину – це кошти, що є власністю дитини, призначені для її утримання і розвитку, на відміну від аліментів на утримання одного із подружжя (ст. 84 СК України). Сплачуючи аліменти, їх платник у такий спосіб здійснює свій обов'язок по утриманню дитини і бере участь у її вихованні.

Водночас допускається добровільний порядок сплати аліментів. Це можливо здійснити двома способами: без судового розгляду, шляхом домовленості між батьками, або згодом – у процесі примусового виконання судового рішення стягувач може забрати виконавчий лист у виконавчій службі, а боржник у подальшому добровільно сплачуватиме аліменти.

II. Проблемні питання щодо застосування ч. 2 ст. 195 СК України. Складним є питання про стягнення аліментів (ч. 2 ст. 195 СК

України) і додаткових витрат на утримання дитини (ст. 185 СК України) з особи, яка ніде не працює, не має жодного іншого доходу і майна. При цьому дитина потребує такого утримання, відповідні платежі є її власністю і засобом до існування. Водночас, як свідчить судова практика, боржники (той або та із батьків, з ким дитина не проживає) досить часто офіційно не працюють, приховують свої доходи, а все придбане майно, у тому числі нерухоме, оформляють на родичів, ведуть розкішне життя, ні в чому собі не відмовляючи. І примусово стягнути з такої особи кошти на утримання дитини є доволі складним процесом. Платники аліментів вигадують численні схеми, за якими намагаються уникнути від сплати реального розміру аліментів: звільняються з роботи, працюють неофіційно, оформляють догляд за престарілими родичами тощо.

Саме так вчинив боржник Б. – спочатку став на облік в центрі зайнятості (ніби з наміром підшукати роботу), а потім оформив догляд за своєю бабою. Законом передбачено, що особа, яка перебуває на обліку в центрі зайнятості, або яка здійснює догляд за особою відповідно до законодавства, має статус непрацюючої особи; до такої особи застосовуються положення ч. 2 ст. 195 СК України. Натомість боржник Б., який до цього мав власний бізнес, а потім став злісно ухилятися від сплати аліментів, стверджував, що він «фактично є працюючою особою і тому до нього має застосовуватися ч. 1 ст. 195 СК України».

Недобросовісна позиція боржника Б. спростовуються такими доводами.

Заборгованість за аліментами, присудженими у частці від заробітку (доходу), визначається виходячи з фактичного заробітку (доходу), який платник аліментів одержував за час, протягом якого не провадилося їх стягнення, незалежно від того, одержано такий заробіток (дохід) в Україні чи за кордоном (ч. 1 ст. 195 СК України).

Заборгованість за аліментами платника аліментів, який не працював на час виникнення заборгованості або є фізичною особою – підприємцем і перебуває на спрощеній системі оподаткування, або є громадянином України, який одержує заробіток (дохід) у державі, з якою Україна не має договору про правову допомогу, визначається

виходячи із середньої заробітної плати працівника для даної місцевості (ч. 2 ст. 195 СК України).

Особи, що перебувають на обліку в центрі зайнятості, отримують допомогу по безробіттю і такі громадяни є *непрацюючими працездатними особами*. Відповідно до ст. 43 Закону України «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 р.⁵⁰⁵ безробітною є особа віком від 15 до 70 років, яка через відсутність роботи не має заробітку або інших передбачених законодавством доходів як джерела існування, готова та здатна приступити до роботи.

Статус безробітного (*непрацюючої працездатної особи*) надається зазначеним особам за їх особистою заявою у разі відсутності підходящої роботи з першого дня реєстрації у територіальних органах центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, незалежно від зареєстрованого місця проживання чи місця перебування.

Право на допомогу по безробіттю мають застраховані особи, визнані у встановленому порядку безробітними, які протягом 12 місяців до початку безробіття, працювали на умовах повного або неповного робочого дня (тижня) не менше 26 календарних тижнів та сплачували страхові внески.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про зайнятість населення» до зайнятого населення належать як особи, які працюють, так і непрацюючі працездатні особи. У нашому випадку боржник є непрацюючим. До зайнятого населення, зокрема, належать:

непрацюючі працездатні особи, які фактично здійснюють догляд за дитиною з інвалідністю, особою з інвалідністю I групи або за особою похилого віку, яка за висновком медичного закладу потребує постійного стороннього догляду або досягла 80-річного віку, та отримують допомогу, компенсацію та/або надбавку відповідно до законодавства;

особа, яка проживає разом з особою з інвалідністю I чи II групи внаслідок психічного розладу, яка за висновком лікарської комісії

⁵⁰⁵ Про зайнятість населення: Закон України від 5 липня 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 24. ст. 243. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5067-17#Text>

медичного закладу потребує постійного стороннього догляду, та одержує грошову допомогу на догляд за нею відповідно до законодавства.

Згідно з п. 9 ст. 11 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню підлягають, зокрема: *непрацюючі працездатні особи*, які здійснюють догляд за особою з інвалідністю I групи або за особою, яка досягла пенсійного віку, встановленого ст. 26 цього Закону, та за висновком закладу охорони здоров'я потребує постійного стороннього догляду, якщо такі непрацюючі працездатні особи отримують допомогу, надбавку або компенсацію відповідно до законодавства.

Той факт, що непрацююча працездатна особа, яка здійснює зазначений догляд, підлягає загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню, а сам цей час догляду зараховується до страхового стажу, не надає такій особі статусу особи, що працює.

Отже, працездатна особа, яка доглядає за особою з інвалідністю I чи 2 групи внаслідок психічного розладу, або за особою з інвалідністю I групи чи за особою, яка досягла 80-річного віку, *чинним законодавством однозначно визначається як непрацююча працездатна особа.*

Боржник Б. є непрацюючою працездатною особою, яка доглядає за особою з інвалідністю I чи 2 групи внаслідок психічного розладу, або за особою з інвалідністю I групи чи за особою, яка досягла 80-річного віку. І до нього має застосовуватись ч. 2 ст. 195 Сімейного кодексу України. Відповідно до ст. 71 Закону «Про виконавче провадження» порядок стягнення аліментів визначається законом.

Отже, ч. 2 ст. 195 СК України підлягає застосуванню у випадку, коли судом призначено розмір щомісячних аліментів у часті від заробітку (доходу), а боржник не працює. Тоді сума аліментів визначається виходячи із середньої заробітної плати працівника для даної місцевості.

Якщо боржник є непрацюючою працездатною особою, яка доглядає за особою з інвалідністю I чи 2 групи внаслідок психічного розладу, або за особою з інвалідністю I групи чи за особою, яка досягла 80-річного віку, він належить саме до категорії зайнятого,

але непрацюючого населення. Тому для обчислення суми аліментів та заборгованості по їх сплаті також має застосовуватись положення ч. 2 ст. 195 СК України.

У контексті проаналізованого важливим, на нашу думку, є з'ясування питання про первинність обов'язку боржника щодо утримання саме дитини, а не баби: *власне утримання дитини є для боржника Б. (батька дитини) пріоритетним обов'язком порівняно з турботою щодо інших його родичів* (детально про це – у підрозділі 4.5 «Порівняння цивільно-правової та кримінально-правової політики»).

Додатково звертаємо увагу на те, що судовою практикою також сформовано підхід, за яким: у випадку, якщо боржник офіційно не працює, то відсутні підстави для визначення заборгованості за аліментами згідно ч. 1 ст. 195 СК України; правильним є застосування ч. 2 ст. 195 СК України. Той факт, що непрацюючі працездатні особи, які здійснюють догляд за інвалідом першої групи, підлягають загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню, а час догляду за інвалідом I групи зараховується до стажу роботи, не свідчить про неправомірність дій державного виконавця щодо нарахування аліментів скаржнику⁵⁰⁶.

15 березня 2019 р. Верховний Суд підтримав зазначену позицію апеляційного суду і зазначив, що в аналізованих правовідносинах застосування норм Закону України «Про виконавче провадження» та СК України є правильним і не викликає розумних сумнівів щодо їх застосування чи тлумачення⁵⁰⁷. Предметом розгляду справ ініційованих боржником Б., є аналогічні обставини.

III. Оскарження постанови територіального управління юстиції з питань державної виконавчої служби про передачу матеріалів виконавчого провадження з одного територіального

⁵⁰⁶ Рішення Хмельницького апеляційного суду від 24 січня 2019 р. Справа № 683/1782/16-ц. Провадження № 22-ц/4820/163/URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79423282>

⁵⁰⁷ Рішення Верховного Суду від 15 березня 2019 р. Справа № 683/1782/16-ц. Провадження № 61-4475ск19 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80715902>

підрозділу до іншого. Протягом багатьох років державний виконавець, яка здійснювала виконавче провадження про стягнення аліментів, будучи службовою особою, не виконувала або ж неналежно виконувала свої службові обов'язки через несумлінне ставлення до них, що спричинило тяжкі наслідки охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян – стягувачу та її малолітній дитині (ч. 2 ст. 367 КК України). Незаконні дії державного виконавця були оскаржені стягувачем. Також вона звернулася до правоохоронних органів із заявою про притягнення державного виконавця до кримінальної відповідальності; було порушено відповідне кримінальне провадження.

Після неодноразових безрезультатних звернень до відділу ДВС, який здійснював виконавче провадження, стягувач звернулася зі скаргою до Міністерства юстиції України. В одержаній відповіді наголошувалося на нехтуванні державним виконавцем судового рішення і недотримання вимог ч. 2 ст. 195 СК України, зобов'язано її усунути недоліки у визначений строк. Також, з метою запобігання подібним порушенням, від керівника відділу вимагалось провести оперативну нараду з підлеглими; попереджено про відповідальність за недотримання вимог законодавства. Однак державні виконавці продовжували порушувати закон і, по суті, ігнорували судові рішення.

Враховуючи зазначені обставини, відповідальна службова особа ухвалила рішення про передачу виконавчого провадження щодо боржника Б. (для організації подальшого виконання) до відділу примусового виконання рішень Управління державної виконавчої служби Головного територіального управління юстиції у відповідній області.

Боржник Б. оскаржив це рішення в судовому порядку, постанову про передачу виконавчого провадження було скасовано. У доволі спірних судових рішеннях з цього питання обґрунтування базувалося на «недостатній вмотивованості постанови про передачу» матеріалів виконавчого провадження.

У подальших численних судових процесах щодо оскарження розрахунків заборгованості, боржник Б. апелював до зазначених судових рішень. Факт скасування судами постанови про передачу

матеріалів виконавчого провадження до іншого підрозділу і визнання неправомірними дій відповідальної службової особи, яка ухвалила таке рішення, має своїм наслідком, стверджував боржник Б., також визнання всіх дій державного виконавця, вчинених у відповідний період, неправомірними.

Такі дії боржника суперечать чинному законодавству, судовій практиці та правовій доктрині. Для з'ясування суті справи, що розглядається, передусім пропонуємо до уваги таку ситуацію.

Наприклад, в установленому порядку результати чергового конкурсу на зайняття вакантної посади судді були визнані незаконними, а відповідний акт щодо призначення особи на посаду судді – неправомірним; на підставі цього рішення акт про його призначення був скасований і суддя звільнений із займаної посади. Водночас суддя, перебуваючи на посаді, здійснюючи свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України, вже ухвалив низку рішень, що вступили в законну силу. Хіба звільнення спеціаліста з посади судді потягне за собою скасування ухвалених ним рішень?

Звісно, що ні. Зроблений висновок ґрунтується на таких доводах.

1. Йдеться про дії різних службових осіб – державного виконавця і його начальника. Визнання судом неправомірними дій щодо передачі виконавчого провадження до іншого підрозділу не тягне за собою визнання неправомірними інших дій, вчинених державним виконавцем упродовж чинності постанови про таку передачу. Певні дії (розрахунок заборгованості, ухвалення обмежувальних постанов тощо) були вчинені службовою особою, ґрунтуючись на законі, в межах правового поля. Це підтверджується відповідними рішеннями судів першої та апеляційної інстанцій, які визнали правомірними дії державного виконавця щодо здійснення розрахунку заборгованості.

Наприклад, у рішенні Шевченківського районного суду м. Києва від 13 грудня 2019 р., зокрема, зазначено: «... під час вчинення дій щодо проведення розрахунку заборгованості зі сплати аліментів від 05.12.2018 р. у виконавчому провадженні №..., які оскаржуються, виконуючий обов'язки начальника діяв у відповідності до вимог Закону України «Про виконавче провадження» та в межах своїх повноважень, а тому суд вважає, що права та свободи заявника

вказаними діями порушені не були, у зв'язку із чим відмовляє у задоволенні скарги»⁵⁰⁸.

2. Для правильного вирішення аналізованої справи необхідно керуватися принципом верховенства права. Передусім важливо з'ясувати питання стосовно ознак нормативності правових актів та критеріїв розмежування нормативних і ненормативних правових актів.

З цього приводу Конституційний Суд України сформулював таку правову позицію: «... за своєю природою ненормативні правові акти, на відміну від нормативних, встановлюють не загальні правила поведінки, а конкретні приписи, звернені до окремого індивіда чи юридичної особи, застосовуються одноразово й після реалізації вичерпують свою дію»⁵⁰⁹.

Отже, у разі скасування правових актів з ретроспективним ефектом правові наслідки були б не прогнозованими; іншими словами, був би підірваний принцип юридичної визначеності. У нашому випадку це означає, що постанова про передачу матеріалів виконавчого провадження визнається судом неправомірним (нечинним) актом на майбутнє і водночас чинним до цього – протягом певного проміжку часу, власне до скасування зазначеної постанови судом.

Жоден акт управління не може підмінити своїм регулюванням закон. Державний виконавець, повторюємо, здійснював свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України, ухвалив низку рішень, що вступили в законну силу.

3. Не потребує доказуванню теза про те, що ухвалені суперечливі рішення не можуть відповідати закону: адже тільки одна

⁵⁰⁸ Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 13 грудня 2019 р. Справа № 2610/27695/2012. Провадження № 4-с/761/281/2019.

⁵⁰⁹ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення підпункту 2 пункту 3 розділу IV Закону України «Про Конституційний Суд України» стосовно правових актів органів Верховної Ради України (справа про акти органів Верховної Ради України) від 23 червня 1997 р. № 2-зп. (абзац четвертий пункту 1 мотивувальної частини Рішення). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-97#Text>

(єдина) інтерпретація закону за однотипними казусами може бути правильною. Ухвалюючи різні суперечливі рішення з однотипних правових питань, суди діють не на законних підставах, підмінюють закон власними ідеями й волею окремих суддів.

Як зазначено у рішенні ЄСПЛ у справі «Салов проти України», передбачуваність – центральна характеристика права. Фактично це означає, що в будь-якому судовому спорі суди зобов'язані застосовувати й інтерпретувати положення законів згідно з усталеною судовою практикою.

Наразі існують численні судові рішення, що набрали законної сили і є преюдиційними у справі боржника Б. Адже відповідно до ч. 4 ст. 82 ЦПК України «обставини, встановлені рішенням суду у господарській, цивільній або адміністративній справі, що набрало законної сили, не доказуються при розгляді іншої справи, у якій беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини, якщо інше не встановлено законом». Справи розглядались судом по суті, були дослідженні всі ті обставини, на які боржник знову посилається.

Враховуючи викладене, безперечним є той факт, що постанова територіального управління юстиції з питань державної виконавчої служби про передачу матеріалів виконавчого провадження з одного територіального підрозділу до іншого не є нормативно-правовим актом; це акт індивідуальної дії (акт управління, адміністративний акт). Як впливає з правової позиції Конституційного Суду України, факт одноразового застосування індивідуального правового акта є юридичним фактом вичерпання його дії. Постанова про передачу матеріалів виконавчого провадження вичерпала свою дію саме реальним виконанням її приписів щодо юрисдикційних питань управлінського характеру. Відповідно і судові рішення, яким скасовано цей адміністративний акт, не поширюється (і не могло поширюватись) на правовідносини, що виникли до цього – під час дії постанови, що згодом була скасована. Тобто між визнанням судом факту неправомірності передачі виконавчого провадження та здійсненням виконавчих дій у цей період не існує жодної кореляції.

IV. Відрахування податків, зборів (обов'язкових платежів) «із середньої заробітної плати працівника для даної місцевості»

(ч. 2 ст. 195 СК України) не можуть і не мають здійснюватися. Натомість боржник Б. у своїх скаргах постійно наполягав на необхідності здійснювати такі відрахування.

У ч. 1 ст. 70 Закону «Про виконавче провадження» йдеться про відрахування із заробітної плати, яку насправді одержує конкретна особа за якусь реально виконану роботу. Це – загальна норма. У ч. 2 ст. 195 СК України йдеться про іншу категорію, а саме про середню заробітну плату працівника для даної місцевості. Це – спеціальна норма.

Тут законодавець використовує інший підхід для обрахунку заборгованості зі сплати аліментів певної категорії боржників.

Середня заробітна плата – умовний, статистичний показник (остаточний критерій), який стосується абстрактного «працівника для даної місцевості», а не конкретно визначеної особи. Боржник Б., на якого поширюється цей підхід, не виконував якусь реальну роботу, отже – і не заробив зазначену «середню заробітну плату». Тому з неї не потрібно і недопустимо відраховувати якісь податки. Та й неможливо здійснити подібні розрахунки.

Також необхідно взяти до уваги, що відповідно до методології визначення аналізованого показника середньооблікова кількість штатних працівників охоплює осіб, які перебувають у трудових відносинах із підприємством і отримують заробітну плату. У цій кількості не враховуються працівники, які працюють за цивільно-правовими договорами, сумісництвом, а також тимчасово відсутні, за якими зберігається місце роботи (перебувають у відпустках у зв'язку з вагітністю та пологами або для догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку). Зайнятий працівник ураховується тільки один раз за місцем основної роботи, незалежно від строку трудового договору та тривалості робочого часу. Показник охоплює лише інформацію щодо юридичних осіб та відокремлених підрозділів юридичних осіб із кількістю найманих працівників 10 і більше осіб.

Якщо теоретично спробувати із «середньої заробітної плати працівника для даної місцевості» відрахувати податки, збори (обов'язкові платежі), то неодмінно постає запитання: а як це зробити, який підхід реалізувати?

По-перше, є податки, які перераховує у бюджет роботодавець із заробітної плати. До них належать:

податок на доходи фізичних осіб (ПДФО) у розмірі 18% від заробітної плати;

єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (єдиний соціальний внесок – ЄСВ) – 22%;

військовий збір – 1,5%.

По-друге, є податки з фізичних осіб-підприємців (ФОП). Вони сплачують єдиний податок (ЄП) та ЄСВ самостійно залежно від особливостей діяльності, а також ПДФО та військовий збір за умови загальної системи оподаткування.

По-третє, законодавством визначено різний підхід до обчислення розміру податків, зборів (обов'язкових платежів) залежно від статусу працівників чи виконуваної роботи. Наприклад: працівник – мати, яка виховує двох неповнолітніх дітей, одна з яких є інвалідом; працівники – чоловік і дружина, які працюють у одного роботодавця та виховують трьох дітей віком до 18 років; особа працює на умовах неповного робочого часу; фізична особа упродовж певного періоду надала послуги (чи виконала роботу) на умовах договору цивільно-правового характеру; працівник є особою, що віднесена законом до другої категорії осіб, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи; працівник – учасник операції Об'єднаних сил (або учасник АТО).

По-четверте, «прив'язувати» реальних осіб (боржників) до абстрактної, статистичної категорії – «середньої заробітної плати працівника для даної місцевості» з метою обчислення відповідного розміру податків, зборів (обов'язкових платежів) є неприйнятним, оскільки це не передбачено законодавством. Не заробили боржники такого преміювання.

На підставі викладеного слід визнати: власне середня заробітна плата працівника для даної місцевості, як самостійний статистичний критерій (показник), має братися для обрахунку заборгованості зі сплати аліментів боржників, передбачених ч. 2 ст. 195 СК України, – без будь-яких відрахувань (податків, зборів, єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування) із такої середньої зарплати.

В аспекті аналізованого питання може бути корисною правова позиція Верховного Суду, яка стосується дещо іншого питання, але яка свідчить про помилковість покладення на державного виконавця обов'язку здійснювати розрахунок заборгованості та виконувати при цьому повноваження бухгалтера щодо утримання податків і зборів.

На підставі системного аналізу відповідних юридичних норм Верховний Суд дійшов висновку, що суми, які суд визначає до стягнення з роботодавця на користь працівника як середній заробіток за час вимушеного прогулу, розраховуються без віднімання сум податків і зборів. Податки і збори із суми середнього заробітку повинен нарахувати роботодавець під час виконання відповідного судового рішення⁵¹⁰.

У зазначеній постанові розглядається спір, що виник між підприємством і державною виконавчою службою. Тобто йдеться про реального роботодавця, а також про реального працівника, який насправді виконував певну роботу на конкретному підприємстві, і якому нарахована реальна середня заробітна плата.

В аналізованій справі вирішуються питання щодо середньої заробітної плати і хто має здійснювати відповідні відрахування: суд, державний виконавець чи роботодавець.

І суд постановив, що в судовому рішенні має зазначатися розмір середньої заробітної плати без будь-яких відрахувань. А самі відрахування має здійснювати не суд чи державний виконавець, а працедавець.

У випадку, коли боржник працює, так і відбувається. Однак у нашій ситуації боржник є непрацюючою особою, відповідно немає працедавця, який мав би здійснювати відрахування.

Державний виконавець є посадовою особою і здійснює свою діяльність у межах, визначених законом. Він не є бухгалтером чи фахівцем з питань оподаткування. В його обов'язки не входить здійснення будь-яких відрахувань. Саме тому в розрахунок заборгованості державним виконавцем правомірно вносяться відомості

⁵¹⁰ Постанова Верховного Суду від 18 липня 2018 р. Справа № 359/10023/16-ц, Провадження № 61-14794св18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75690203>

щодо відповідної середньої заробітної плати для даної місцевості без здійснення відрахувань податків і зборів.

Ситуація щодо застосування положень ч. 2 ст. 195 СК України є принципово іншою, її застосування не передбачає жодних відрахувань. Саме на ці обставини звернув увагу Верховний Суд у своєму рішенні від 14 липня 2020 р.: «У випадку, коли платник аліментів не працює, розмір щомісячних платежів встановлюється за приписами статті 71 Закону України «Про виконавче провадження» та частини другої статті 195 СК України, згідно з якими не передбачено зменшення суми середньомісячного заробітку у даній місцевості на суму видатків, що зазвичай сплачуються із фактично отриманого доходу платника, як це встановлено для платників за приписами частини першої статті 70 цього Закону»⁵¹¹.

V. Проблеми визначення місця проживання дитини, отримання дозволу для тимчасового виїзду дитини за кордон, а також участі батьків у вихованні дитини. Норми сімейного та цивільного вітчизняного законодавства в унісон із міжнародними нормами встановлюють примат інтересів дитини. Проте, на жаль, аналіз судової практики та цивільного процесуального законодавства свідчить про інше.

У зв'язку з ухваленням нової редакції ЦПК України⁵¹² відбулися певні позитивні зміни у частині віднесення до альтернативної підсудності не лише справ щодо стягнення аліментів та розірвання шлюбу, якщо на утриманні позивача є малолітні або неповнолітні діти. Перелік справ щодо вибору підсудності на розсуд позивача

⁵¹¹ Див.: Ухвала Верховного Суду у складі колегії суддів Трьох судів судової палати Касаційного цивільного суду від 14 липня 2020 р. Справа № 664/2751/16-ц. Провадження № 61-6274ск20. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=90410908&red=100003b11a416ddb8b735e7644977af69e5f58&d=5>

⁵¹² Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#n2972>

логічно доповнено справами щодо оплати додаткових витрат на дитину, індексації аліментів, зміни способу їх стягнення (ст. 28 ЦПК України). Раніше існувала парадоксальна ситуація, коли позови про стягнення аліментів подавалися за альтернативною підсудністю. А справи щодо перегляду розміру аліментів, їх індексацію чи зміну способу їх стягнення – на загальних підставах, тобто за місцем проживання відповідача. Про який доступ до правосуддя могла йти мова, якщо причина, за якої робився виняток із загального правила про підсудність справ (наявність неповнолітньої чи малолітньої дитини), нікуди не зникала? Отже, зазначені зміни процесуального законодавства довгоочікувані та позитивні.

Водночас, з незрозумілих причин, ціла низка проблемних питань стосовно доступу до правосуддя з метою захисту прав та інтересів дитини, так і залишилася за межами уваги законодавця. Йдеться, зокрема, про загальну підсудність для справ про визначення місця проживання дитини та про отримання дозволу на тимчасовий виїзд дитини за межі України без згоди та супроводу одного із батьків. Ці справи все ще розглядаються за правилами загальної підсудності, тобто за місцем проживання відповідача.

Вважаємо, що *визначення місця проживання дитини* доцільно розглядати одночасно з розірванням шлюбу, тобто у межах одного провадження. При цьому в законодавстві необхідно встановити обов'язковість вирішення цього питання, навіть за відсутності спору між сторонами на момент судового розгляду справи про розірвання шлюбу. У такий спосіб можна (певною мірою) захистити інтереси дитини на майбутнє. Наразі аналіз судової практики, на жаль, свідчить про непрофесіоналізм окремих суддів, які нерідко роз'єднують позовні вимоги, виокремлюючи питання про визначення місця проживання дитини в окреме провадження. Тобто предмет спору дробиться, вирішення елементарної справи здійснюється за межами розумних строків, перетворюється в тривалі процеси і як наслідок – порушуються права дитини. Адже йдеться про важливий юридичний факт, з яким пов'язаний цілий комплекс питань (вибір дитячого садочка, школи, поліклініки; виплата соціальних пільг та інше). І в такому випадку позивач має звертатись до відповідача за місцем проживання останнього, що не просто обмежує доступ до

правосуддя, а подекуди й унеможливило його взагалі. Наприклад, якщо відповідач проживає в іншій місцевості або на тимчасово окупованій території.

Стосовно позовних заяв про *отримання дозволу на виїзд дитини за кордон* необхідно зазначити, що ситуація з їх розглядом і вирішенням таких справ по суті ще більш ускладнена. Здебільшого відповідач спеціально доводить справу до суду, добровільно не надаючи дозволу на виїзд дитини за кордон. А в судовому процесі він, як правило, всіяко затягує розгляд справи, аби дошкулити колишньому з подружжя, тим самим зловживає своїми процесуальними правами (ст. 44 ЦПК України), порушує права дитини на оздоровлення, розвиток, відпочинок тощо. Судова практика також не надихає потенційних позивачів звертатися до суду, оскільки для успішного розгляду такої справи в суді вимагається, аби особа обґрунтувала мету та необхідність поїздки за кордон, надала докази про свої наміри: придбала туристичну чи іншу путівку, забронювала квитки на літак і місце в готелі тощо.

Без вчинення зазначених дій суд з високим ступенем імовірності відмовить у задоволенні позову з тих міркувань, що позивачем не було доведено факт планування такої подорожі, її доцільність, а також не надано докази про обов'язкове повернення дитини до України. При цьому туристичні путівки починають продавати в кінці січня – на початку лютого щороку. Уявімо, що позивач купує таку путівку, подає позовну заяву до суду, що розташований в іншій місцевості, за місцем проживання відповідача. Не будь-який суд (з технічних причин) може забезпечити позивачеві участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції (ст. 212 ЦПК України). І розпочинаються суворі будні позивача, пройшовши через які, особа навряд чи зважиться повторити цей шлях знову.

Також легко передбачити: яким би не було рішення суду, воно буде оскаржене до апеляційної інстанції однією чи іншою стороною. В обох випадках відповідач продовжить затягувати розгляд справи. І якщо навіть рішення буде на користь позивача, то восени такий дозвіл дитині вже не потрібний. Адже зазвичай дозвіл береться на період літніх канікул дитини. В розглянутій ситуації позивач, окрім всього іншого, ризикує втратити кошти, сплачені за туристичну

путівку – така ймовірність є не лише у разі негативного для позивача рішення, а й тоді, коли закінчиться строк дії путівки.

Нерідко трапляються й інші життєві ситуації. Якщо, наприклад, з'являється нагода відпочити за кордоном – в дитячому таборі, або взяти участь у спортивних змаганнях, наукових заходах (конференції, семінарі, олімпіаді тощо), хіба їх можна завжди передбачити і запланувати, а потім – встигнути, своєчасно одержати необхідний дозвіл в судовому порядку? Про «гарячі путівки» за вигідною ціною взагалі не йдеться.

Отже, роблячи все можливе, щоб тимчасово виїхати разом з дитиною за межі України для її відпочинку, оздоровлення та загального розвитку, позивач виконує свій материнський (чи батьківський) обов'язок, проте відповідач своїми безпідставними діями (бездіяльністю) позбавляє позивача такої змоги. Наслідком може стати заподіяння шкоди здоров'ю (зокрема, психічному) або навіть життю дитини. По суті, такі дії містять ознаки домашнього насильства – складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК України⁵¹³.

Питання про надання судом дозволу на тимчасовий виїзд дитини за межі України без згоди батька неодноразово були предметом розгляду вищих судових інстанцій, однак не стосувалися аналізованих нами аспектів⁵¹⁴. Більше того, згідно із Законом від 15 січня 2020 р. № 460-IX такі «справи незначної складності» зазвичай визнаються малозначними (п. 2 ч. 6 ст. 19 ЦПК України). Також у цій статті малозначними справами визнано, зокрема, «справи про стягнення аліментів, збільшення їх розміру, оплату додаткових

⁵¹³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 11-ге вид., переробл. та допов. К.: ВД «Дакор», 2019. С. 386–393.

⁵¹⁴ Див., зокрема: Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 16 березня 2016 р. Справа № 6-33303ск15. URL: http://protokol.com.ua/ua/nadano_dozvil_na_viizd_za_megi_ukraini_povopolitnoi_ditini/ (дата звернення: 03.05.2018); Постанова Верховного Суду України від 23 квітня 2018 р. Справа № 705/2898/17. Провадження № 61-14081св18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73565414>

витрат на дитину, стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів, індексацію аліментів, зміну способу їх стягнення, якщо такі вимоги не пов'язані із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства)».

Судові рішення у малозначних справах (крім окремих випадків) не підлягають касаційному оскарженню (п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК України). Саме на цій підставі (відповідно до неправового закону права та інтереси дитини в Україні визнано малозначними) Верховний Суд відмовив у розгляді касаційної скарги позивача⁵¹⁵ на рішення Львівського апеляційного суду від 18 жовтня 2019 р. Останній задовольнив вимоги боржника Б. і стягнув, по суті, з дитини кошти, що були витрачені ним на адвокатські послуги під час розгляду справи про надання дозволу на тимчасовий виїзд дитини за кордон без супроводу батька. Позивач (мати) не одержала такого дозволу в суді і вимушена була оплатити ці витрати «колишнього» на його користь у сумі 6750 грн (а також понад 1 тис. грн. на користь держави за здійснення виконавчого провадження), відібравши зазначені кошти у малолітнього сина⁵¹⁶.

Подібна соціальна патологія стала можливою через те, що аналізована та інші подібні справи віднесені законодавцем до категорії малозначних справ. Загалом **проблематика дитини (її права та інтереси)** як предмет касаційної скарги не «стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики»; така справа не «становить значний суспільний інтерес»; також заперечується, що вона «має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу» (підпункти «а» і «в» п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК України).

На нашу думку, вкрай важливо із ЦПК України вилучити положення про віднесення справ, що стосуються прав та інтересів дитини, до категорії малозначних справ. Вважаємо неприпустимою наявність

⁵¹⁵ Див.: Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного цивільного суду від 27 листопада 2019 р. Справа № 456/149/19. Провадження № 61-20497ск19.

⁵¹⁶ Постанова Львівського апеляційного суду від 18 жовтня 2019 р. Справа № 456/149/19. Провадження № 22-ц/811/1834/19.

теперішнього становища, за якого судові рішення у зазначених справах фактично не підлягають касаційному оскарженню.

Також необхідно передбачити обов'язок суду оперативно надавати дозвіл на виїзд дитини тому з батьків, з ким проживає дитина (її місце проживання визначено судом), – без попередньої купівлі путівки чи авіаквитків у випадку, якщо такий виїзд є разовим, тимчасовим, недовготривалим, із зазначенням конкретної країни та періоду, наприклад: «... до Республіки Туреччина, строком на два тижні у період з липня по серпень 2018 р.».

Отже, цивільне процесуальне законодавство потребує подальших нагальних коректив у частині підсудності окреслених категорій справ – вони мають розглядатися за місцем проживання дитини. Також для справ, що стосуються отримання разового дозволу на тимчасовий виїзд дитини за кордон без згоди та супроводу одного із батьків, необхідно запровадити спрощений порядок їх розгляду – максимальний строк розгляду в кожній інстанції має бути не більше тридцяти діб. У такий спосіб буде дотримано пріоритетність прав та інтересів дитини. Врахування цього принципу і необхідність діяти відповідно до нього вимагається від усіх учасників судового процесу. Все це сприятиме дотриманню принципу доступності правосуддя, на якому акцентовано, зокрема, в документі Венеційської комісії «Rule of Law Checklist»⁵¹⁷ («Мірило правовладдя») та Національній доповіді 2017 р. «Цілі Сталого Розвитку: Україна»⁵¹⁸.

Не менш складним є питання щодо *визначення режиму спілкування з дитиною* того з батьків, хто з нею не проживає. Права батьків

⁵¹⁷ Див.: Rule of law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11 – 12 March 2016). Strasbourg, 18 March 2016. P. 53 [Electronic resource]. Access mode: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)

Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Ухвалено Венеційською комісією на 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11–12 березня 2016 р.) / переклад з англійської Сергія Головатого. USAID, червень 2017. 163 с. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf

⁵¹⁸ Цілі Сталого Розвитку: Україна. Національна доповідь 2017. Київ: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, 2017. 174 с. URL: http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReportUA_Web_1.pdf

дитини мають у цих відносинах другорядне значення. Первинними є права та інтереси дитини. Аналіз судової практики свідчить про те, що по-перше, більшість суддів, нехтують законодавчою вимогою про обов'язковість вмотивування ухваленого рішення. Зокрема, сторона з якою проживає дитина, наголошує на її обов'язковій участі під час зустрічей іншого з батьків. В якості обґрунтування такої вимоги наводяться, наприклад, особливості стану здоров'я малолітньої дитини (серед іншого, необхідність контролю за своєчасним прийманням ліків), її вік, зловживання іншим із батьків алкоголем чи наркотичними засобами тощо. Доволі часто спостерігається ситуація, коли суд, не обґрунтовуючи своєї позиції, не зважає на зазначені доводи сторони і повністю задовольняє позовні вимоги позивача, зокрема, щодо зустрічей із дитиною без присутності матері. У такий спосіб суд ставить права та інтереси батька (чи матері) вище, аніж права та інтереси дитини.

Зазвичай цивільні справи про встановлення форм участі у вихованні дитини ініціює особа, з якою дитина не проживає. Мотиви позивача можуть бути різними (моральні й аморальні), але досить часто він думає не про права та інтереси дитини, а дбає про власні інтереси; нерідко і про те, як би дошкулити колишньому подружжю у такий спосіб. Саме тому суд, за результатами розгляду подібної справи, у своєму рішенні має чітко зазначити, що такі зустрічі, відповідно ч. 2 ст. 15 Закону України «Про охорону дитинства», – це форма участі особи у вихованні дитини.

Більше того, у рішенні необхідно акцентувати на такому: до ухвалення рішення суду (у подібних справах. – *Л. М.*) позивач має **право** на особисті зустрічі з дітьми. Після набрання рішенням чинності – це право **трансформується в обов'язок** позивача щодо права дитини на належне виховання.

Європейський суд з прав людини також зауважує, що між інтересами дитини та інтересами батьків повинна існувати справедлива рівновага і, дотримуючись такої рівноваги, особлива увага має бути до найважливіших інтересів дитини, які за своєю природою та важливістю мають переважати над інтересами

батьків (HUNT v UKRAINE, № 31111/04, § 54, ЄСПЛ, від 07 грудня 2006 р.)⁵¹⁹.

У висновках Верховного Суду України за 2 півріччя 2017 р. (п. 1.10.3.) наведено положення національного законодавства (статей 150, 155 СК України) та пунктів 1, 2 ст. 3 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 р., де встановлено, що в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини.

Батько і мати мають рівні права та обов'язки щодо своїх дітей. Предметом основної турботи та основним обов'язком батьків є забезпечення інтересів своєї дитини. Здійснюючи свої права та виконуючи обов'язки, батьки повинні передусім дбати про інтереси дитини, всупереч яким не можуть здійснюватись батьківські права (статті 150, 155 СК України).

На підставі аналізу зазначених норм та з урахуванням практики Європейського суду з прав людини Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України дійшла важливого висновку, що в рішеннях стосовно дітей їх найкращі інтереси повинні мати першочергове значення. При цьому найкращі інтереси дитини можуть, залежно від їх характеру та серйозності, перевищувати інтереси батьків (постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 29 листопада 2017 р. у справі № 6-1945цс17)⁵²⁰.

⁵¹⁹ Рішення Європейського Суду з прав людини. Справа «Хант проти України» від 7 грудня 2006 р. (Заява № 31111/04). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_126 (дата звернення: 28.02.2019).

⁵²⁰ Висновки Верховного Суду України, викладені в постановках, прийнятих за результатами розгляду справ із підстав, передбачених пунктами 1, 2, 4 частини першої статті 355 ЦПК України, за II півріччя 2017 р. URL: https://protocol.ua/ua/visnovki_verhovnogo_sudu_ukraini_vikladeni_v_postanovah_priinyatih_za_rezultatami_rozglyadu_sprav_iz_pidstav_peredbachenih_punktami_1_2_4_chastini_pershoi_statti_355_tspk_ukraini_za_ii_pivrichchya_2017_r/

На нашу думку, якщо особа не буде дотримуватись встановленого судом (за її позовом) графіку зустрічей з дитиною, є підстави для притягнення її до кримінальної відповідальності за невиконання рішення суду (ст. 382 КК України). Водночас необхідно наголосити на тому, що відповідач у таких справах має обов'язок не перешкоджати зустрічам іншого з батьків. У такий спосіб буде дотримано баланс інтересів всіх сторін: і дитини, і батьків.

Наразі судова практика в аналізованих справах складається таким чином, що здебільшого надається перевага захисту інтересів лише одного із батьків (позивача). У свою чергу, обов'язковість виконання рішення суду також покладається лише на одну особу (але вже того з батьків, з ким дитина проживає) і, як це не парадоксально, на дитину. Але ж судові рішення підлягає виконанню всіма сторонами та будь-якими органами чи посадовими особами. Такий нерівний підхід необхідно змінити і запровадити баланс трьох приватних інтересів – насамперед дитини, а також батька і матері. За цивільно-правовою термінологією, кредитором у таких відносинах має бути дитина, а сторону боржника представлятимуть обоє з батьків.

Таким чином, нами розглянуті окремі проблеми цивільного, сімейного і цивільного процесуального законодавства, що супроводжені вивченням деяких цивільних справ і матеріалів виконавчого провадження у сфері сімейних відносин. Для всебічного та об'єктивного сприйняття цих проблем вони доповнені відповідним ілюструванням. На нашу думку, цей практичний досвід є **унікальним** аналізом і свідченням наявності багатьох типових життєвих ситуацій, що безпосередньо пов'язані з приватними інтересами значної кількості наших громадян, зокрема і дітей. **Такий аналіз у вітчизняній доктрині проведено вперше.** Виявлені вади законодавства, подекуди його невідповідність людському розумінню справедливості, вимагають внесення до нього важливих і необхідних коректив. На цьому фоні багатьом вітчизняним суддям бракує знання законів і підзаконних актів, чіткого розуміння верховенства права, а то й просто елементарного уявлення про совість (то де вже тут «Ваша честь!»?). Комплексне і системне сприйняття зазначених проблем, дослідження останніх в аспекті стратегії і тактики їх розв'язання належить до актуальних завдань цивільно-правової політики.

4.4. Співвідношення цивільно-правової та фінансово-правової політики

Аналізуючи міжгалузеві проблеми вітчизняного законодавства у контексті цивільно-правової та фінансово-правової політики, маємо на меті розкрити суть взаємозв'язку цих видів правової політики та виявити свідчення взаємопроникнення публічних і приватних елементів у відповідних сферах правового регулювання.

Проблематика фінансово-правової політики досліджувалася, наприклад, такими вченими, як: Л. С. Дмитренко, М. В. Карасьова, Д. Є. Кошель, С. В. Мирошник, О. А. Музика-Стефанчук, І. В. Рукавишникова, Л. В. Трофімова, Н. Л. Шарандіна.

Насамперед вважаємо, що необхідно розмежовувати фінансову політику (як складову економічної політики держави; охоплює такі, зокрема, види державної політики, як: банківська, податкова, бюджетна, грошово-кредитна) та фінансово-правову політику – вид правової політики як діяльність держави, що має на меті забезпечення оптимального функціонування і розвитку фінансово-правових відносин та практики застосування відповідного законодавства.

На думку М. В. Карасьової, фінансове право, як і будь-яка інша галузь права, – явище політичне. У цьому аспекті політика є обов'язковою умовою формування будь-яких правових норм. Бюджетна правотворчість – це найбільш політизована сфера правотворчості⁵²¹. З приводу зазначеного становить інтерес відповідна діяльність законодавчої влади. Упродовж першої та другої сесії IX скликання Верховної Ради України (з 29 серпня 2019 р. по 17 січня 2020 р.) найбільш популярним комітетом став Комітет з питань фінансів, податкової та митної політики. Цей комітет був головним щодо опрацювання (проходження) у Парламенті 233 законопроектів (20 % усіх зареєстрованих)⁵²².

⁵²¹ Карасева М. В. Бюджетное и налоговое право (политический аспект). М.: Юристъ. 2003. С. 25, 45.

⁵²² Див.: Моніторинг законотворчої діяльності Верховної Ради: перші дві сесії IX скликання. URL: <https://parlament.org.ua/2020/02/19/monitoryng-zakonotvorchoyi-diyalnosti-verhovnoyi-rady-pershi-dvi-sesiyi-ih-sklykannya/> (дата звернення: 19.02.2020).

Важливо зазначити, що вітчизняні вчені-економісти досліджують фінансову політику як складову економічної політики держави, визначають роль і місце фінансової політики в системі економічної науки⁵²³. Зокрема, у докторській дисертації Д. В. Ваньковича стверджується, що «фінансова політика – це діяльність держави в особі відповідних інституцій (КМУ, Міністерства фінансів України, Рахункової палати України, Державної казначейської служби України, Державної фіскальної служби України тощо) стосовно реорганізації та регулювання фінансових відносин у суспільстві відповідно до реалій стратегії соціально-економічного розвитку»⁵²⁴. Автор цього дослідження також наводить 47 дефініцій поняття «фінансова політика», запропонованих в економічній науці, які так чи інакше відрізняються між собою⁵²⁵. На нашу думку, у правознавстві слід врахувати наявний термінологічний фактор – доцільно використовувати термін «фінансово-правова політика». Є підстави вважати, що цей вид правової політики охоплює, наприклад, такі її різновиди, як бюджетно-правова політика, банківсько-правова політика, кредитно-правова політика, правова політика у сфері оподаткування.

Фінансова політика (у розумінні різновиду правової політики. – Л. М.), як пише правознавець О. А. Музика-Стефанчук, це сукупність заходів держави стосовно організації та використання фінансів,

⁵²³ Сидор Ірина. Фінансова політика держави: теоретичні аспекти та практична реалізація в Україні. *Світ фінансів*. 2009. 4 грудня. С. 44–53; Сіташ Т. Д. Фінансова політика держави: прагматика та проблематика. *Академічний огляд*. 2015. № 1 (42). С. 29–34; Ванькович Д. В. Теоретико-методологічні засади та механізм реалізації фінансової політики в Україні: автореф. дис.... докт. екон. наук: 08.00.08 – гроші, фінанси і кредит: Львів. нац. ун-т імені Івана Франка. Львів, 2015. 41 с.; Кобеля М. Я. Теоретичні положення та суть фінансової політики держави. *Економіка та держава*. 2020 № 3. С. 160 – 164.

⁵²⁴ Ванькович Д. В. Теоретико-методологічні засади та механізм реалізації фінансової політики в Україні: дис.... докт. екон. наук: 08.00.08 – гроші, фінанси і кредит: Львів. нац. ун-т імені Івана Франка. Львів, 2015. С. 342 – 343.

⁵²⁵ Там само. С. 388–396.

що орієнтуються на досягнення, зокрема, мети забезпечення економічного і соціального розвитку держави. Інколи «фінансова політика також розглядається як органічна частина економічної політики держави, що складається з різноманітних заходів у галузі формування та використання централізованих і децентралізованих фондів коштів держави та органів місцевого самоврядування; вона включає, зокрема, бюджетну, податкову, інвестиційну, страхову, пенсійну політики»⁵²⁶. Очевидно, таке розуміння політики (як фінансово-правової) потребує суттєвих коректив. Це стосується, зокрема, врахування у дефініції аналізованого поняття стратегічного, тактичного та інших компонентів державної діяльності.

Фінансово-правова політика знаходиться у нерозривному зв'язку з економічною політикою держави, так само як і цивільно-правова політика, яка спрямована, зокрема, на формування приватних фінансів юридичних і фізичних осіб. Частина ж приватних фінансів (у вигляді податків й інших обов'язкових платежів) у майбутньому відходить до бюджету та переходить у категорію «публічні фінанси». Таким чином відбувається практичний «кругообіг фінансів» в економіці.

У межах цього підрозділу нас передусім цікавить взаємозв'язок саме цивільно- та фінансово-правової політики. Правова політика – це те, що об'єднує галузі приватного та публічного права. Особливості реалізації цивільно-правової політики певною мірою можна проілюструвати на прикладі взаємодії цивільно- та фінансово-правової політики, взаємодії норм відповідних галузей права, а також меж правового регулювання.

Видається помилковим обмеження деяких відносин винятково приватно- чи публічно-правовим змістом. Нашу увагу привернула теза вченого у галузі фінансового права С. В. Запольського: «було б неправильним вважати, що приватне начало невідоме фінансовій діяльності держави»⁵²⁷. Зроблений висновок вчений абсолютно

⁵²⁶ *Музыка-Стефанчук О. А.* Органи публічної влади як суб'єкти бюджетних правовідносин: монографія. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2011. С. 181.

⁵²⁷ *Запольский С. В.* Дискуссионные вопросы теории финансового права: монография. М.: РАП, Эксмо, 2008. С. 22.

правомірно пов'язує з тим, що держава нерідко вдається до вжиття приватних методів і заходів, серед яких можна назвати здійснення запозичень, випуск лотерей і державних цінних паперів тощо.

Зв'язок цивільного та фінансового права пояснюється передусім тим, що до сфери їх регулювання належать, зокрема, майнові та грошові відносини. Звичайно, із застосуванням цілком різних методів правового регулювання. Відмінність між аналізованими відносинами, як правильно зазначала Я. М. Шевченко, суттєва⁵²⁸. Проте об'єкти (як-от гроші чи майно) все одно будуть об'єктами правовідносин, незалежно від природи таких відносин – приватні вони чи публічні.

Для визначення можливості та меж використання приватноправових конструкцій у сфері публічно-правового, зокрема фінансового регулювання, необхідно враховувати, що ці правовідносини за своєю природою є майновими. Окрім єдиної економічної природи, цивільні та фінансові майнові правовідносини об'єднує і наявність матеріального об'єкта. В цивільних правовідносинах, як товарно-грошових, в якості останнього виступає товар, тобто продукт, призначений для обміну, а у фінансових правовідносинах матеріальним об'єктом є фінансові ресурси, тобто матеріальні блага, призначені не для обміну, а для безеквівалентного руху. Поняття «майнові відносини» розповсюджується на товарно-грошові цивільні відносини та на фінансові відносини як взаємозалежні види економічних відносин. Тому, логічно припускає М. В. Карасьова, парадигма розвитку майнових фінансових правовідносин багато в чому буде схожа з парадигмою розвитку цивільних правовідносин. Іншими словами, вважає вчена, майнові правовідносини, незалежно від сфери їх виникнення, а через їх уніфікований об'єкт – матеріальне благо мають в основі свого розвитку одну й ту саму логіку⁵²⁹.

⁵²⁸ Шевченко Я. Місце цивільного права в системі права України. *Право України*. 2012. № 1 – 2. С. 129.

⁵²⁹ Карасева М. (Сенцова). Частноправовые конструкции в налоговом праве: возможности и пределы использования. *Публичные финансы и налоговое право: ежегодник*. Вып. 1: Современные проблемы финансового и налогового права стран Центральной и Восточной Европы. Под ред. М. В. Карасёвой (Сенцовой). Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета. 2010. С. 205.

У будь-якому разі, як слушно зазначає Е. Д. Соколова, використання норм цивільного законодавства не має суперечити природі фінансових відносин, що виникають у процесі розподілу внутрішнього валового продукту і національного доходу суспільства шляхом створення, розподілу та використання грошових фондів⁵³⁰.

Нині у цивільному і фінансовому праві спостерігається неузгодженість у розумінні, зокрема, таких категорій, як державний кредит, державне запозичення, державна гарантія, державне боргове зобов'язання, договір державної позики. Вважаємо, що розв'язання цієї термінологічної проблеми можливе лише за комплексного підходу до визначення зазначених категорій. А це вкрай складно, оскільки необхідно брати до уваги передусім положення двох кодексів – ЦК України, який не поширює свою дію, зокрема, на бюджетні відносини, і БК України, який не поширює свою дію на приватноправові (зокрема і цивільні) відносини. У своїй дисертації В. Г. Залевський⁵³¹ намагається розв'язати аналізовану проблему, проте низка питань все одно залишається невирішеною. На нашу думку, їх доцільно розглядати крізь призму одразу двох спеціальностей, а саме: 12.00.03 – «цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» і 12.00.07 – «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право».

Аби проілюструвати зв'язок зазначених у назві цього підрозділу видів правової політики, розглянемо низку прикладів.

1. Поняття «зобов'язання». Взаємодію аналізованих видів правової політики можна помітити на рівні законодавства і доктрини – коли йдеться про запозичення окремих приватноправових категорій і конструкцій. Це стосується, наприклад, цивільно-правової категорії «зобов'язання», що використовується у бюджетному, податковому і господарському законодавстві та в бухгалтерському обліку.

⁵³⁰ Соколова Э. Д. Теоретические аспекты правового регулирования финансовой деятельности государства и муниципальных образований: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.14. М., 2008. С. 6.

⁵³¹ Залевский В. Г. Правовое регулирование государственных (федеральных) займов в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. М., 2002. 24 с.

Відповідно до ст. 509 ЦК України зобов'язанням визнаються правовідносини, в яких одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої особи (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання цього обов'язку.

Правова категорія «зобов'язання» досить ґрунтовно досліджена у правцях вчених-цивілістів (зокрема, С. М. Бервена⁵³², Т. В. Боднар⁵³³, О. В. Дзери⁵³⁴, Н. С. Кузнецової⁵³⁵, В. В. Луць⁵³⁶, О. О. Отраднної⁵³⁷), фахівців у галузі господарського права (наприклад, С. М. Андросова⁵³⁸, О. А. Беляневича⁵³⁹, О. П. Подцерковного⁵⁴⁰).

Зазначимо, що фінансове законодавство й доктрина також використовують цю галузеву категорію. Так, у п. 7 ч. 1 ст. 2 БК України передбачено, що бюджетне зобов'язання – це будь-яке здійснене відповідно до бюджетного асигнування розміщення замовлення, укладання договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій протягом бюджетного

⁵³² *Бервено С. М.* Проблеми договірної права України. Теоретичні проблеми договірної права України: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2006. 392 с.

⁵³³ *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. К.: Юрінком Інтер, 2005. 272 с.

⁵³⁴ *Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб.* За ред. О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2008. 896 с.

⁵³⁵ Там само.

⁵³⁶ *Луць В.* Тенденції розвитку договірної права України в сучасних умовах. *Право України.* 2009. № 8. С. 8–11.

⁵³⁷ *Отраднова О. О.* Недоговірні зобов'язання в цивільному праві України: навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2009. 238 с.

⁵³⁸ *Андросов С. М.* Забезпечення виконання господарських зобов'язань у сфері банківського кредитування: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04. НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. Донецьк, 2008. 18 с.

⁵³⁹ *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти). К.: Юрінком Інтер, 2006. 592 с.

⁵⁴⁰ *Подцерковний О. П.* Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики: монографія. К.: Юстініан, 2006. 424 с.

періоду, згідно з яким необхідно здійснити платежі протягом цього ж періоду або в майбутньому. За ст. 14 Податкового кодексу України від 2 грудня 2010 р., податкове зобов'язання – це сума коштів, яку платник податків, у тому числі податковий агент, повинен сплатити до відповідного бюджету як податок або збір на підставі, в порядку та строки, визначені податковим законодавством (у тому числі сума коштів, визначена платником податків у податковому векселі та не сплачена в установленій законом строк).

Тут доречно навести тезу О. А. Музики-Стефанчук про те, що з ухваленням кодифікованого акта, яким є БК України (так само, як і Податковий кодекс України. – *Л. М.*), виникають запитання щодо того, які конкретно відносини регулюються нормами фінансового, бюджетного та податкового права, а які – нормами цивільного права. Ці запитання виникли у зв'язку із запровадженням у бюджетне законодавство принципово нових термінів, а саме – «бюджетне зобов'язання», «повноваження на майбутні бюджетні зобов'язання», «платіж-погашення зобов'язання». Таким чином, через бюджетне законодавство у бюджетне право імплементуються суто цивільно-правові категорії та поняття, а це, в свою чергу, тягне за собою і поширення дії норм цивільного права на фінансові відносини взагалі і бюджетні зокрема»⁵⁴¹. Водночас видається спірним твердження автора про те, що термін «зобов'язання» не зовсім вписується в бюджетне право. Дійсно, у публічних правовідносинах більша увага акцентується на обов'язках зобов'язаної сторони. Однак зобов'язання є комплексною категорією. І включає в себе не лише обов'язок відповідної сторони, а й кореспондуюче йому право іншого контрагента. Власне це впливає із легального визначення зобов'язання (ст. 509 ЦК України).

Інший вчений – Д. О. Гетманцев досліджує фінансово-правове зобов'язання як категорію фінансового права та обґрунтовує положення про те, що зобов'язання може бути не лише цивільним⁵⁴².

⁵⁴¹ *Музика-Стефанчук О. А.* Органи публічної влади як суб'єкти бюджетних правовідносин: монографія. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2011. С. 230–231.

⁵⁴² *Гетманцев Д. О.* Фінансово-правове зобов'язання як окрема категорія фінансового права: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2011. 368 с.

Автор пропонує дефініцію поняття «фінансово-правове зобов'язання» як «публічне правовідношення між державою і територіальною громадою (безпосередньо або в особі уповноважених органів чи посадових осіб), з однієї сторони, та юридичними й фізичними особами (колективними та індивідуальними суб'єктами), з іншої сторони, яке виникає, змінюється і припиняється в процесі мобілізації, розподілу, перерозподілу та використання фінансових інструментів (що являють зміст публічних фондів коштів) і зв'язаних з ними об'єктів (банківської таємниці, конфіденційної інформації тощо), і полягає у взаємозв'язку та взаємообумовленості прав та обов'язків кожної зі сторін та забезпечується засобами юридичної відповідальності»⁵⁴³.

Ми позитивно сприймаємо запозичення термінологічного апарату, що спостерігається у межах різних галузей права. На нашу думку, це сприяє їх збагаченню і відповідає розвитку суспільних відносин, які за своєю суттю не є статичними. Важливо лише, аби дотримувався уніфікований підхід щодо розуміння загальних понять, із допустимим відображенням необхідних властивостей, відповідної специфіки у кожному конкретному випадку.

2. Договірні відносини. Якщо розглядати зобов'язальні та договірні відносити у фінансово-правовій сфері, то тут також слід звернути увагу на договір про розстрочення (відстрочення) зобов'язань (податкового боргу), що регулюється Податковим кодексом України та Порядком розстрочення (відстрочення) грошових зобов'язань (податкового боргу) платників податків, затвердженим наказом Міністерства доходів і зборів України від 10 жовтня 2013 р. № 574. Так, у п. 1.4 цього Порядку визначено, що розстрочення (відстрочення) грошових зобов'язань (податкового боргу) вважається наданим, якщо на підставі заяви платника податків прийнято відповідне рішення органу доходів і зборів та укладено договір про розстрочення (відстрочення)⁵⁴⁴.

⁵⁴³ Там само. С. 186.

⁵⁴⁴ Порядок розстрочення (відстрочення) грошових зобов'язань (податкового боргу) платників податків: Наказ Міністерства доходів і зборів України від 10 жовтня 2013 р. № 574. Зареєстрований в Міністерстві юстиції України 31 жовтня 2013 р., № 1853/24385. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1853-13#Text>

На жаль, податкове законодавство чітко не визначає, що є предметом та об'єктом такого договору, звертатися до цивільного законодавства з метою застосування аналогії не можна, оскільки «до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом» (ч. 2 ст. 1 ЦК України).

Необхідно пригадати про таку новелу ЦК України, як публічний договір. Відповідно до ст. 633 ЦК України публічним є договір, в якому одна сторона – підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо).

У цивільному праві публічні договори досить широко досліджені, зокрема, Б. В. Бальжировим⁵⁴⁵, В. І. Дрішлюком⁵⁴⁶, С. К. Ідришевою⁵⁴⁷, Г. О. Калашниковою⁵⁴⁸, С. М. Костиковою⁵⁴⁹, О. С. Левченко⁵⁵⁰, К. А. Міщенко⁵⁵¹. У фінансово-правовій науці вченими також досліджуються певні договори (вони називаються

⁵⁴⁵ *Бальжиров Б. В.* Публичные договоры в сфере энергетики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2011. 29 с.

⁵⁴⁶ *Дрішлюк В. І.* Публічний договір (цивільно-правовий аспект): дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеська національна юридична академія. Одеса, 2006. 201 с.

⁵⁴⁷ *Идрешева С. И.* Публичный договор в гражданском праве республики Казахстан: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2012. 60 с.

⁵⁴⁸ *Калашникова Г. А.* Публичный договор: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Краснодар, 2002. 207 с.

⁵⁴⁹ *Костикова С. Н.* Публичный договор как институт гражданского права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2007. 284 с.

⁵⁵⁰ *Левченко О. С.* Конструкция публичного договора в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Краснодар, 2008. 174 с.

⁵⁵¹ *Мищенко Е. А.* Публичный договор в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2004. 174 с.

фінансово-правовими), що належать до джерел фінансового права. Це праці, наприклад, таких спеціалістів, як О. О. Дмитрик⁵⁵², С. Г. Єрємін⁵⁵³, І. В. Рукавішнікової⁵⁵⁴, О. В. Солдатенко⁵⁵⁵. Фінансово-правові договори належать до публічних договорів. У свою чергу, О. М. Горлова розглядає публічні договори безпосередньо у фінансовому праві⁵⁵⁶.

3. Кредитні відносини. Враховуючи грошову природу кредитних праввідносин, останні можна розглядати як з точки зору цивільного, так і фінансового права. Цивільно-правове регулювання кредитних праввідносин передусім зосереджене на регламентації договірних аспектів волевиявлення суб'єктів цих відносин та визначенні змісту зобов'язань, що з них виникають. Цивільно-правові аспекти кредитування, на думку Г. Ю. Шемщученка, безумовно, є визначальними для розуміння юридичної природи кредиту. Водночас вчений вважає, що правове регулювання банківського кредитування слід розглядати як таке, що має фінансово-правовий характер через належність відносин кредиту до більш широкої сфери фінансових праввідносин⁵⁵⁷.

Динаміка законотворчого процесу та нові тенденції розвитку в галузі фінансового права свідчать про значне розширення меж

⁵⁵² Дмитрик О. О. Фінансово-правовий договір як засіб урегулювання фінансових відносин. Джерела фінансового права: проблеми та перспективи розвитку: монографія. Х.: Віровець А. П. «Апостроф», 2010. С. 276–309.

⁵⁵³ Єрємін С. Г. Договір в фінансовому праві: монографія. М.: Изд. И. В. Балабанов, 2008. 156 с.

⁵⁵⁴ Рукавишнікова І. В. Договорные конструкции в финансовом праве. Проблемы финансового права в условиях рынка в XXI веке: сборник материалов Международной научно-практической конференции. М.: ТК Велби. Изд-во Проспект, 2005. С. 43–50.

⁵⁵⁵ Солдатенко О. В. О некоторых публичных договорах в финансовом праве. Договор в публичном праве: сб. науч. ст. Под ред. Е. В. Гриценко. Е. Г. Бабелюк. М.: Волгтерс Клувер, 2009. С. 125.

⁵⁵⁶ Горлова Е. Н. Публичный договор в финансовом праве: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2010. 190 с.

⁵⁵⁷ Шемщученко Г. Ю. Фінансово-правові аспекти регулювання банківського кредитування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2005. С. 14.

фінансових правовідносин. Так, М. П. Кучерявенко обґрунтовано стверджує, що поняття фінансів як правова категорія має два аспекти: а) у широкому, міжгалузевому значенні, воно може включати різноманітні елементи як фінансового, так і інших галузей права, зокрема цивільного, адміністративного, трудового тощо; б) у вузькому, фінансово-правовому значенні, воно використовується у розумінні публічних фінансів держави⁵⁵⁸.

Державне кредитування, як справедливо зазначає Н. А. Зайцева, відрізняється від приватноправових відносин кредитування, зокрема, тим, що воно орієнтоване на утворення, розподіл і використання централізованих і децентралізованих грошових фондів, реалізацію публічних цілей; здійснюється переважно імперативним методом, обов'язковим суб'єктом яких є публічно-територіальне утворення або уповноважений їм орган. Призначення уповноваженого державного органу базується на тому, що жодне боргове зобов'язання держави не виникне, якщо це не буде визначено в нормативно-правовому акті компетентного органу. Відносини з приводу виникнення, здійснення та управління бюджетними запозиченнями виникають винятково на підставі нормативно-правових актів Уряду⁵⁵⁹.

Досліджуючи правове регулювання державного кредитування здобуття вищої освіти, С. О. Ніщимна узагальнено наводить протилежні наукові підходи⁵⁶⁰: одні спеціалісти вважають, що поворотні відносини з надання освітніх послуг є цивільно-правовими, які виникають із договору поворотного надання послуг⁵⁶¹; інші вчені

⁵⁵⁸ Фінансове право України: підручник. За ред. М. П. Кучерявенка. К.: Юрінком Інтер, 2004. С. 5.

⁵⁵⁹ Зайцева Н. А. Правове регулювання державного кредиту в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2009. С. 20.

⁵⁶⁰ Ніщимна С. О. Правове регулювання державного кредитування в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. К., 2005. С. 147.

⁵⁶¹ Белозеров А. В. Понятие и содержание обязательств по возмездному оказанию образовательных услуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 6–7; Ковалевская Н. С. Правовое регулирование услуг. *Кодекс-инфо*. 1999. № 2. С. 4–5.

такі договори відносять до публічних, на які не поширюється дія норм цивільного права⁵⁶².

На думку С. О. Ніцимної, договір, укладений між вищим навчальним закладом і студентом, є цивільно-правовим лише у частині надання безпосередньо освітніх послуг. Стосовно ж відносин у сфері державного пільгового кредитування студентів для здобуття вищої освіти та закріплення їх у договорі, то є сенс говорити про фінансові правовідносини. Адже виникають відносини з приводу фінансової діяльності держави й органів місцевого самоврядування, кошти на кредитування здобуття вищої освіти виділяються з централізованих фондів (Державного та місцевих бюджетів), держава в односторонньому порядку встановлює порядок надання та погашення державних кредитів, обов'язковою стороною в правовідносинах виступає вищий заклад освіти, уповноважений на те Міністерством освіти і науки України в особі ректора. Все це дає підставу стверджувати про фінансово-правову природу договору платного надання послуг, що виникають між вищим навчальним закладом і студентом під час надання державних пільгових кредитів на здобуття вищої освіти⁵⁶³.

Деякі вчені вважають, що відносини щодо державного кредитування є виключно бюджетними, оскільки видача кредитів може здійснюватися тільки за рахунок державних коштів на підставі правових норм, передбачених Законом України «Про Державний бюджет України» (на наступний рік). У відносинах щодо державного кредитування держава виступає кредитором та надає кошти фізичним і юридичним особам на визначені цілі на умовах строковості, платності, забезпеченості та цільового використання, а фізичні і юридичні особи виступають позичальниками, які зобов'язуються виконувати встановлені вимоги⁵⁶⁴.

⁵⁶² Шкатуліа В. И. Образовательное право. М.: Норма: ИНФРА – М, 2001. С. 49; Сырых В. М. Образовательное право как отрасль российского права. М.: Исслед. центр проблем качества подготовки специалистов, 2000. С. 30–31.

⁵⁶³ Ніцимна С. О. Правове регулювання державного кредитування в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. К., 2005. С. 148–149.

⁵⁶⁴ Там само. С. 182.

У зв'язку із цим цікавою видається думка О. Б. Німко про те, що відповідно до змісту терміна «державне кредитування» дозволяється брати участь у кредитуванні не лише державі як кредитору, а й іншим соціальним утворенням. На підтвердження своєї позиції автор наводить такий приклад: у відносинах з надання державою часткової компенсації відсоткової ставки кредитів комерційних банків молодим сім'ям та самотнім молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла кредитором є комерційний банк, а часткова компенсація відсоткової ставки здійснюється за рахунок бюджету на підставі правових норм, передбачених Законом України «Про Державний бюджет України»⁵⁶⁵.

Щодо фінансування житлового будівництва, то нині основні проблемні питання, крім суто економічних, полягають у суперечливості та певній фрагментарності нормативних актів, які регулюють цю сферу правовідносин. Вони регулюються не лише нормами фінансового права, що регламентують правовий режим кошторисно-бюджетного фінансування, а й податковими нормами – в галузі звільнення від оподаткування будівництва житла, нормами господарського права – щодо інвестиційної діяльності на ринку житла, а також нормами житлового права, нормами цивільного права⁵⁶⁶.

На думку О. В. Сударенко, державне кредитування будівництва житла посідає проміжне місце між бюджетним фінансуванням і банківським кредитуванням будівництва житла з компенсацією зобов'язань частково за рахунок бюджетних коштів⁵⁶⁷. Важливим нюансом при цьому є те, що у разі державного кредитування будівництва житла «держава не керується принципом

⁵⁶⁵ Німко О. Б. Адміністративно-правове регулювання державного молодіжного житлового кредитування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2008. С. 16.

⁵⁶⁶ Сударенко О. В. Правове регулювання фінансування житлового будівництва в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2006. С. 12–13.

⁵⁶⁷ Там само. С. 25–26.

доходності»⁵⁶⁸. Наприклад, державою фізичній особі надаються кошти на безоплатній основі. За таких умов ця особа зобов'язана повернути до бюджету лише суму кредиту без сплати відсотків. В окремих випадках фізична особа, яка одержала державне кредитування будівництва житла, зобов'язана повернути до бюджету лише частину такого кредиту без обов'язку сплати відсотків. Таким чином, до бюджету повертається не вся сума кредиту, а лише частина. Водночас деякі програми державного кредитування будівництва житла передбачають наявність відсотків за користування державними коштами. Проте розмір відсотків за користування цим кредитом є значно меншим ніж розмір відсотків за користування іпотечним кредитом⁵⁶⁹.

4. Банківські відносини. Традиційно прийнято вважати, що цивільне право – це галузь приватного права, а фінансове право – галузь публічного права. Проте є відносини, які на певному етапі їх виникнення та розвитку можуть регулюватися нормами різних галузей права. У цьому випадку потребує розгляду питання щодо меж правового регулювання, зокрема банківських відносин або ж відносин у сфері банківської діяльності. Це пов'язано із тим, що банки є органами публічної фінансової діяльності. Водночас вони виступають самостійними суб'єктами господарювання та є учасниками цивільних правовідносин. Саме тому одні вчені відносять банківське право до самостійної галузі права, інші – включають його до господарського чи фінансового права. Це питання досить ґрунтовно досліджено вітчизняними науковцями Т. А. Латковською⁵⁷⁰,

⁵⁶⁸ *Годме Поль Мари.* Фінансове право. Пер. и вступительная статья Р. О. Халфиной. М.: Прогресс. 1978. С. 42.

⁵⁶⁹ *Сударенко О. В.* Правове регулювання фінансування житлового будівництва в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2006. С. 25–26.

⁵⁷⁰ *Латковська Т. А.* Фінансово-правові питання формування центральних та державних банків в Україні, країнах центральноєвропейської та англосаксонської систем права. Одеса: Юридична література, 2007. 280 с.

О. А. Лукашевим⁵⁷¹ та О. П. Орлюк⁵⁷², які розглядають різноаспектність правового регулювання зазначених відносин. О. М. Олійник пише, що банківське право «включає в себе систему публічно-правових і приватноправових методів регулювання та відповідно інтересів... Воно являє собою систему правових норм та інститутів, що регулюють на основі поєднання публічних і приватних інтересів суспільні відносини, які виникають у процесі створення банківської системи, а також правовідносини за участю банків з приводу руху фінансових інструментів як засобів обігу, збереження і як товару»⁵⁷³.

Отже, до предмета цивільного права належать ті відносини за участю фінансово-кредитних установ, які складаються поза межами публічної фінансової діяльності і не є відносинами фінансово-правового спрямування. Це, наприклад, договірні відносини, які виникають між зазначеними суб'єктами та іншими учасниками цивільних відносин.

5. Розрахункові відносини. Розрахункові відносини також мають публічно-приватну правову основу і відповідне регулювання. Наприклад, акредитив як форму безготівкових розрахунків одночасно досліджують у межах різних спеціальностей. Так, І. Б. Іловайський розглядає це питання у цивільно-правовому полі⁵⁷⁴ (досліджує економічні, соціальні, історичні й правові передумови виникнення та розвитку безготівкових розрахунків, поняття цих розрахунків, приватноправову природу та види акредитивів, принципи розрахунків за акредитивами, відповідальність за порушення акредитивних зобов'язань). На протигагу зазначеному підходу Н. В. Агафонова

⁵⁷¹ Лукашев О. А. Теоретичні проблеми системи фінансового права: монографія. Х.: Право, 2010. С. 153–175.

⁵⁷² Орлюк О. П. Теоретичні питання банківського права і банківського законодавства. К.: Юрінком Інтер, 2003. 102 с.

⁵⁷³ Олейник О. М. Основы банковского права: курс лекций. М.: Юристъ, 1997. С. 32, 33.

⁵⁷⁴ Иловайский И. Б. Аккредитив как форма безналичных расчетов: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Волгоград, 2001. 196 с.

пізнає публічно-правовий бік акредитивної форми розрахунків⁵⁷⁵ (у межах цього дослідження розглядається поняття та співвідношення банківського права й банківського законодавства, правова природа договору банківського рахунку, поняття розрахункових відносин і їх фінансово-правове регулювання, поняття, правова природа та класифікація документарних акредитивів, міжнародні безготівкові розрахунки). Очевидно, що в обох працях висвітлюються спільні питання, проте саме у фінансово-правових дослідженнях обов'язково обґрунтовується публічність цих відносин, а у цивільно-правових – їх приватний характер.

6. Поняття грошей. Майно, роботи, послуги, що практично є товаром, який купується за бюджетні кошти, – це об'єкт бюджетних правовідносин (у межах відносин бюджетного процесу на стадії виконання бюджетів за видатками). Водночас це об'єкт цивільних правовідносин, оскільки розпорядник бюджетних коштів укладає договір, є постачальником, надавачем послуг тощо, який відповідно до норм бюджетного законодавства є одержувачем бюджетних коштів, а за цивільним законодавством – контрагентом. Саме тому у контексті нашого дослідження потребує висвітлення питання щодо грошей і майнових відносин у їх приватному та публічному правовому регулюванні.

У чинному законодавстві України не існує визначення поняття «гроші». Навряд чи можна визнати за легальне визначення поняття грошей положення ч. 1 ст. 192 ЦК України. В ній у загальних рисах лише передбачено, що законним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України, є грошова одиниця – гривня. Отже, у зазначеній статті не названо жодної з ознак, що притаманні грошам як об'єкта цивільних прав.

Не дає легального визначення аналізованого поняття і Конституція України, фінансове та банківське законодавство, де передбачається назва грошової одиниці України, визначаються форми, в яких гроші

⁵⁷⁵ Агафонова Н. В. Правовий режим акредитиву як форми безготівкових розрахунків: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2002. 192 с.

функціонують в країні, перелічуються види використовуваних в обігу грошових знаків тощо. Категорія грошей широко досліджується економічною⁵⁷⁶ та юридичною науками⁵⁷⁷. Протягом багатьох років фахівці у різних галузях економіки і права не полишають спроб сформулювати універсальне визначення поняття грошей. Наведемо лише декілька прикладів наукових міркувань щодо розв'язання зазначеної проблеми.

Свого часу Л. А. Лунц, досліджуючи питання грошей в цивільному праві, зазначав, що «для юридичної теорії виникає завдання дати визначення правового поняття грошей, яке б заповнювало прогалини чинного закону». Однак згодом вчений дійшов висновку про те, що наука цивільного права може ґрунтуватися лише на понятті грошей, яке розкривається в економіці⁵⁷⁸.

З позиції цивільного права, вважає Л. О. Новосьолова, питання про поняття грошей, їх природу та роль в економіці не належать до сфери юридичної науки, але при цьому підкреслює, що врахування понять, опрацьованих економічною наукою, є необхідним. Адже лише ґрунтуючись на цьому аналізі, можна виявити особливості грошей

⁵⁷⁶ Див. наприклад: *Менгер К.* Основания политической экономии. Австрийская школа политической экономии. Пер с нем.; предисл. коммент., сост. В. С. Автономова. М.: Экономика, 1992. С. 24–242; *Економічна енциклопедія*. В 3-х т. Т. 1. Відпов. ред. С. В. Мочерний. К.: Академія, 2000. 864 с.; *Глух Н. А.* Деньги, торговля и рынки в американской экономической антропологии. *Вестник МГУ. Серия эконом.* 1997. № 6. С. 44–57; *Кассель Г.* Основные идеи теоретической экономии. Пер. с нем. Б. М. Жолковой. Предисл. Е. Р. Качуринер. Л.: Прибой, 1929. 109 с.

⁵⁷⁷ Див. зокрема: *Боголепов М. И.* Бумажные деньги. Пб.-М.: Центр товарищество «Коопер. изд-во», 1922. 111 с.; *Усокин В. М.* Теории денег. М.: Мысль, 1976. 228 с.; *Паикус Ю. В.* Деньги: прошлое и современность. Л.: Изд-во ЛГУ, 1990. 181 с.; *Гальчинський А.* Теорія грошей: навч.-метод. посібник. 2-е вид. К.: Основи, 1998. 415 с.; *Тарасенко Л. В.* Цивільно-правова відповідальність за порушення грошових зобов'язань: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2006. 20 с.; *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. Т. 2. Спб.: Тип. печ. и изд. дела «Труд». 1908. 624 с.

⁵⁷⁸ *Лунц Л. А.* Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Статут, 1999. С. 23.

як об'єкта цивільних правовідносин⁵⁷⁹. Подібну позицію щодо цього питання висловлює О. М. Олейник, на думку якої «правове розуміння сутності грошей може і має спиратися насамперед на їх економічне розуміння, оскільки гроші передусім – це економічне поняття. Але в правовому аналізі діють деякі обмеження, що визначають правовий зміст грошей»⁵⁸⁰.

О. А. Лукашов досліджує аналізовану категорію з позиції фінансового права. Він, зокрема, вважає, що в теорії фінансового права одним з найважливіших принципів фінансової діяльності держави є принцип єдності фінансової політики і грошової системи. Складність грошей як об'єкта теоретичного дослідження передбачає, на думку вченого, багаторівневу структуру підходів до визначення сутності цього феномена. Головною причиною є те, що вони поєднують у собі два основні аспекти – соціально-економічний і правовий⁵⁸¹.

Г. Є. Самсонова, яка досліджує розрахунки в податковій та бюджетній сферах⁵⁸², вважає, що «функції грошей у фінансовому праві мають відмінності від функцій грошей в цивільному праві. У фінансовому праві яскраво виявляє себе інформаційна функція безготівкових грошей. У приватному праві інформаційну функцію виконує ціна. Інформаційна функція грошей у фінансовому праві на макрорівні дає уявлення про ефективність механізму державного регулювання у сфері оподаткування, а на мікрорівні дозволяє виявити цілу низку фактів: несплати податків, неправильного обрахування податків, несвоєчасної сплати податків тощо. Інформаційна функція безготівкових грошей – це загальнонаціональна, позадержавна функція грошей у фінансовому праві»⁵⁸³.

⁵⁷⁹ Новоселова Л. А. *Денежные расчеты в предпринимательской деятельности*. М.: ЮрИнфоР, 1996. С. 5.

⁵⁸⁰ Олейник О. М. *Основы банковского права: курс лекций*. М.: Юристъ, 1997. С. 17.

⁵⁸¹ Лукашев О. А. *Правове регулювання грошової системи України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Х., 2002. С. 3, 13.*

⁵⁸² Самсонова А. Е. *Расчеты в налоговой и бюджетной сферах: теория и практика*. М.: Юристъ, 2006. 134 с.

⁵⁸³ Самсонова А. *Информационная функция денег и налоговое право. Публичные финансы и налоговое право: ежегодник. Вып. 2: Бюджетные и налоговые реформы в странах Центральной и Восточной Европы*. Под ред. М. В. Карасёвой (Сенцовой). Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2011. С. 291.

Зазначимо, що існує також думка про те, що взагалі недоцільно давати визначення поняття грошей. Так, К. Поланьї вважав, що гроші – це недостатньо уніфікована система, пошук мети якої заводить у безвихідь. Цим пояснюються численні марні спроби визначити «характер і суть» грошей. Ми маємо задовольнитися перерахуванням цілей, до яких відносять кількісні предмети, що звичайно називаються грошима. К. Поланьї представляючи інституціональний напрямок у теорії грошей, підкреслював, що гроші допустимо пояснити лише інституціонально, їх не можна визначати концептуально⁵⁸⁴.

Підтримуємо міркування, висловлені в юридичній літературі (наприклад, такими вченими, як Є. О. Алісов, Л. А. Лунц, Ю. А. Ровинський, С. Д. Ципкін)⁵⁸⁵ про те, що категорію «гроші» слід визначати у двох значеннях: 1) поняття грошей у спеціальному економічному розумінні та 2) поняття грошей, загального для права й економічної науки. Дійсно, юридична дефініція грошей не може формулюватися без урахування їх економічного змісту. Адже у такому разі матиме місце фікція, а її втілення у практиці правового регулювання безперечно негативно вплине на економічну систему суспільства.

Підсумовуючи наведені позиції щодо доцільності або недоречності законодавчого визначення поняття грошей, зазначимо, що ця проблема давно вийшла за межі суто теоретичних дискусій. Сміливо можемо констатувати, що реалізація у правозастосовній та судовій практиці багатьох юридичних конструкцій, передбачених нормативними актами, безпосередньо залежить від правильного

⁵⁸⁴ Глух Н. А. Деньги, торговля и рынки в американской экономической антропологии. *Вестник Московского университета. Серия «Экономика»*. 1997. № 6. С. 45.

⁵⁸⁵ Алісов Є. О. Проблеми правового регулювання грошового обігу в Україні: дис. ... докт. юрид. наук. 12.00.07. Харків, 2006. 445 с.; Ровинський Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права. М.: Госюриздат, 1960. 193 с.; Цыпкин С. Д. Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности советского государства. М.: Изд-во МГУ, 1983. 80 с.; Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Статут, 1999. 352 с.

розуміння терміна «гроші». Йдеться, зокрема, про визначення таких понять, як «грошові розрахунки», «кошти», «грошові зобов'язання».

Так, вельми складною є проблема визначення категорії «*розрахунки в грошовій формі*». Загальновідомо, що застосування на практиці різного розуміння одних і тих самим правових категорій може мати істотні негативні наслідки. Зазначена проблема властива не лише Україні, а й іншим державам, і навіть їх об'єднанням. Проілюструємо це на прикладі, що мав місце під час застосування законодавства Європейського Економічного Співтовариства (ЄЕС). Неоднозначною була відповідь на питання: чи можуть бути застосовані правила про вільне переміщення товарів до грошового обігу, чи він підлягає спеціальному регулюванню? Йшлося про конфліктну ситуацію, що склалася в рамках ЄЕС внаслідок порушення Великою Британією експортно-імпорتنих обмежень по операціях з випущеними до 1947 р. монетами й зливками з дорогоцінних металів (золота і срібла) та їх сплавів. Рішення Європейського суду по суті спору визначило, що гроші не є товаром, а отже під час їх переміщення не можуть застосовуватися кількісні обмеження і заходи, передбачені статтями 30–34 Маастрихтського договору. Особливої уваги заслуговує диференційований підхід суду у цьому рішенні щодо розмежування грошей і товарів. В його основу покладений критерій віднесення розглянутих предметів до *legal tender* (законних платіжних засобів). Судом було виділено три групи монет залежно від зазначеної вище ознаки:

1) монети, які все ще є за своєю природою законним платіжним засобом;

2) за наявності сумніву щодо приналежності монет до *legal tender* варто мати на увазі, що на грошових ринках країн-членів ЄЕС вони вважаються еквівалентом валюти і тому їх передача являє собою грошовий рух;

3) монети, що були випущені до 1947 р. і не були *legal tender*, можуть бути віднесені до товарів⁵⁸⁶.

Зазначений приклад є ще одним підтвердженням того, що економісти та юристи вкладають різний зміст у поняття «гроші»,

⁵⁸⁶ *Usher J. A. The Law of Money and Financial Services in the European Community. Oxford: Clarendon press. 1994. 198 p. P. 5, 6.*

внаслідок чого його застосування на практиці спричиняє чималі труднощі. Без сумніву, ця ситуація потребує певного компромісного вирішення шляхом спільного розроблення вченими економістами та юристами уніфікованого визначення, прийняттого для обох доктрин, а в подальшому й у його застосуванні.

Гроші можуть бути самостійним предметом деяких цивільно-правових договорів. А саме: позики (ст. 1046 ЦК України), позички (ст. 827 ЦК України), кредиту (ст. 1054 ЦК України), дарування (ст. 717 ЦК України), зберігання (ст. 936 ЦК України) та ін.

Стосовно легального визначення поняття «грошове зобов'язання» слід зазначити, що воно містилося у ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14 травня 1992 р., у редакції Закону від 30 червня 1999 р.⁵⁸⁷. Це є зобов'язання боржника заплатити кредиторю певну грошову суму відповідно до цивільно-правового договору та на інших підставах, передбачених цивільним законодавством України. При цьому до складу грошових зобов'язань боржника не зараховуються недоїмка (пеня та штраф), визначена на дату подання заяви до господарського суду, а також зобов'язання, які виникли внаслідок заподіяння шкоди життю і здоров'ю громадян, зобов'язання з виплати авторської винагороди, зобов'язання перед засновниками (учасниками) боржника – юридичної особи, що виникли з такої участі, зобов'язання боржника – фізичної особи-підприємця, що виникли безпосередньо у фізичної особи на підставах, не пов'язаних із здійсненням таким боржником підприємницької діяльності.

На жаль, ЦК України не містить визначення поняття грошового зобов'язання, що, як правильно наголошує Т. В. Боднар, може призвести до різного розуміння цього виду зобов'язань у комерційній та судовій практиці⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992 р. (у редакції Закону від 30 червня 1999 р.). *Відомості Верховної Ради України*. 1999 р. № 42–43. Ст. 378. (втратив чинність).

⁵⁸⁸ Боднар Т. В. Особливості виконання грошових зобов'язань у цивільному праві України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Юридичні науки. Випуски 60 – 62. 2004. С. 110.

Дійсно, зміст легальної дефініції, що нами наведена вище, вживається лише для цілей згаданого Закону, а тому у зв'язку з певним обмеженням кола грошових зобов'язань, установленим зазначеним Законом, можуть виникнути складнощі із застосуванням даної норми за аналогією закону щодо видів цивільно-правових грошових зобов'язань за межами відносин неплатоспроможності боржника.

6. Казна та казначейство. Ще одним прикладом взаємопроникнення цивільного та фінансового права є відносини за участю казначейства. У фінансовому праві казначейство є органом фінансового та бюджетного контролю, активним суб'єктом (учасником) бюджетних правовідносин – особливо на стадії виконання бюджетів. Існує чимало праць, присвячених саме фінансово-правовим та економічним аспектам діяльності органів казначейства. Проте з'являються дослідження, в яких висвітлюються вже й приватні аспекти цих відносин.

Особливо цікаво, коли одне й те саме питання розглядається паралельно різними науками. Для прикладу – А. А. Нуртдінов досліджує казну як фінансово-правову категорію⁵⁸⁹, а Л. О. Родіонов розглядає казну та казначейство у цивільному праві⁵⁹⁰. При цьому коло досліджуваних питань є помітно відмінним. Зокрема, перший автор висвітлює загальні положення про фінансово-правову категорію; поняття, сутність, зміст казни; бюджет у складі державної казни; державну казну у фінансових правовідносинах; казну та казначейство у бюджетно-правовому регулюванні; юридичну регламентацію відносин у сфері доходів і видатків бюджету (казни); проблеми вдосконалення законодавства щодо участі бюджету (казни) у механізмі відповідальності держави. У свою чергу, Л. О. Родіонов досліджує поняття казни та розвиток законодавства про неї; цивільно-правові основи поповнення казни; цивільно-правову відповідальність за рахунок казни; цивільно-правовий

⁵⁸⁹ Нуртдинов А. А. Государственная казна как финансово-правовая категория: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. Москва, 2008. 187 с.

⁵⁹⁰ Родинон Л. А. Казна и казначейство по гражданскому праву Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. Москва, 2001. 169 с.

статус казначейства; правове регулювання казначейського виконання грошової частини казни.

7. Місцеві запозичення. Поєднання приватно- та публічно-правового регулювання можна проілюструвати на прикладі регулювання відносин у сфері місцевих запозичень (для розгляду таких відносин О. А. Музика-Стефанчук пропонує використовувати поняття «бюджетно-кредитні відносини», чим одразу, на її думку, підкреслюється їх подвійна публічно-приватна правова природа)⁵⁹¹.

Важливим фактором зміцнення фінансової основи органів місцевого самоврядування в Україні та багатьох країн світу є розвиток ринку місцевих (муніципальних) запозичень. За БК України, місцеве запозичення – це операції з отримання до бюджету Автономної Республіки Крим, обласного чи міського бюджету кредитів (позик) на умовах повернення, платності та строковості з метою фінансування бюджету Автономної Республіки Крим, обласного чи міського бюджету (п. 33 ст. 2 БК України).

Цікавою видається пропозиція стосовно того, що інститут державних і муніципальних запозичень слід розглядати як єдину сукупність (систему) взаємопов'язаних груп суспільних відносин. Одна група відносин виникає з приводу акумулювання державою (точніше, її органами. – *Л. М.*) та органами місцевого самоврядування у межах власних бюджетів, тимчасово вільних грошових коштів фізичних і юридичних осіб, з метою досягнення балансу доходів і видатків відповідного бюджету й залучення інвестицій. Інша група відносин складається між рівнями бюджетної системи щодо розмежування повноважень органів публічної влади у сфері державних і місцевих запозичень⁵⁹².

Запозичення поділяються на державні та місцеві (муніципальні). Як пише В. Г. Зелевський, випуск державних цінних паперів (які є

⁵⁹¹ *Музика-Стефанчук О. А.* Органи публічної влади як суб'єкти бюджетних правовідносин в Україні: проблеми законодавства, теорії та практики: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. 12.00.07. К., 2012. С. 9.

⁵⁹² *Валіев В. Т.* Правовое регулирование государственных и муниципальных заимствований (на примере Московской области): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. М., 2003. С. 8.

формою запозичень. – Л. М.) став результатом складної еволюції позиково-кредитних відносин монархів. У науці цей етап зазвичай ігнорується, проте саме у той час, коли в більшості країн переважала монархічна форма правління, зародилися дооблігаційні форми позик. Перші згадки про позики належать до періоду царювання Івана IV Грозного, а за Бориса Годунова і Лжедмитра I такі фінансові операції набули значного поширення. Від 60-х рр. XVIII ст. до середини XIX ст. відносини з приводу державних позик у Російській імперії, де перше державне облігаційне запозичення здійснене у 1769 р., значно еволюціонували⁵⁹³. Надалі державні запозичення здійснювалися все частіше.

В Україні радянського періоду, як у СРСР в цілому, наявними були відносини стосовно лише сфери державних запозичень. Тоді в державі переважали товарні і масово примусові позики. З набуттям Україною незалежності почав формуватися ринок вітчизняних банківських послуг, державних і місцевих запозичень. Проте належного правового забезпечення відповідних відносин ще не було. Лише з часом це питання стало вирішуватися, і відносини у галузі запозичень, що здійснювалися органами публічної влади, зрештою набули належного публічно-правового регулювання.

Механічний розподіл держави на два ізольованих боки – публічний і приватний – є ілюзорним. Публічно-правове начало не може не впливати на поведінку держави у майнових відносинах⁵⁹⁴ (а відносини у сфері місцевих бюджетних запозичень, звичайно ж, є майновими; у БК України ст. 16, 74 регулюють особливості здійснення таких запозичень).

У результаті реалізації бюджетно-правових відносин щодо запозичень, які здійснюються органами публічної влади, формуються внутрішні боргові зобов'язання. На відносинах у сфері запозичень істотно позначається те, що бюджет будь-якого рівня бюджетної

⁵⁹³ Залевский В. Г. Правовое регулирование государственных (федеральных) займов в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. М., 2002. С. 14–17.

⁵⁹⁴ Там само. С. 14.

системи є відносно автономним, а також законодавчі обмеження такої самостійності, які можуть вводитися лише у виняткових випадках⁵⁹⁵.

Відповідно до ст. 74 БК України місцеві запозичення здійснюються з метою фінансування бюджету розвитку: бюджету АРК, міських бюджетів та використовуються для створення, приросту чи оновлення стратегічних об'єктів довготривалого користування або об'єктів, які забезпечують виконання завдань Верховної Ради АРК і міських рад, спрямованих на задоволення інтересів населення АРК і міських територіальних громад. Обсяг та умови здійснення місцевих запозичень і надання місцевих гарантій погоджуються з Міністерством фінансів України.

Наведені законодавчі положення бюджетного законодавства України визначають основи боргових відносин між органами місцевої влади, з одного боку, і кредиторами – з іншого. Місцеві запозичення є складовою бюджету розвитку місцевих бюджетів. Тобто здійснюються вони з метою фінансування виключно бюджету розвитку місцевих бюджетів та використовуються для створення, приросту чи оновлення стратегічних об'єктів довготривалого користування територіальних громад.

Видатки на обслуговування місцевого боргу здійснюються за рахунок коштів загального фонду місцевого бюджету і не можуть перевищувати 10% видатків цього фонду упродовж будь-якого бюджетного періоду, коли планується обслуговування місцевого боргу. Якщо у процесі погашення місцевого боргу та платежів з його обслуговування, зумовлених договором між кредитором та позичальником, порушується графік погашення з вини позичальника, Верховна Рада АРК, відповідна міська рада не мають права здійснювати нові місцеві запозичення упродовж п'яти наступних років.

Порядок здійснення місцевих запозичень встановлюється Кабінетом Міністрів України відповідно до умов, визначених БК України.

⁵⁹⁵ *Валіев В. Т.* Правовое регулирование государственных и муниципальных заимствований (на примере Московской области): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. М., 2003. С. 13.

На виконання ч. 8 ст. 74 БК України Кабінет Міністрів України 16 лютого 2011 р. ухвалив постанову № 110, якою затверджено Порядок здійснення місцевих запозичень⁵⁹⁶.

Відповідно до п. 3 Порядку, органи місцевого самоврядування можуть здійснювати місцеве запозичення у формі: 1) укладення договорів позики (кредитних договорів); 2) емісії облігацій місцевих позик (для Верховної Ради Автономної Республіки Крим або міської ради).

У разі розміщення зазначених облігацій на фондовій біржі шляхом публічної пропозиції або без здійснення публічної пропозиції їх продаж може здійснюватися за ціною, відмінною від номінальної вартості, але не нижче такої вартості (крім дисконтних облігацій).

Вступаючи у відносини, пов'язані із бюджетними запозиченнями, органи публічної влади мають чітко визначити мету (для чого вони беруться), а також напрями їх використання. У контексті цього важливим є питання взаємовідносин держави та органів місцевого самоврядування під час здійснення запозичень. Так, відповідно до ч. 4 ст. 74 БК України держава не несе відповідальності за борговими зобов'язаннями АРК, обласних рад і територіальних громад. Відсутність зазначеної відповідальності також означає відсутність безпосередньої державного гарантування виконання таких зобов'язань. Окрім цього, у Порядку здійснення місцевих запозичень зазначено, що погодження Міністерством фінансів України обсягу та умов здійснення запозичення не є гарантією виконання Верховною Радою АРК, обласною чи міською радою зобов'язань за запозиченням або підтвердженням платоспроможності (п. 8 Порядку). І хоча зазначені положення повною мірою кореспондуються із положеннями ст. 176 ЦК України, яка також розмежовує відповідальність держави, АРК і територіальних громад, однак у цьому разі, на нашу думку, не вистачає впливу державного елемента, про який ми писали вище. Держава повинна, у відповідний спосіб, з метою захисту приватних і суспільних інтересів (у разі явно завищених

⁵⁹⁶ Про затвердження Порядку здійснення місцевих запозичень: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 лютого 2011 р. № 110. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/110-2011-п#Text>

ризиків для учасників фінансових операцій) не залишатися осторонь аналізованих процесів.

Саме тому, на наше глибоке переконання, слід обмежувати здійснення запозичень, особливо в умовах зростання державного чи місцевого боргу, дефіциту бюджету, зниження ВВП, фінансових, економічних і політичних криз, оскільки виплати за зобов'язаннями у майбутньому можуть бути доволі проблематичними. Тобто боргові зобов'язання держави мають відповідати реальним можливостям їх виплат. Як влучно свого часу висловився німецький мислитель, філософ, психолог Фрідріх Вільгельм Ніцше, наш борг – це право, яке інші мають на нас. Здійснюючи запозичення, представники сучасної влади не дуже переймаються тим, як повертатимуть кошти, головне – отримати їх, профінансувати те, на що не вистачає державного бюджету, а хто і як повертатиме – це вже проблеми майбутніх поколінь. Утім це проблема сьогодення, адже саме від нас залежить, хто і як здійснюватиме розрахунки за отриманими сьогодні запозиченнями.

Необхідно погодитись із О. А. Музикою-Стефанчук у тому, що український ринок місцевих запозичень має чимало вад. Обіг вітчизняних облігацій внутрішніх місцевих позик недостатньо врегульований. Зокрема, в їхню основу закладається насамперед потреба емітента у коштах, а не очікування інвестора; не враховується, хто і з якою метою буде їх купувати. Окрім того, місцеві органи влади мають обмежений доступ до ринку запозичень: обмеження стосуються строків, обсягів запозичень, порядку їх випуску та оформлення. Ринок муніципальних облігацій має бути зорієнтований на основного покупця – інвестиційні та страхові компанії, громадян. Прикладом такого ринку може слугувати ринок муніципальних облігацій США⁵⁹⁷.

На публічно-приватну правову природу відносин у сфері запозичень впливає передусім статус учасників цих відносин, а саме однієї зі сторін, якою обов'язково виступає відповідний орган публічної

⁵⁹⁷ *Музика-Стефанчук О. А. Фінансово-правова основа місцевого самоврядування в зарубіжних країнах: навч. посібник. К.: Правова єдність, 2009. С. 157.*

влади. Хоча слід зауважити, що договір державної чи місцевої позики, стороною якого є державно-владний орган, оформляється за правилами приватного кредиту, але при цьому продовжує перебувати під впливом фінансово-правових норм, що покликані забезпечити реалізацію важливих функцій держави, зокрема соціальних і політичних⁵⁹⁸.

Окремі вчені виділяють триланкову систему впливу на відносини кредитування: 1) диспозитивні методи (забезпечують регламентування кредитування в режимі приватноправових відносин, наприклад, коли йдеться про банківське кредитування, що існує в умовах договірних відносин, рівності сторін); 2) імперативні методи (характеризують обов'язкову наявність у цих відносинах держави як провідного її суб'єкта, який встановлює режим, права й обов'язки суб'єктів і фактично наказує їм, як будувати свою поведінку – наприклад, відносини з приводу податкового кредиту, коли платникові не надається альтернатива чи право вибору; він просто зобов'язаний укласти договір податкового кредиту); 3) сукупність комплексу методів, які поєднують імперативне й диспозитивне регулювання, притаманне окремим відносинам у галузі правового регулювання, передусім стосується державного кредиту⁵⁹⁹.

У бюджетних правовідносинах на стадії виконання бюджету, коли відбувається безпосереднє витрачання бюджетних коштів і фінансування видатків, трапляються касові розриви. Відповідно до ст. 73 БК України Рада міністрів АРК, місцеві державні адміністрації, виконавчі органи відповідних місцевих рад за рішенням Верховної Ради АРК або відповідної місцевої ради можуть отримувати:

1) позики на покриття тимчасових касових розривів, що виникають за загальним фондом та бюджетом розвитку місцевих бюджетів, у фінансових установах на строк до трьох місяців у межах

⁵⁹⁸ *Залевский В. Г.* Правовое регулирование государственных (федеральных) займов в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. М., 2002. С. 3.

⁵⁹⁹ *Зайцева Н. А.* Публічно-правова природа державного кредиту. *Форум права*. 2008. № 3. С. 159. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08znapdk.pdf>

поточного бюджетного періоду, у виняткових випадках за рішенням Кабінету Міністрів України стосовно бюджету АРК і міських бюджетів – у межах поточного бюджетного періоду. Порядок отримання та погашення таких позик визначається Міністерством фінансів України;

2) позики на покриття тимчасових касових розривів місцевих бюджетів відповідно до ч. 5 ст. 43 БК України. Такі позики не надаються у разі розміщення коштів місцевого бюджету на депозитах та/або обслуговування коштів місцевого бюджету в частині бюджету розвитку та власних надходжень бюджетних установ в установах банків.

Надання позик з одного бюджету іншому забороняється.

Стосовно укладання правочинів щодо отримання позик, кредитів у фінансових установах зазначимо, що тут є чимало проблем. Нині більшість банків на 100% не готові кредитувати органи місцевого самоврядування, оскільки є значний ризик неповернення кредитів. Проблемним є гарантування повернення запозичень. Якщо місцева рада бере, наприклад, кредит у якійсь фінансовій установі, то необхідною умовою повернення коштів є забезпечення кредиту. Для органів місцевого самоврядування досить складно гарантувати повернення кредиту. По-перше, проблемним є використання комунального (муніципального) майна як об'єкта застави під кредит. Банкам не дуже вигідно брати таке майно під заставу, оскільки при зверненні стягнення на нього ускладнюється процедура його реалізації на торгах, продаж майна часто суперечить інтересам територіальної громади; також є об'єкти, які не можуть бути такими, що не підлягають відчуженню. По-друге, не можуть бути гарантією повернення кредиту і кошти, що надходять у вигляді міжбюджетних трансфертів, оскільки деякі з них мають виключно цільове призначення, а інші надаються у разі перевищення видатків бюджету над його доходами і не використовуються для фінансування видатків на обслуговування боргу місцевих бюджетів, тобто для повернення кредитів. Практичною гарантією повернення кредиту можуть бути майбутні власні доходи відповідного місцевого бюджету (тих доходів, що не враховуються під час визначення обсягів міжбюджетних трансфертів). Кредиторів ж такої гарантії

недостатньо, оскільки достеменно невідомо, чи надійдуть такі доходи в необхідній кількості.

Аналізуючи особливості законодавчого регулювання муніципальних запозичень у Франції, В. Т. Валієв доходить висновку про те, що з усіх форм запозичень у цій державі найбільшого поширення набули банківські кредити. Основна причина незначної частки облігаційних запозичень, на його думку, полягає в особливостях державного устрою (велика кількість маленьких муніципалітетів), а також у відсутності податкових пільг⁶⁰⁰.

Для деяких країн (наприклад, Німеччини, Великобританії) характерним є, до певної міри, жорстке федеральне регулювання відносин у сфері муніципальних запозичень, але «жорсткість» не означає втручання органів державної влади у відносини органів місцевого самоврядування.

Отже, важливо провести чітку межу між публічним (а саме бюджетно-правовим) і приватноправовим регулюванням відносин у галузі бюджетних запозичень. На нашу думку, всі організаційні передумови та виконання зобов'язань боржників (органів публічної влади) за такими запозиченнями регулюються фінансовим, зокрема бюджетним, правом. Відносини ж, що виникають на етапі після з'ясування передумов і до виконання зобов'язань боржників, мають ознаки приватноправових (особливо це стосується добровільності вступу у ці відносини, купівлі облігацій місцевої і державної позики).

Вступаючи в бюджетні відносини з приводу запозичень, наприклад, випускаючи облігації внутрішньої чи зовнішньої позики, органи публічної влади мають на меті, зокрема, таке: 1) фінансування дефіциту державного чи місцевого бюджету; 2) погашення боргових зобов'язань минулих періодів; 3) покриття тимчасових касових розривів, що виникають у процесі виконання бюджету; 4) фінансування програм загальнодержавного чи місцевого значення, що потребують значних ресурсів, а капітальних видатків не це або не вистачає,

⁶⁰⁰ *Валієв В. Т.* Правовое регулирование государственных и муниципальных заимствований (на примере Московской области): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. М., 2003. С. 17–18.

або вони взагалі не були передбачені в бюджеті; 5) фінансування поточних видатків (однак така мета має бути виключною).

Н. А. Зайцева пише, що «наявність фонду (казни), який будувався шляхом зустрічного руху, доходів і видатків, призвело до ситуації, коли ці два канали не збігалися, і виникала потреба покриття розривів, подолання або зменшення перевищення видатків над доходами». Саме в таких умовах і почала зароджуватись ідея, а потім примітивні форми державного кредитування. «Такий процес відбувався, з одного боку, шляхом заміщення приватноправових механізмів публічно-правовими конструкціями, з іншого – завдяки більш активному втручання публічного суб'єкта (держави) в приватноправове регулювання»⁶⁰¹. У цьому також проявляється зв'язок цивільно- та фінансово-правової політики.

Таким чином, шляхом аналізу законодавчого регулювання низки суміжних відносин у цивільному і фінансовому праві виявлено тісний взаємозв'язок і взаємне проникнення його публічних і приватних елементів. Зокрема, договірна сфера вже не є предметом винятково приватноправового регулювання й цивільно-правових наукових досліджень. У зв'язку з цим предмет фінансово-правового регулювання дещо розширюється, проте це не означає звуження предмета цивільно-правового регулювання. Необхідно визнати, що певні договірні відносини навіть у правозастосовній формі реалізації відповідних видів правової політики мають подвійну правову природу.

Цивільне право використовує набутки фінансового права, а інші публічні галузі права, наприклад, конституційне, адміністративне та кримінальне право, – забезпечують додаткові можливості фінансово-правового регулювання. Одним із завдань розглянутих видів правової політики є вироблення й уніфікація суміжних правових категорій для оптимізації врегулювання аналізованих відносин.

⁶⁰¹ Зайцева Н. А. Публічно-правова природа державного кредиту. *Форум права*. 2008. № 3. С. 159. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08znepdk.pdf>

4.5. Порівняння цивільно-правової та кримінально-правової політики

У системі права цивільне і кримінальне право відіграють особливу роль. Це, відповідно, стосується також цивільно-правової та кримінально-правової політики. Від того, як вони взаємодіють, залежить продуктивність всієї правової політики. Тому зараз, коли відбувається одночасне реформування цивільного і кримінального законодавства, важливе значення у цьому процесі відводиться системному підходу. У практичному розумінні – це вимога реальної взаємодії відповідних робочих груп, які мають узгоджувати свої позиції щодо охорони та захисту приватних і публічних інтересів у цивільному, кримінальному та інших, матеріальних і процесуальних галузях законодавства. З цього приводу цілком поділяємо раціональні «осінні роздуми» Є. Л. Стрельцова, члена робочої групи з питань розвитку кримінального права (у складі Комісії з питань правової реформи): «... держава повинна чітко визначити, що потрібно регулювати (розвивати), а що треба охороняти». Фахівці-юристи на рівні кожної галузі, з урахуванням правових постулатів, теоретичних розробок мають надати всім державним планам і програмам нормативний (обов'язковий) характер; важливо враховувати «специфіку» кримінального права, аби не дискредитувати правову політику держави і не гальмувати її соціальний розвиток. Як соціальна «хірургія», кримінальне законодавство «повинно вибудовувати й певні «кордони» для діяльності відповідних державних структур щодо їх втручання в особисте приватне життя»⁶⁰².

У попередньому підрозділі дослідження ми вже акцентували на тому, що упродовж першої та другої сесії IX скликання Верховної Ради України (29 серпня 2019 р. – 17 січня 2020 р.) найбільш активним з-поміж інших комітетів був Комітет з питань фінансів, податкової та митної політики. Функціонально він був головним щодо опрацювання (проходження) у Парламенті 233 законопроектів

⁶⁰² Стрельцов Є. Л. Реформа кримінального законодавства України: осінні роздуми. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 30–31, 49.

(20% усіх зареєстрованих). Комітет з питань правоохоронної діяльності посів друге місце – був визначений як головний для 11% законопроектів⁶⁰³. Зазначене може свідчити про те, що у сфері правової політики увага приділяється здебільшого державним інтересам; наразі у правовому регулюванні суспільних відносин домінує імперативний метод. За таких обставин вплив цивільно-правової політики на процеси державотворення має помітно зрости.

Існує значний обсяг давніх і сучасних досліджень про кримінальну політику, кримінально-правову політику⁶⁰⁴. Справедливо

⁶⁰³ Див.: Моніторинг законотворчої діяльності Верховної Ради: перші дві сесії IX скликання. URL: <https://parlament.org.ua/2020/02/19/monitoryng-zakonotvorchoyi-diyalnosti-verhovnoyi-rady-pershi-dvi-sesiyi-ih-sklykannya/> (дата звернення: 19.02.2020).

⁶⁰⁴ Див., зокрема: *Чубинский М. П.* Курс уголовной политики. Изд. 2-е. СПб.: Типография товарищества «Общественная польза», 1912. 326 с.; *Коробеев А. И.* Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации: монография. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1987. 268 с.; *Коробеев А. И., Усс А. В., Голик Ю. В.* Уголовно-правовая политика. Тенденции и перспективы. Красноярск: Изд-во Красноярск. ун-та, 1991. 238 с.; *Даньшин І., Зелінський А.* Кримінальна політика: за і проти. *Право України*. 1992. № 8. С. 29–35; *Митрофанов А. А.* Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація. Одеса: Вид-во Одеського юридичного інституту НУВС, 2004. 132 с.; *Фріс П. Л.* Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. К.: Атіка, 2005. 332 с.; Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми: матеріали міжнародної наукової конференції, Донецьк, 17–18 листопада 2006 року. Донецьк: Донецький юридичний інститут ЛДУВС, 2006. 360 с.; *Фріс П. Л.* Політика у сфері боротьби зі злочинністю і права людини. Надвірна: Вид-во ЗАТ «Надвірнянська друкарня», 2009. 168 с.; *Лопашенко Н. А.* Уголовная политика. М.: Изд-во «Волтерс Клувер», 2009. 608 с.; *Баулін Ю. В.* Вибрані праці. Харків: Право, 2018. С. 878–883; *Борисов В. І.* Сучасна політика держави у сфері боротьби зі злочинністю та її кримінально-правовий напрям. У кн.: Борисов В. І. Вибрані твори. Харків: Право, 2018. С. 377–389; *Козич І. В.* Кримінально-правова політика: функції та функціонування. Івано-Франківськ, 2020. 300 с.

виокремлюють і кримінологічну політику⁶⁰⁵, кримінально-виконавчу політику⁶⁰⁶. Ми не станемо аналізувати ці види правової політики, а зосередимо увагу на іншому.

Галузі публічного та приватного права досить часто протиставляють одна одній як правові системи, що кардинально різняться за предметом і методом правового регулювання. Зокрема, кримінальне право – це публічна галузь права з імперативним методом правового регулювання, в той час як цивільне право є уособленням приватного начала та диспозитивного врегулювання відносин. У науковій літературі значна увага приділяється проблемам розмежування сфер дії та визначенню меж правового регулювання між публічними та приватними галузями права⁶⁰⁷.

Рене Давид доречно підкреслив, «що право знаходиться у стані кризи... Сьогодні вийшла на сцену ідея дистрибутивної справедливості. Як наслідок цього, акцент, що колись робився на відносинах між приватними особами і на приватному праві, сьогодні перемістився на публічне право. Головна роль у забезпеченні нового типу справедливості в оновленому суспільстві відводиться державі й управлінню. Правові поняття і техніка, які ще недавно були задовільними, для реалізації такої цілі є недостатніми ...»⁶⁰⁸.

Водночас, як слушно зазначає Д. М. Горшунов, в галузевих науках мають сприйматися та адекватно застосовуватись універсальні

⁶⁰⁵ Див., наприклад: *Голіна В. В.* Кримінологічна політика та її значення для теорії і практики запобігання злочинності. У кн.: *Голіна В. В.* Вибрані праці. Харків: Право, 2020. С. 518–521.

⁶⁰⁶ Див., зокрема: *Письменський Є. О.* Державна політика у сфері виконання покарань. У кн.: Кримінально-виконавче право України: підручник: ТОМ I (у 2-х т.) / [Музика А. А., Конопельський В. Я., Письменський Є. О. та ін.]. За заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. Є. Ю. Бараша. Київ: Нац. акад. внутр. справ, ФОП Кандиба Т. П. 2018. С. 40–63.

⁶⁰⁷ Наприклад: *Кубко А. Є.* Реалізація публічних інтересів у цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К, 2012. 225 с.; *Венедіктова І. В.* Методологічні засади охоронюваних законом інтересів у приватному праві: монографія. Х.: Нове Слово, 2011. 260 с.

⁶⁰⁸ *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1997. С. 52 – 53.

правові конструкції. Не варто вводити до обороту суперечливі, з точки зору побудови системи права, категорії, займатися підміною понять та евристикою щодо існуючого правового комплексу. Тому існує необхідність у відстеженні зі сторони загальної теорії права змін в галузевій юриспруденції і, з іншого боку, спирання на загальнотеоретичні постулати в галузях права⁶⁰⁹.

Дослідження міжгалузевих зв'язків цивільного та кримінального права має багаторічну історію. Цьому питанню приділяли увагу, зокрема, Л. С. Білогриць-Котляревський⁶¹⁰, О. І. Бойко⁶¹¹, А. Е. Жалінський⁶¹², О. М. Ігнатов⁶¹³, Пікуров⁶¹⁴, М. С. Таганцев⁶¹⁵, І. Я. Фойницький⁶¹⁶.

Свого часу І. Я. Фойницький із сумом писав, що «в нас у моді не звертати увагу на начала цивільного права під час аналізу

⁶⁰⁹ Горшунув Д. Н. Концептуальное развитие современного российского частного права. *Российская правовая политика в сфере частного права: материалы «круглого стола» журналов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь»*, г. Казань. Казанский (Приволжский) федеральный университет. 22 июня 2010 г. Отв. ред. А. В. Малько. Д. Н. Горшунув. М., 2011. С. 27.

⁶¹⁰ *Белогриц-Котляревский Л. С. Очерки курса русского уголовного права. Общая и особенная части*. Киев-Харьков: Южно-русское книгоиздательство Ф. А. Иогансона. 1908 г. С. 12.

⁶¹¹ *Бойко А. Н. Система и структура уголовного права*. В 3-х т. Том I. Системология и структурализм в современной познавательной культуре. Ростов н/Д: Изд-во ЮФУ. 2007. С. 340–366.

⁶¹² *Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ*. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект. 2009. С. 56–66; 254–284.

⁶¹³ *Игнатов А. Н.* В кн.: *Уголовное право России*. Т. 1. М.: ИНФРА-М. Норма. 1998. С. 16.

⁶¹⁴ *Пікуров Н. И. Теоретические проблемы межотраслевых связей уголовного права*. днс. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Волгоград, 1998. 410 с.

⁶¹⁵ *Таганцев Н. С. Русское уголовное право*. Т. 1. Тула: Автограф. 2001. С. 101–102.

⁶¹⁶ *Фойницький І. Я. Мошенничество по русскому праву*. 2 части. Спб., в типографии товарищества «Общественная польза», 1871. Часть 1. VIII, 254 с.

кримінально-юридичних питань, що мають з ним тісний зв'язок... Таке ігнорування... дуже негативно впливає на якість кримінально-юридичної діяльності держави; втрачаючи з під ніг ґрунт права та правовідносин, вона може зачепитися лише за моральні начала або аморальні дії, які в ізольованому вигляді до добра не доведуть»⁶¹⁷.

А. Е. Жалінського дивувало, що до проблем про співвідношення кримінального і цивільного права виявляють інтерес лише криміналісти, а цивілісти ставляться до них байдуже. Але ж «за природою права і через ідеальні помисли законодавця... взаємодія кримінального і цивільного права позитивно впливає на стан правової системи та економіки, яку ця система регулює. На практиці ж норми кримінального і цивільного права або суперечать одна одній, або не забезпечують регулятивними нормами застосування необхідної відповідальності, або, що найбільш небезпечно, норми кримінального права обмежують дію цивільно-правових норм»⁶¹⁸.

Останнім часом у вітчизняній кримінально-правовій літературі окреслена проблема лише фрагментарно розкривається і фактично повністю ігнорується у цивілістичних дослідженнях. На цьому фоні становить особливий інтерес нещодавно проведене вітчизняними спеціалістами дослідження диспозитивного методу в аспекті формування та реалізації кримінально-правової політики⁶¹⁹.

Підтримуємо позицію А. Е. Жалінського і вважаємо, що назріла необхідність створення оптимальної моделі системи законодавства та правової політики, в якій вплив норм однієї галузі права на застосування норм іншої галузі відповідав би внутрішнім властивостям права, закономірностям його реалізації та потребам суспільства⁶²⁰.

⁶¹⁷ Фойницький И. Я. Мошенничество по русскому праву. 2 части. Спб., в типографии товарищества «Общественная польза». 1871. Часть I. VIII. С. 19.

⁶¹⁸ Жалинский А. Э. О соотношении уголовного и гражданского права. *Государство и право*. 1999. № 12. С. 47.

⁶¹⁹ Фріс П. Л., Козич І. В., Гануляк Е. М. Диспозитивний метод реалізації кримінально-правової політики: монографія. Івано-Франківськ, 2020. 203 с.

⁶²⁰ Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009. С. 56.

Слушними є міркування А. Г. Безверхова: будь-яка галузева взаємодія обмежена тією галуззю, яка одночасно і спільно регулюється взаємопов'язаними галузями права та законодавства. У межах економічних (зокрема майнових) відносин утворюються взаємовідносини і тісна «співпраця» між кримінальним і цивільним правом⁶²¹.

Ми поділяємо думки про те, що під час охорони цивільно-правових відносин слід враховувати характер цих відносин (об'єкт кримінально-правової охорони) та зміст цивільно-правових норм; цивільному праву належить певний пріоритет над кримінальним правом⁶²².

Прикладом проблемних міжгалузевих зв'язків кримінального та цивільного права є практика застосування такої правової категорії, як «майно». У цивільному праві поняттям «майно» охоплюються не лише матеріальні, а й нематеріальні цінності. У ст. 190 ЦК України зазначається, що майно – це особливий об'єкт цивільного права і під ним слід розуміти не лише окрему річ, а й їх сукупність, а також майнові права та обов'язки. У кримінальному праві немає однастайності щодо розуміння цієї правової категорії. Зокрема, існує позиція щодо розширеного розуміння предмета злочину (наприклад, Н. О. Антонюк, А. Г. Безверхов, П. В. Олійник, О. Є. Спірідонова, С. І. Улезько), відповідно до якої слід відійти від традиційної матеріальної ознаки предмета злочину.

Судова практика також іде цим шляхом. У п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності» від 25 грудня 1992 р. № 12 зазначалося: «Предметом шахрайства і вимагательства є не тільки майно, а й право на нього (надання права вимагати виконання зобов'язань, документи, які надають право на отримання майна, тощо), а вимагательства – і будь-які дії майнового характеру

⁶²¹ *Безверхов А. Г.* Имущественные преступления: монография. Самара: Издательство «Самарский университет». 2002. 359 с. URL: <https://textarchive.ru/c-2330828-p41.html> С. 320–321.

⁶²² *Мальцев В. В.* Понятие и место уголовного права в системе отраслей права. *Государство и право*. 2000. № 5. С. 54.

(передача майнових вигод або відмова від них, відмова від прав на майно тощо)»⁶²³.

В іншій постанові – «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 р. № 10 Пленум Верховного Суду України поширив аналізоване положення на всі посягання, передбачені розділом VI КК України: «Предметом злочинів проти власності є майно, яке має певну вартість і є чужим для винної особи: речі (рухомі й нерухомі), грошові кошти, цінні метали, цінні папери тощо, а також право на майно та дії майнового характеру, електрична та теплова енергія» (п. 2)⁶²⁴. Отже, у постанові предметом злочину визнається суб'єктивне право (право на майно), а також дії майнового характеру.

Загалом позитивно сприймаємо об'єктивну необхідність розширення поняття предмета злочину (наприклад, визнання предметом посягання інформації, електроенергії, але винятково тому, що вони належать до матеріальних утворень). Поділяємо позицію А. А. Музики та Є. В. Лащука і вважаємо, що наведений вище науковий підхід та судова практика видаються доволі спірними (зокрема, про визнання предметом злочину права на майно; що тоді є об'єктом злочинів проти власності?). Адже розширення поняття предмета злочину потрібно здійснювати не шляхом ігнорування ознаки матеріальності, а навпаки – відповідально досліджуючи її зміст⁶²⁵.

Отже, цивілістичне розуміння сутності майна є неприйнятним для сучасного кримінального права. Необхідні подальші наукові пошуки компромісу і наступного їх законодавчого втілення.

⁶²³ Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. За заг. ред. В. Т. Маляренка; упорядник П. П. Пилипчук. К.: Юрінком Інтер, 2007. С. 83.

⁶²⁴ Практика застосування Верховним Судом України положень Особливої частини Кримінального кодексу України [уклад. О. П. Горох]; За заг. ред. А. А. Музики. К.: «Центр учбової літератури», 2017. С. 203.

⁶²⁵ *Музыка А. А., Лащук Є. В.* Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. К.: ПАЛИВОДА А. В., 2011. С. 114.

Ще одним прикладом проілюструємо, як у кримінальній справі через ігнорування на практиці теоретичних положень кримінально-правової доктрини про об'єкт злочину, що пов'язане з некоректним розумінням сутності публічних і приватних інтересів, було ухвалене, на нашу думку, незаконне рішення. У своїй постанові від 6 листопада 2018 р. Верховний Суд колегією суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду дійшов такого висновку: «... зважаючи на те, що *безпосереднім об'єктом хуліганства є саме громадський порядок, а спричинена конкретним особам шкода є лише проявом посягання на основний об'єкт, звільнення особи від кримінальної відповідальності в зв'язку з примиренням винного з потерпілим може мати місце лише тоді, коли кримінальне правопорушення завдає шкоди приватним інтересам фізичної особи, а не публічним інтересам*»⁶²⁶ (курсив наш. – Л. М.). Тому рішення апеляційного суду про неможливість звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 296 КК (у разі примирення винного з потерпілим) Верховний Суд визнав обґрунтованим.

Для ухвалення такого рішення нічого подібного у ст. 46 КК України не передбачено. По-перше, у ній немає «прив'язки» до конкретних категорій діянь (окрім корупційних кримінальних правопорушень). Йдеться лише про кримінальний проступок або необережний нетяжкий злочин, а це стосується класифікації кримінальних правопорушень (ст. 12 КК України). Також відсутній хоча б якийсь натяк про виокремлення приватного чи публічного інтересу, які необхідно брати до уваги під час вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. По-друге, шкода громадському порядку під час хуліганства завдається якраз через заподіяння шкоди (фізичної, майнової чи моральної) власне фізичній або юридичній особі. Іншого варіанту просто не існує. По-третє, прояв – це «дія, процес, що робить явним, помітним чий-небудь стан, чийсь почуття, наміри і т. ін.; вияв; ... форма, в яку втілюється,

⁶²⁶ Постанова Верховного Суду від 6 листопада 2018 р. Справа № 689/695/17. Провадження № 51- 3147 км 18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77720774>

в якій спостерігається що-небудь»⁶²⁷. Тому спричинена конкретним особам шкода не «є лише проявом посягання на основний об'єкт», як написано у постанові. Насправді це і є опосередковане посягання на основний об'єкт (громадський порядок) через заподіяння шкоди додатковому обов'язковому альтернативному об'єкту хуліганства (здоров'я особи, власність).

Тут потрібно наголосити ще на тому, що ст. 46 КК України має дивну назву: «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим». Буквально це означає, що за наявності кримінально-правового конфлікту «право вибачити» належить не потерпілому, а фактичному злочинцеві.

Зв'язок цивільного та кримінального законодавства передбачає, наприклад, що для правильного встановлення кримінальної протиправності є неприпустимою наявність протиріч між відповідними кримінально-правовими заборонами та юридичними дозволами цивільно-правової природи. Звідси випливає, що кримінальне законодавство має враховувати правомірність поведінки, передбачену, зокрема, цивільним законодавством. Положення кримінального закону не повинні суперечити майново-правовим закономірностям та відображеним у цивільному праві об'єктивно-суб'єктивним характеристикам майнових зв'язків. Заборони в кримінальному праві не мають заперечувати дозволи цивільного права і навпаки. Адже завдяки одним із них визначаються межі інших⁶²⁸. Як справедливо стверджував Б. С. Никифоров, навряд чи можна дозволити, аби на основі одних і тих самих дій суб'єкт був визнаний винуватим у шахрайстві і водночас таким, що вчинив правомірну дію з позиції цивільного права⁶²⁹.

⁶²⁷ Словник української мови: в 11 томх. АН УРСР. Інститут мовознавства. За ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970 – 1980. Том 8, 1977. С. 355.

⁶²⁸ *Безверхов А. Г., Артамонова М. А.* К проблеме действия Уголовного кодекса РФ в системе межотраслевых связей. *Вестник Самарской гуманитарной академии.* Серия «Право». 2010. № 1 (7). С. 99.

⁶²⁹ *Никифоров Б. С.* Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву; Отв. ред.: Кириченко В.Ф. М.: Изд-во АН СССР, 1952. С. 104.

Взаємозв'язок цивільного, сімейного, кримінального права та кримінального процесу проілюструємо на прикладі одіозної справи, що стосується захисту прав дитини, її права власності на майно (ст. 179 СК України).

Боржник Б. упродовж багатьох років сплачує аліменти дитині не в повному обсязі, а частково – цей розмір є набагато меншим порівняно з тим, що мав би бути відповідно до закону та судового рішення. Такий варіант псевдовиконання судового рішення (воно має виконуватись повністю, а не частково, на що звернув увагу Верховний Суд у постанові від 30 квітня 2020 р.⁶³⁰), використовувався боржником Б. як один із способів злісного ухилення від сплати аліментів – для приховування саме злісного характеру ухилення від сплати реального розміру аліментів.

У серпні 2018 р. державним виконавцем була встановлена заборгованість зі сплати Б. аліментів на утримання дитини. Від того часу і дотепер божник заперечує борг і в багатьох судових процесах цивільної юрисдикції (ініційованих ним) безпідставно оскаржує дії державних виконавців, які встановили невиконання ним судового рішення. Зазначена злочинна поведінки боржника, що триває не один рік, також свідчить про злісний характер ухилення ним від сплати аліментів на утримання сина. Ця особа з 2018 р. перебуває в Єдиному реєстрі боржників, до неї застосовано обмежувальні заходи, порушено кримінальне провадження за ч. 1 ст. 164 КК України (ухилення від сплати аліментів на утримання дітей).

На тлі реформування системи правоохоронних органів та загальнодержавної програми «Чужих дітей не буває» питання щодо прав дітей, зокрема, на належне утримання їх батьками, залишається вкрай актуальним.

Дитина має право. Саме цей постулат має проходити червоною ниткою крізь усі справи, що стосуються інтересів та прав дітей. Роками в Україні спостерігається ситуація, коли діти не

⁶³⁰ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 30 квітня 2020 р. Справа № 283/1309/17. Провадження № 51-6197 км 18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/89034919>

отримують належного утримання від власних батьків. До 2016 р. ст. 164 КК України фактично не «працювала», оскільки йшлося про заборгованість зі сплати аліментів упродовж шести місяців. Практика застосування аналізованої статті склалася таким чином, що боржнику було достатньо лише раз протягом цього строку здійснити платіж на будь-яку суму, аби вважалось – злісності у діях боржника немає. Заяви про внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань про такі злочини навіть не реєструвались. 2 червня 2016 р. до зазначеної статті були внесені зміни – зокрема, скоротили строк (який має свідчити про злісний характер ухилення від сплати аліментів) від 6 до 3 місяців. І наразі заборгованість встановлюють на підставі сукупного обрахунку, тобто часткове погашення боргу упродовж передбаченого законом строку не виключає наявності в діях боржника ознаки злісності.

У 2017 р. в Україні посилили відповідальність для батьків – неплатників аліментів: відтоді їм забороняють виїзд за кордон, позбавляють права керування автомобілем, полювання і мати зброю. За 2018 р. понад 20 тис. батьків виплатили свій борг. Протягом перших кількох місяців, після запровадження нових правил, кількість боржників зменшувалася стрімко – щомісяця борг погашали понад 5 тис. осіб⁶³¹.

На жаль, працівникам правоохоронних органів доволі часто бракує досвіду і бажання розслідувати справи про злісне ухилення від сплати аліментів. Вже на стадії внесення відомостей до ЄРДР спостерігаємо хронічне порушення вимог закону. Відповідно до ст. 214 КПК України слідчий, дізнавач, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до ЄРДР і розпочати розслідування. Проте зазначені посадові особи систематично ігнорують процесуальний закон і

⁶³¹ В Україні скоротилася кількість боржників з аліментів. URL: https://humanrights.org.ua/material/v_ukrajini_skorotilas_kilkist_borzhnikov_po_alimentam_ (дата звернення: 28.02.2019).

не виконують своїх службових обов'язків. У судовому порядку їх зобов'язують вчинити відповідні дії. Це вже стало «патологічною нормою». І триватиме подібна практика доти, доки таких осіб не притягуватимуть до кримінальної відповідальності.

Сумно знайомитись із постановою про закриття кримінального провадження в одній із таких справ. Без проведення жодної слідчої дії, за наявності розрахунку заборгованості, в якому державний виконавець встановив багатотисячний борг, що накопичився протягом багатьох років несплати аліментів боржником, слідчий у постанові «обгрунтував» своє незаконне рішення тим, що ці відносини є цивільно-правовими: «... дані відносини між їх суб'єктами повинні врегульовуватись у судовому порядку, що передбачено ст. 16 Цивільного кодексу України»⁶³².

Псевдорозслідування цього елементарного кримінального провадження тривало понад два роки і завершилося нічим. Воно має свою ганебну «історію» та перспективу стати предметом розгляду в Європейському суді з прав людини. У кінцевому підсумку таких непрофесійних дій, що містять ознаки злочину, були порушені права дитини.

Відповідно до ч. 1 ст. 164 КК України «злісне ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліментів), а також злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або працездатних дітей, що перебувають на їх утриманні, – карається громадськими роботами на строк від вісімдесяти до ста двадцяти годин або арештом на строк до трьох місяців, або обмеженням волі на строк до двох років». У примітці до цієї статті зазначено, що слід розуміти під злісним ухиленням від сплати коштів на утримання дітей (аліментів) – це будь-які діяння боржника, спрямовані на невиконання рішення суду (приховування доходів, зміну місця проживання чи місця роботи без повідомлення державного виконавця, приватного виконавця тощо), які призвели до виникнення заборгованості із сплати таких коштів у розмірі, що сукупно складають суму виплат за три місяці відповідних платежів.

⁶³² Див.: Матеріали кримінального провадження № 12018100100009634. Архів Шевченківського УП ГУНП у м. Києві. 2020 р.

Тобто законодавець акцентує на тому, що злісний характер ухилення від сплати аліментів – це невиконання рішення суду (різні дії чи бездіяльність особи, яка має сплачувати аліменти), що призвело до виникнення певної заборгованості зі сплати таких коштів; зазначена заборгованість може утворюватися не лише через несплату аліментів у повному розмірі **щомісячно**, а й унаслідок **часткової сплати аліментів**, оскільки розмір заборгованості – це як мінімум сума виплат за три місяці відповідних платежів, яка визначається **сукупно** (разом, сумарно).

Цікаво, що для притягнення до кримінальної відповідальності у разі безпідставної невиконання заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплати громадянам законом встановлено зовсім інший строк – «більш ніж за один місяць» (ст. 175 КК України). За логікою законодавця, дитина може зачекати без джерел до існування й три місяці. Звісно, це краще, аніж попередня вимога про шість місяців, але, вважаємо, що слід зменшити цей строк до одного місяця. Таким чином буде враховано конституційний принцип рівності всіх перед законом, адже дитина – це також людина; аліменти є (подеколи єдиним) її джерелом засобів до існування.

Доцільно також наголосити на тому, що загальна норма (згідно з ч. 1 ст. 382 КК України), якою передбачена кримінальна відповідальність за невиконання рішення суду, не містить ознаки «злісність». Вважаємо, що у ст. 164 КК України необхідно вилучити згадування про злісний характер діяння. Адже дитина має не лише писане (позитивне), а й природне право (лат. *lex naturalis*) на належне утримання і виховання з боку батьків. Власне факт невиконання рішення суду щодо сплати аліментів є прямим порушенням природних прав дитини і не має значення для настання відповідальності особи наявність чи відсутність в її діяннях злісності під час ухилення від виконання батьківського обов'язку.

Наразі, як і завжди, чи не найскладнішим у таких справах є необхідність доведення **злісного характеру** ухилення від сплати аліментів. Зокрема, непоодинокими є випадки, коли боржники, з метою ухилення від сплати аліментів дітям, за змовою зі своїми батьками «фальсифікували» відповідний судовий процес та одержували фіктивне судові рішення про сплату аліментів на їх

утримання. Поширеною також є практика оформлення боржником догляду за родичами, найчастіше, – це догляд за престарілими бабою чи дідом. Цим «обов'язком» платник аліментів пояснював факт багаторічної неспроможності працювати й утримувати дитину. З огляду на такі обставини державні виконавці роками не розглядали зазначені випадки як спосіб ухилення від сплати аліментів. Це ганебна практика, яку необхідно терміново змінювати на користь інтересів дитини.

Важливо пам'ятати, що під час визначення розміру аліментів суд враховує, зокрема, наявність у платника аліментів інших дітей, непрацездатних чоловіка, дружини, батьків, дочки, сина (п. 3 ч. 1 ст. 182 СК України). Цей перелік родичів є вичерпним. Про бабу чи діда тут не йдеться. І тому боржнику потрібно працевлаштуватися і виконувати свій обов'язок перед дитиною, а не злісно ухилитися від сплати аліментів, прикриваючись створенням штучного уявлення про надання допомоги бабі/діду та «сплатою аліментів» своїм батькам.

Відповідно до ч. 2 ст. 51 Конституції України батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття; повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків. Знову про бабу/діда не згадується. При цьому слід наголосити, що передусім про них мають дбати їх діти, а не онуки.

У ч. 1 ст. 264 СК України зазначено, що внуки зобов'язані піклуватися про свою бабу/діда. Тобто боржник має проявляти певну турботу про них (що не передбачає матеріального утримання). Це твердження ґрунтується на положеннях іншої норми СК України, зокрема: повнолітні внуки зобов'язані утримувати непрацездатних бабу/діда, які потребують матеріальної допомоги і якщо у них немає чоловіка/жінки, повнолітніх дочки, сина або ці особи з поважних причин не можуть надавати їм належного утримання, за умови, що повнолітні внуки, можуть надавати матеріальну допомогу (ч. 1 ст. 266).

На підставі викладеного слід визнати, що норма, передбачена ч. 1 ст. 266 СК України, у більшості випадків не може бути застосована, оскільки:

1. Баба/дід можуть не потребувати матеріальної допомоги – вони отримують пенсію і субсидію.

2. У баби/діда можуть бути повнолітні діти, передусім саме вони зобов'язанні про них турбуватися і у разі необхідності – утримувати їх.

3. Окрім боржника, у баби/діда можуть бути й інші повнолітні та забезпечені онуки.

4. Боржник не може надавати матеріальну допомогу бабі/діду, оскільки не працює.

5. У системному розумінні законодавства обов'язок батьків щодо утримання дитини є пріоритетним порівняно з їх турботою стосовно інших родичів.

Незважаючи на наведений системний аналіз сімейного законодавства, державні виконавці для розрахунку заборгованості продовжують незаконно застосовувати ч. 1 ст. 266 СК України і тим самим порушують права та інтереси дітей.

Окремо потрібно наголосити, що такі боржники є ще й негідними громадянами своєї держави. Адже прикриваючись доглядом за бабою/дідом, боржник не лише порушує права дитини, а й ухиляється від виконання свого громадянського обов'язку щодо захисту Батьківщини тоді, коли вона його потребує найбільше. Так, відповідно до ст. 23 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію»: не підлягають призову на військову службу під час мобілізації, зокрема, військовозобов'язані, які зайняті постійним доглядом за особами, що його потребують, відповідно до законодавства України, в разі відсутності інших осіб, які можуть здійснювати такий догляд.

Типовим прикладом порушення прав дітей в аналізованій сфері сімейних відносин є фіксація державними виконавцями так званих «переплат» аліментів. Відомо, що рішенням суду про стягнення аліментів може бути встановлено або тверду суму, або частку від доходів боржника. У будь-якому випадку маються на увазі щомісячні платежі. Коли передбачено частку від доходів, йдеться не винятково про заробітну плату, а про всі доходи боржника. І якщо боржник платить понад зазначений у розрахунку мінімальний розмір – це не означає сплату аліментів наперед і при цьому не виникає жодних переплат. Завжди (щомісяця) мають сплачуватися аліменти у відповідному розмірі від усіх його доходів за відповідний місяць.

Тобто боржник не переплачує, а належно виконує рішення суду у певний період, це є його частка від усіх його доходів відповідного періоду. Ані судові рішення, ані законодавство не передбачають для боржника можливість сплати аліментів дитині наперед. Винятком є положення ч. 6 ст. 181 Сімейного кодексу України: якщо після набрання рішенням суду законної сили, згідно з яким з одного із батьків стягуються аліменти, він виїжджає для постійного проживання у державу, з якою Україна не має договору про правову допомогу, з нього за рішенням суду до його виїзду за межі України може бути стягнуто аліменти за весь період до досягнення дитиною повноліття. Але це виняток, а не загальне правило, і він стосується зовсім інших обставин. Отже, про жодну переплату аліментів не може бути й мови.

Окремо наголошуємо, що боржник роками здійснював пересилку аліментів дитині за її кошт. Відповідно до п. 14 постанови Кабінету Міністрів України «Про перелік видів доходів, які враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб» від 26 лютого 1993 р. № 146 «доставка стягувачу грошових переказів утриманих аліментів через відділення зв'язку провадиться за рахунок платника аліментів». Здійснення доставки аліментних коштів за рахунок коштів дитини є неприпустимим.

Таким чином, з огляду на потреби юридичної практики, вважаємо **необхідним визначити способи злісного ухилення** працездатної особи від сплати аліментів, якими можуть бути:

- приховування саме злісного характеру ухилення від сплати реального розміру аліментів шляхом сплати частини, а не цілого;

- створення фіктивних обставин про нібито його небажання утримувати своїх непрацездатних батьків (наприклад, отримання судового рішення щодо примусового стягнення аліментів на утримання батьків), а відповідно – умисне формування боржником власного образу неплатоспроможної, злиденної людини;

- надуманий боржником факт існування «переплати» ним аліментів, що суперечить сімейному законодавству та судовому рішенням;

 - повне припинення сплати аліментів протягом певного періоду;

 - через ігнорування конституційного пріоритету (порівняно з турботою про інших членів родини) батьківського обов'язку щодо

участі у вихованні дитини – створення штучного уявлення про виняткову необхідність догляду за дідом/бабою власне боржником, а не кимось іншим (у діда/баби можуть бути діти; останні можуть навіть проживати разом з ними);

прикриваючись нібито важкими сімейними обставинами (фіктивна необхідність власне боржником догляду за дідом/бабою), – упродовж багатьох років ухилення від суспільно корисної праці;

приховування справжніх статків – ведення способу життя, за якого видатки не відповідають доходам (наприклад, систематичне перетинання боржником державного кордону України); постійне користування боржником автомобілем престижної марки, зареєстрованим на ім'я іншої особи (звідки у безробітного, який роками ніде не працює, кошти на паливо та утримання автомобіля?); значні матеріальні витрати на адвокатські послуги, пов'язані з численними судовими процесами у цивільних справах, що ініційовані або спровоковані боржником; залучення адвокатів на платній основі у процесі досудового розслідування кримінальних проваджень, порушених проти нього, а також під час безпідставного оспорювання ним дій державних виконавців у Державній виконавчій службі України; використання платних послуг церковних адвокатів під час ініційованих боржником процесів у церковному трибуналі щодо визнання недійсності церковного шлюбу;

відверте ігнорування визначеного законом критерію встановлення розміру аліментів – заборгованість за аліментами платника аліментів, який не працював на час виникнення заборгованості, визначається на підставі середньої заробітної плати працівника для даної місцевості (ч. 2 ст. 195 СК України), а також: безпідставне спростування цього критерію у державній виконавчій службі; безпідставне оспорювання цього критерію в суді.

Про злісний характер ухилення боржника від сплати аліментів також може свідчити низка інших обставин:

тривалість відповідного ухилення (цей строк може вимірюватись роками);

встановлення ним на свій розсуд мізерного розміру коштів (аліментів), що не відповідає чинному законодавству і судовому рішення, нерідко зазначені кошти не сплачуються щомісяця чи

боржник роками, довільно і щоразу обирає різні, зручні для нього дні, покладаючи поштові витрати на дитину;

продовження ухилення після встановлення державними або приватними виконавцями заборгованості.

Таким чином, якщо ухилення від сплати аліментів боржником було злісним, тобто спрямованим на невиконання рішення суду (виконання рішення має бути повним, а не частковим), триває значний проміжок часу (понад 3 місяці сукупно), зазначені діяння мають систематичний характер, не були вимушеними та призвели до виникнення заборгованості зі сплати коштів у розмірі, що сукупно складають суму виплат відповідних платежів за відповідний період, такий боржник вчинив злочин, передбачений ч. 1 ст. 164 КК України.

Для правильного вирішення справ аналізованої категорії необхідно, на нашу думку, враховувати напрацювання й судової практики в цивільних справах щодо заборгованості аліментів. У цьому аспекті важливою і прогресивною видається сучасна позиція Верховного Суду у справах щодо заборгованості зі сплати аліментів дітям. Так, у своєму рішенні від 17 жовтня 2018 р. Верховний Суд наголосив на презумпції вини платника аліментів у виникненні заборгованості з їх сплати⁶³³. Це є підставою для застосування до боржника відповідальності, передбаченої ч. 1 ст. 196 СК України. І суди мають враховувати зазначену презумпцію при встановленні доведеності вини боржника.

В аналізованій справі апеляційний суд не врахував, що доказів щодо звільнення від обов'язку утримувати дитину відповідач не надав. Крім того, боржник був обізнаний зі змістом рішення суду про стягнення з нього аліментів на утримання дітей та знав про звій обов'язок щодо їх сплати, однак доказів на підтвердження неможливості сплачувати аліменти, у зв'язку із чим заборгованість утворилась з незалежних від нього причин, зокрема внаслідок

⁶³³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 17 жовтня 2018 р. Справа № 359/9950/16-ц. Провадження № 61-29146св18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/77473468>

несвоєчасної виплати заробітної плати, затримки або неправильного перерахування аліментів банком, не надав.

Водночас ВС зазначив, що посилання суду на відповідальність головного бухгалтера ТОВ, де працював боржник, саме по собі не виключає вини платника аліментів – відповідача, який знав про наявність рішення суду щодо стягнення з нього аліментів. Крім того, боржник був директором ТОВ і разом з головним бухгалтером несе відповідальність за фінансову діяльність на підприємстві.

Верховний Суд вчергове наголосив на обов'язковості рішення суду, зокрема у частині його виконання. Відповідно до прецедентної практики Європейського суду з прав людини право виконання судового рішення є складовою права на доступ до суду, передбаченого ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, для цілей якої виконання рішення, ухваленого будь-яким судом, має розцінюватися як невід'ємна частина судового розгляду (рішення від 20 липня 2004 р. у справі «Шмалько проти України»⁶³⁴).

Конституція України визначає, що судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України. До основних засад судочинства віднесено обов'язковість рішень суду (ч. 5 ст. 124, п. 9 ч. 3 ст. 129).

Таким чином, боржник зобов'язаний сплачувати аліменти – обов'язок надавати дитині допомогу у такій формі батьки несуть не лише на підставі рішення суду, а й з самого факту народження дитини згідно з вимогами СК України. Все це свідчить про наявність презумпції вини платника аліментів.

Поряд з кримінальною відповідальністю за злісне ухилення від сплати аліментів існує ще й адміністративна відповідальність. Статтею 183-1 КУпАП передбачена відповідальність за несплату аліментів на утримання дитини, одного з подружжя, батьків або інших членів сім'ї, що призвела до виникнення заборгованості, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання.

⁶³⁴ Рішення Європейського Суду з прав людини. Справа «Шмалько проти України» від 20 липня 2004 р. (Заява № 60750/00). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_226 (дата звернення: 28.02.2019).

У цій категорії справ постає питання про дотримання принципу «*non bis in idem*» («не можна карати двічі за одне й те саме»). Цей латинський постулат нині відображено у законодавстві більшості країн світу. Він передбачений у ст. 61 Конституції України: «Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення»; так само – у ст. 19 КПК України. Також цей принцип відображено у міжнародно-правових актах, що є джерелами права України, зокрема у ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод: «нікого не може бути вдруге притягнуто до суду або покарано в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави»; аналогічно – у п. 7 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права.

Зміст цього принципу має бути сприйнятий як заборона притягати особу двічі до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення, але особа може бути притягнена за правопорушення до різних видів відповідальності, зокрема, нести цивільно-правову, адміністративну чи кримінальну відповідальність, що не суперечить принципу «*non bis in idem*».

Однак судова практика України з питань застосування різних видів юридичної відповідальності за одне й те саме правопорушення є непослідовною та в деяких випадках навіть суперечливою. В Україні набула поширення практика відмови у внесенні відомостей до ЄРДР про вчинення кримінального правопорушення (передбаченого ст. 164 КК України) через те, що особа вже була притягнута до адміністративної відповідальності за несплату аліментів на утримання дитини (ст. 183-1 КУпАП). На нашу думку, це свідчить про непрофесіоналізм слідчого, або його небажання належно виконувати свої обов'язки, адже порушення принципу «*non bis in idem*» у цій ситуації не вбачається.

Слід зазначити, що в Європі існує юридичний досвід вирішення питань, пов'язаних із порушенням цього принципу. Зокрема, така практика всебічно аналізується у посібнику щодо розуміння ст. 4

Протоколу № 7 «Право не бути притягненим до суду або покараним двічі»⁶³⁵.

Принцип «*non bis in idem*» застосовується, як правило, у кримінальному провадженні та провадженні щодо адміністративних правопорушень. Вивчення рішень ЄСПЛ свідчить про те, що цей Суд розглядає, наприклад, адміністративну та кримінальну відповідальність як один вид юридичної відповідальності. Це пояснюється його сприйняттям окремих видів адміністративних стягнень (зокрема, арешту з утриманням на гауптвахті, адміністративного арешту) як видів кримінальних покарань. Зазначена ситуація має бути врахована під час оновлення вітчизняного кримінального законодавства.

Спеціалісти слушно акцентують на тому, що визначаючи сферу дії ст. 4 Протоколу № 7, слід керуватися трьома критеріями, широко відомими як «критерії Енгеля». Їх обов'язково застосовують під час визначення того, було чи не було у справі висунуте «кримінальне обвинувачення». Перший критерій – це правова кваліфікація правопорушення відповідно до національного права; другий – власне характер правопорушення; третій – це ступінь суворості покарання, яке може бути застосоване до винуватого. Другий і третій критерії визнають альтернативними, їх необов'язково застосовувати у сукупності. Утім це не виключає застосування кумулятивного підходу, коли окремих аналіз кожного критерію не дозволяє зробити однозначний висновок про існування кримінального обвинувачення.

Обставини справи ЄСПЛ оцінює за розробленим ним алгоритмом: а) чи було перше провадження кримінальним за своїм характером; б) чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними і тими самими (*idem*); с) чи було дублювання проваджень (*bis*). Суд відносить до кримінально-правових й окремі види адміністративних правопорушень. ЄСПЛ сформулював критерії

⁶³⁵ Посібник зі статті 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод «Право не бути притягненим до суду або покараним двічі». Зі змінами від 31 серпня 2017. Європейський суд з прав людини. 2017. 20 с. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_UKR.pdf

оцінки двох правопорушень як тотожних. Тотожність стосується не лише назви правопорушень за законом, а, що головніше, змісту та мети правопорушень. Суд оцінює сполуку слів «одне й те саме правопорушення» за ст. 4 Протоколу № 7 у такий спосіб: це положення необхідно сприймати у тому сенсі, що ця стаття забороняє переслідувати чи судити одну особу за друге правопорушення, якщо останнє походить із тих самих фактів або фактів, що «по суті» є такими ж, як і ті, з приводу яких мало місце перше правопорушення.

Зазначена гарантія вступає в дію, коли розпочато нове переслідування, а попереднє рішення про виправдання чи засудження вже набрало законної сили. При цьому перше рішення має бути «остаточним» по своїй суті, а далі вже з'ясовується, чи було воно «кримінальним» у значенні ст. 4 (1) Протоколу № 7, витлумачене в світлі загальних принципів розуміння понять «кримінальне обвинувачення» (ст. 6) і «покарання» (ст. 7) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Неабияке значення при цьому мають: правова класифікація злочину в національному законодавстві, характер правопорушення, національна правова характеристика заходу, його мета, природа і ступінь суворості, чи застосовувався захід після засудження у межах кримінальної справи, які процедури були проведені для його застосування і виконання. Важливим також є те, що положення ст. 4 Протоколу № 7 стосуються лише рішень судів однієї і тієї самої держави⁶³⁶.

Отже, ми розглянули низку прикладів, що відображають взаємозв'язки приватного і публічного права. Сукупно вони стосуються законодавства, теорії і практики. Власне через «переплетіння» окремих законодавчих норм, їх тлумачення і застосування (упродовж певного періоду і на певній території) втілюється у життя відповідний вид правової політики. На підставі спостереження таких процесів, вивчення та узагальнення очевидних проблем юридичної практики доходимо висновку про неузгодженість, розбалансованість, супереч-

⁶³⁶ Дроздов О. *Non bis in idem* – європейський орієнтир для забезпечення сталості та єдності судової практики Верховним Судом (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). *Право України*. 2017. № 6. С. 128–129.

ність окремих положень цивільного і кримінального права. Це не можна виправдати (чи пояснити) винятково причинами об'єктивного характеру, зосереджених у природі приватного і публічного права. Значний вплив на досліджувані процеси справляє і людський фактор. Водночас зазначені вади свідчать не лише про наявні відмінності цивільно-правової і кримінально-правової політики. Маючи різну політико-правову природу, їх об'єднують певні спільні завдання, що потребують комплексного вирішення.

Необхідно визнати, що у сфері запобігання правопорушенням перевага традиційно надається кримінально-правовим заборонам. Така правова політика далеко не завжди є ефективною і до того ж – надто затратною. Спеціалісти слушно обґрунтовують, що цивільно-правова політика аспектів законодавчого наповнення має власні механізми профілактики заподіяння шкоди, порушень різних зобов'язань та інших цивільних прав. Цей політико-правовий напрям державної діяльності зосереджує доволі значний «профілактичний» потенціал, зокрема, у формі створення законодавства, що перешкоджає вчиненню правопорушень за рахунок охоронних і відновлювальних, а не каральних механізмів⁶³⁷. Отже, нам важливо змінити правові підходи до врегулювання багатьох питань у сфері економічних, сімейних, організаційно-управлінських та інших правовідносин.

На підставі дослідження міжгалузевих зв'язків цивільно-правової політики нами зроблено висновок про наявність шкідливих наслідків – реальних і потенційних, що спричиняються чи можуть настати через відсутність (або неналежний рівень функціонування, або заперечення, ігнорування) цивільно-правової політики:

«правова політика», як вираз і закріплення соціальної взаємодії політико-правових (державно-правових) інститутів, припиняє своє реальне, повноцінне існування на користь феномена «політична воля», що постає домінантою у державній політиці; така політика

⁶³⁷ Селифонов А. А., Федоров П. А. К вопросу о превентивной функции гражданско-правовой политики (криминологический взгляд в сферу цивилистики). Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2012. № 2. С. 27–28.

втрачає свою основну ознаку – «правова», що утворює сутність будь-якої державної діяльності, тобто їй бракує політичної справедливості;

адміністративний метод розв'язання соціальних і приватних проблем, висувається на перше місце і стає головним у правовій системі держави; відтак завдається неабияка шкода правам людини, верховенство права перестає функціонувати;

запроваджується практика ухвалення так званих політико-правових рішень (інколи насправді вимушених), що зазвичай суперечать принципу законності, а загалом – верховенству права (у разі відсутності справжніх факторів соціальної обумовленості життя таких заходів);

приватне (соціальні цінності в усвідомленні окремої людини; те, що стосується людини або належить їй) обов'язково потерпатиме від державного тиску, а то й свавілля через порушення балансу інтересів; відповідного впливу, звісно, зазнаватимуть публічні (суспільні, державні) інтереси у разі домінування приватних інтересів окремих осіб;

формується хибна традиція – для багатьох проблем приватного характеру стає типовим їх розв'язання крізь призму кримінально-правової політики, а не цивільно-політичним шляхом; правова політика, зокрема і цивільно-правова політика зазнає руйнації через підміну її кримінально-правовою політикою;

вносяться хаотичні корективи до цивільного законодавства, що негативно впливають на систему права, юридичну практику і які здатні зруйнувати національну правову систему загалом.

Розділ 5

ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ

5.1. Правотворча форма реалізації цивільно-правової політики (в аспекті проблеми кодифікації цивільного законодавства)

I. Цивільно-правова політика, повторимо, здійснюється у таких формах, як доктринальна (розглянута у підрозділі 3.1 праці), правотворча і правозастосовна.

Правотворча форма реалізації цивільно-правової політики – це державна діяльність, яка ґрунтується на стратегічних і тактичних підходах (розроблених і ухвалених з цією метою концептуальних документах) щодо забезпечення охорони приватного інтересу, та має своє вираження – формулювання, внесення коректив до відповідних правових норм або їх скасування. До матеріальних результатів такої діяльності належать, зокрема: закони і постанови Верховної Ради України, Укази Президента України, постанови Уряду. Про судову правотворчість, що має свою специфіку, йтиметься у наступному підрозділі праці.

Розглянемо правотворчу форму реалізації цивільно-правової політики шляхом дослідження проблеми кодифікації цивільного законодавства.

У працях вітчизняних і зарубіжних вчених-юристів (теоретиків права і держави, галузевих фахівців) проблема кодифікації всебічно

висвітлюється вже не одне сторіччя⁶³⁸. І цей інтерес ніколи не згасне. Втім уніфікованого визначення самого поняття кодифікації

⁶³⁸ Див., наприклад: *Жинульяк С.* О кодификации и ее влиянии на законодательство и на науку права. (Начало). *Юридический вестник*: Март, апрель и май. Издание Московского Юридического Общества. М.: Тип. А.И. Мамонтова и К^о, 1876. Кн. 3–5. С. 33–54; *Жинульяк С.* О кодификации и ее влиянии на законодательство и на науку права. (Окончание). *Юридический вестник*: Август и сентябрь. Издание Московского Юридического Общества. М.: Тип. А. И. Мамонтова и К^о, 1876. Кн. 8–9. С. 57–80; *Пахман С. В.* История кодификации гражданского права: Т. 1. М.: Книга по Требованию, 2011. 487 с. С.-Петербург. Типография II отделения собственной Е. И. В. Канцелярии. 1876 г.; Вопросы кодификации: сборник науч. статей. Отв. ред. В. М. Чхиквадзе, А. Н. Иодковский. М.: Госюриздат, 1957. 247 с.; *Кульчицький В. С.* Кодифікація права на Україні у XVIII ст. Львів: Вид-во Львів. ун-ту, 1958. 30 с.; *Месяц В. Д.* История кодификации права на Украине в первой половине XVIII века: монография. Киев, 1963. 127 с.; *Ткач А. П.* Історія кодифікації дореволюційного права України. К.: Видавництво Київського ун-ту, 1968. 171 с.; *Усенко І. Б.* Кодифікаційні роботи в незалежній Україні. Енциклопедія історії України: Т. 4: Ка-Ком / Редкол.: В. А. Смолій (голова) та ін. НАН України. Інститут історії України. К.: В-во «Наукова думка», 2007. С. 397; *Чехович В. А.* Кодифікаційні роботи в Україні 18–19 ст. Там само. С. 397–398; *Усенко І. Б.* Кодифікаційні роботи в УСРР, друга кодифікація українського радянського законодавства. Там само. С. 398–400; *Усенко І. Б.* Кодифікаційні роботи в УСРР, перша кодифікація українського радянського законодавства. Там само. С. 400–401; *Нематов А. Р.* Кодификация законодательства Республики Таджикистан: исторический и практический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. М., 2007. 25 с.; Кодификация законодательства: теория, практика, техника. Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25–26 сентября 2008 года). Под ред. докт. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ В. М. Баранова, канд. юрид. наук, доцента Д. Г. Краснова. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, Торгово-промышленная палата Нижегородской области, 2009. 1099 с.; *Мамутов В. К.* Кодификация: сборник научных трудов. Київ: Юрінком Інтер, 2011. 248 с.; Кодифікація господарського законодавства: український досвід і перспективи розвитку. Зб. матеріалів «круглих столів». За заг. ред. В. К. Мамутова та О. Л. Копиленка. К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2012. 118 с.; *Ульбашев А. Х.* Проблемы кодификации гражданского права в государстве Израиль: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2016. 37 с.; Актуальні проблеми кодифікації цивільного законодавства Угорщини та України: зб. наук. праць за матеріалами VII Міжнар. наук.-практ. конф. (3–5 черв. 2016 р.). За заг. ред. Ю. Бошицького та Ч. Дердь; Дебрецен. ун-т. Київ. ун-т права НАН України. Львів: Галицька видавнича спілка, 2016. 208 с.; *Будник С. І., Прус В. З., Шкурятенко О. В.* Джерела права Української гетьманської держави (Війська Запорозького): навч. посібник Київ, 2017. 212 с.

сформульовано не було. Зазначений факт можна сприймати на користь обґрунтування актуальності дослідження цього правового явища. Важливість його пізнання зумовлена також наявністю певних крайнощів у підходах вітчизняного законодавця: в одних випадках спостерігається надмірна та недоречна кодифікація, в інших – її відсутність за нагальної потреби.

Захоплення ідеями кодифікації сягає своїм корінням у ХІХ ст., очолював цей рух І. Бенґам, який запропонував і, власне, ввів до наукового обігу термін «кодифікація»⁶³⁹. У Російській імперії, до складу якої входила основна частина теперішньої України, 8 лютого 1804 р. було затверджено проєкт плану книги законів, одна з частин якої мала містити цивільні закони. Саме цю дату вважають початком цивільно-правової кодифікації в Росії⁶⁴⁰.

Досліджуючи питання кодифікації, ми звертались до творчої спадщини класиків цивілістичної думки, вчених радянської доби, сучасних фахівців з різних галузей права вітчизняної та зарубіжної правової доктрини. Це передусім праці С. С. Алексєєва, Д. В. Бобрової, А. В. Венедіктова, Є. А. Гетьмана, В. К. Грищука, О. В. Дзери, А. С. Довгерта, О. В. Задюєнко, Р. Кабріяка, В. Я. Калакура, Д. А. Керімова, В. М. Коссака, Н. С. Кузнецової, В. С. Кульчицького, О. А. Крутій, В. В. Луця, Р. А. Майданика, О. Л. Маковського, В. К. Мамутова, В. П. Мозоліна, В. Л. Мусіяки, О. А. Підпригори, Є. В. Погорелова, О. А. Пушкіна, З. В. Ромовської, О. Я. Рогача, М. М. Сібільова, А. О. Соловйова, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Р. О. Стефанчука, Є. О. Суханова, А. П. Ткача, Ю. К. Толстого, Є. О. Харитонова, Я. М. Шевченко, Г. Ф. Шершеневича.

⁶³⁹ Ушаков А. А. Методологические основы и законодательный метод в советском правотворчестве. *Уч. зап. Перм. гос. ун-та им. А. М. Горького* (Юридические науки). 1966. Вып. 147. С. 146.

⁶⁴⁰ Маковский А. Л. Code Civil Франции и кодификация гражданского права России (связи в прошлом, проблемы влияния и совершенствования). *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2005. № 2. С. 139.

В Україні питанням кодифікації присвячено декілька кандидатських дисертацій, що виконані у межах наукової спеціальності 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень: Є. В. Погорелова (Харків, 2000 р.)⁶⁴¹ Є. А. Гетьмана (Харків, 2010 р.)⁶⁴², О. Я. Рогача (Київ, 2003 р.)⁶⁴³, О. В. Задоевка (Київ, 2013 р.)⁶⁴⁴. Важливо відзначити, що за двома спеціальностями захистила докторську дисертацію О. Є. Блажівська (Київ, 2015 р.)⁶⁴⁵.

Окрім того, за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право захищена докторська дисертація В. К. Грищуком (Київ, 1992 р.)⁶⁴⁶.

В аспекті аналізованої проблематики на особливу увагу цивілістів заслуговують, зокрема, такі праці:

1) «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р.⁶⁴⁷ – «проект першого відомого в історії Кодексу українського права»

⁶⁴¹ Погорелов Є. В. Кодифікаційна діяльність в правовій системі України (загальнотеоретичний аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Х., 2000. 167 с.

⁶⁴² Гетьман Є. А. Кодифікація законодавства України: поняття, особливості, види: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Х., 2010. 210 с.; Гетьман Є. А. Кодифікація законодавства України: загальна характеристика, особливості, види: монографія. Харків: Право, 2012. 192 с.

⁶⁴³ Рогач О. Я. Кодифікаційні акти в системі законодавства України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. К., 2003. 19 с.

⁶⁴⁴ Задоевка О. В. Кодифікація цивільного процесуального законодавства України у 1922 – 2012 рр. (історико-правове дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. К., 2013. 21 с.

⁶⁴⁵ Блажівська О. Є. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях у період 1797–1991 рр.: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01, 12.00.03. Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ, 2015. 40 с.

Див. також: Блажівська О. Є. Історія кодифікації цивільного законодавства на українських землях (1797–1991 роки): монографія. Кам'янець-Подільський: Друкарня «Рута», 2014. 574 с.

⁶⁴⁶ Гришук В. К. Кодифікація кримінального законодавства України: проблеми історії, методології та теорії: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. К., 1992. 438 с.

⁶⁴⁷ Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 р. Київ, 1997. 548 с.

(Ю. С. Шемшученко). Кодекс передбачав регулювання відносин, що належать дорізнях галузей права. Із тридцятиглавцяого кодифікованого акта десять присвячено регулюванню приватноправових відносин. Зокрема, значна увага приділена сімейним відносинам, спадкуванню, праву власності, зобов'язальному праву і земельним відносинам. Хоча «Права» так і не були ухвалені Сенатом Росії, їх поширювали в Україні у рукописних списках, за ними вивчали українське право, вони мали певний вплив на юридичну практику як доктринальне джерело права.

2) «Цивільний кодекс для Східної Галичини 1797 року» (лат. *Codex civilis pro Galicia Orientali*, у німецькомовній літературі відомий як нім. *Westgalizische Gesetzbuch*)⁶⁴⁸ – одна із перших кодифікацій приватного права на території не лише українських земель у складі Габсбурзької монархії, а й Європи та світу⁶⁴⁹.

3) «Кодифікація приватного (цивільного) права України» (Київ, 2000 р.)⁶⁵⁰. У цьому виданні розглядаються теоретичні засади вітчизняної кодифікації приватного права, зокрема концепція та структура тоді ще проекту нового Цивільного кодексу України, проблеми систематизації законодавства у сфері підприємництва;

⁶⁴⁸ Примітка. Оригінальна мова Кодексу – латина. Див.: Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Книга в 2-х томах. Уклад.: Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К.: Правова єдність, 2009. Т. 1. С. 759–883.

Існує декілька сучасних перекладів цього Кодексу українською, зокрема: Цивільний кодекс для Східної Галиції 1797 р. *Codex civilis pro Galicia Orientali anni MDCCXCVII*. Київ: Юрінком-Інтер, 2018. 660 с.

Російський переклад українськими спеціалістами зроблено дещо раніше. Див.: Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = *Codex civilis pro Galicia Orientali anni MDCCXCVII*. Пер. с лат. А. Гужвы; под. ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. 536 с.

⁶⁴⁹ Стефанчук Р. А. Гражданский кодекс Галиции 1797 г. как одна из первых мировых кодификаций гражданского законодательства. *Часопис цивілістики*. 2016. Вип. 20. С. 227–230.

⁶⁵⁰ Кодифікація приватного (цивільного) права України. За ред. проф. А. Довгерта. К.: Український центр правничих студій, 2000. 336 с.

висвітлюються концептуальні основи кодифікації приватного права щодо суб'єктів та об'єктів цивільних прав, особистих немайнових прав фізичних осіб, речового права, права інтелектуальної власності, зобов'язального права, сімейного та спадкового права, міжнародного приватного права.

4) «Кодифікація цивільного законодавства на українських землях» (Київ, 2009 р.)⁶⁵¹. Видання містить найповніше зібрання кодифікованих актів цивільного законодавства, які були розроблені та діяли на українських теренах, або просто існували як проекти і не були введені в дію, однак дають уявлення про рівень розвитку цивільно-правової думки того часу. Праця є важливою для пізнання проблем кодифікації, зокрема, в історичному та порівняльно-правовому аспектах. Як стверджує І. В. Спасибо-Фатеева, – це фундаментальне дослідження історії кодифікації цивільного законодавства⁶⁵².

5) «Кодифікація цивільного законодавства на українських землях у період 1797–1991 рр.» (Київ, 2015)⁶⁵³ – докторська дисертація, присвячена комплексному історично-правовому аналізу зазначеного предмета дослідження. У праці, зокрема, розкрито особливості зародження кодифікацій цивільного законодавства на українських землях у складі Австрійської та Австро-Угорської імперій, Російської імперії та за часи радянської України, як-от: Галицький цивільний

⁶⁵¹ Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Книга в 2-х томах. Уклад.: Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К.: Правова єдність, 2009. Т. 1. 1168 с.; Т. 2. 1240 с.

⁶⁵² *Спасибо-Фатеева І.* Фундаментальне дослідження історії кодифікації цивільного законодавства. *Право України*. 2009. № 11. С. 229–232.

⁶⁵³ *Блажівська О. С.* Кодифікація цивільного законодавства на українських землях у період 1797–1991 рр.: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01, 12.00.03. Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ, 2015. 400 с.; *Блажівська О. С.* Кодифікація цивільного законодавства на українських землях у період 1797 – 1991 рр.: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01, 12.00.03. Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ, 2015. 40 с.

кодекс 1797 р., Загальне цивільне уложення Австрійської імперії 1811 р., Зібрання малоросійських прав 1807 р., Звід законів цивільних Російської імперії 1832 р., Звід місцевих законів західних губерній 1837 р., проект Цивільного уложення 1905 р., ЦК УСРР 1922 р., Основи цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік 1961 р., ЦК УРСР 1963 р., Основи цивільного законодавства Союзу РСР і республік 1991 р.⁶⁵⁴, їх проекти.

б) «Кодифікації» Реми Кабріяка (Москва, російський переклад із французької 2007 р.)⁶⁵⁵. У праці відомого французького спеціаліста в галузі цивільного права всебічно, під різним кутом зору (історичним, порівняльно-правовим, юридико-технічним, соціологічним, культурологічним) досліджено зазначений інститут. Праця корисна для учасників законотворчого процесу, а в пізнавальному плані – для всіх юристів і політиків.

Доречно зазначити, що пріоритет у відкритті постаті Реми Кабріяка і його «Кодифікацій» для українського загалу належить А. А. Музиці – спеціалісту в галузі кримінального права, який у 2011 р. зробив відповідну наукову доповідь⁶⁵⁶.

II. Наше завдання наразі полягає у дослідженні сутності поняття «кодифікація», її передумов та особливостей здійснення в аспекті правотворчої форми реалізації цивільно-правової політики.

⁶⁵⁴ *Примітка.* Останній акт планувалося ввести в дію з 1 січня 1992 р., чого не сталося через відомі історичні події. Натомість, як не дивно, він залишається чинним дотепер, про що зазначено на офіційному сайті Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v2211400-91#Text> (дата звернення 30.04.2020 р.).

⁶⁵⁵ *Кабрияк Р.* Кодификации. Пер. с фр. Л. В. Головки. М.: Статут, 2007. 476 с.

⁶⁵⁶ *Див.: Музыка А. А.* Уголовный кодекс Украины и «Кодификации» Реми Кабріяка: юбилейные размышления. *Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань*: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 23–24 вересня 2011 р. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. С. 270–278.

Правознавці наголошують на можливості кодифікації норм⁶⁵⁷, кодифікації права⁶⁵⁸ та кодифікації законодавства⁶⁵⁹. Отже, постає запитання: про що йдеться у цих випадках – про суміжні чи різні поняття?

У правовій літературі справедливо акцентують на тому, що предметом упорядкування під час кодифікації є не лише нормативно-правові **акти**, а й безпосередньо юридичні **норми** правових інститутів⁶⁶⁰. Інші автори зазначають, що за своєю суттю кодифікація – один із способів систематизації **законів**, який полягає у суттєвій зміні, переробці та ухваленні нового кодифікованого акта. При цьому відбувається не лише зовнішня, а й внутрішня переробка чинного нормативно-правового акта⁶⁶¹. Водночас, з погляду на використання термінології в окремих працях, зауважимо, що поняттям «право» охоплюється не лише законодавство, а й доктрина і практика його застосування. Тому навряд чи коректно вести мову про можливість «кодифікації права».

Загальною метою кодифікаційної діяльності слід визнати ухвалення кодифікаційного акта, спрямованого на вдосконалення форми і змісту законодавства. При цьому кодифіковані акти забезпечують чіткість, стабільність і ефективність функціонування та розвитку певної галузі законодавства.

⁶⁵⁷ Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах. М.: Юрид. лит. 1982. Т. 2. С. 254.

⁶⁵⁸ Мовчан А. П. Кодификация и прогрессивное развитие международного права. М.: Юрид. лит., 1972. 214 с.

⁶⁵⁹ Антоненко В. О. Кодифікація як самостійна форма систематизації правових джерел. *Форум права*. 2009. № 3. С. 35 – 42. URL: file:///C:/Users/yurko/Downloads/FP_index.htm_2009_3_7%20(1).pdf

⁶⁶⁰ Борисова Н. Ф. Современные тенденции кодификации института условно-досрочного освобождения от отбывания наказания несовершеннолетних. *Проблемы кодификации уголовного закона: история, современность, будущее (посвящается 200-летию проекта Уголовного уложения 1813 года)*: материалы VIII Российского конгресса уголовного права, состоявшегося 30–31 мая 2013 г. Ответ. ред. докт. юрид. наук, проф. В. С. Комиссаров. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 31.

⁶⁶¹ Волков К. А. Там само. С. 33.

Остання ознака (ефективність) залежить від того, наскільки повно й адекватно у процесі законодавчої регламентації враховані об'єм і специфіка відносин, що регулюються, чи оптимальним є вибір методів правового регулювання та чи відповідає зміст передбачених в законі норм принципам права⁶⁶².

Існують численні підходи щодо визначення поняття «кодифікація», а також його співвідношення із поняттями «систематизація» та «інкорпорація». Виділяють три основні підходи: 1) кодифікація та інкорпорація – це різновиди систематизації, кодифікація є способом приведення законодавства у систему, при цьому нове право зберігає старий зміст (С. А. Голунський, М. С. Строганович); 2) систематизація (інкорпорація) і кодифікація – особливі види правотворчості, кодифікація визнається удосконаленням форми та змісту законодавства, якій передують систематизація (інкорпорація) законодавства (С. С. Алексєєв, Д. А. Керімов, М. П. Євтеєв, Л. А. Стешенко, З. К. Симорот, А. А. Ушаков); 3) кодифікацію визначають як більш широке поняття, а інкорпорацію (систематизацію) – її видом (наприклад, Ф. Беляков виділяв два види кодифікації – в широкому та вузькому значенні. В останньому значенні кодифікація ототожнювалася з інкорпорацією та систематизацією⁶⁶³).

Окрім наведених, найбільш поширених підходів, також слід відмітити позиції авторів, які виділяють: 1) три форми систематизації – інкорпорація, консолідація та кодифікація⁶⁶⁴; 2) три відносно самостійні види: облік, інкорпорація, консолідація, а кодифікацію виокремлюють як особливу змістовну форму впорядкування нормативного матеріалу⁶⁶⁵.

⁶⁶² Кленова Т. В. Основы теории кодификации уголовно-правовых норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. М., 2001. С. 3.

⁶⁶³ Беляков Ф. Нужна кодификация. *Социальное обеспечение*. 1958. № 11. С. 25.

⁶⁶⁴ Теория государства и права: учебник для вузов. Под ред. М. М. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева. М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и Право, 2000. С. 388.

⁶⁶⁵ Теория государства и права: учебник. Под ред. проф. В.В. Лазарева. М.: Право и Закон, 2000. С. 214.

Систематизацію розглядають як метод впливу на систему законодавства, за допомогою якого встановлюються та підтримуються системні зв'язки (ієрархічні, структурні, функціональні, генетичні) між актами законодавства; цей метод впливу використовується у різноманітних формах⁶⁶⁶. Основними завданнями систематизації є: уніфікація законодавства; подолання колізій; усунення прогалин правового регулювання.

Інкорпорацією зазвичай визначають таку форму систематизації, за якої нормативно-правові акти об'єднуються повністю або частково у збірники, зводи нормативно-правових актів тощо у певному порядку (хронологічному, алфавітному, системно-предметному і т. ін.). Під *консолідацією* розуміють зведення нормативно-правових актів в один збільшений акт з метою єдиного і всебічного регулювання відповідних однорідних суспільних відносин, що мають спільний предмет правового регулювання⁶⁶⁷. Їх основна відмінність від кодифікації полягає у тому, що остання передбачає не лише зовнішню, а й внутрішню обробку матеріалу і її кінцевим результатом є новий нормативно-правовий акт.

Російський вчений О. Л. Маковський, один із розробників теорії кодифікації у цивілістиці, окреслив три можливі значення цього поняття: 1) процес робіт з кодифікації права, 2) результат таких робіт, тобто як синонім слова «кодекс», і 3) загальна характеристика значного етапу законопроектних робіт, що завершилися створенням кодексу⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ *Малишев Б. В.* Систематизація як засіб відображення телеологічних (цільових) зв'язків у законодавстві України. *Часопис Київського університету права.* 2011. № 1. С. 24.

⁶⁶⁷ *Давыдова М. А.* Роль учета и систематизации нормативно-правовых актов в обеспечении их правового качества. *Академический юридический журнал.* 2007. № 2. С. 43.

⁶⁶⁸ *Маковский А. Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. 736 с. URL: https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.library.ru%2Fhelp%2Fdocs%2Fn76493%2F1.rtf&ei=YVBuU7WDF_P44QTio4DACw&usg=AFQjCNGM_XeksK9pVbs4oWrIDDhUvSZE6Q&bvm=bv.66330100.d.bGE

Натомість Р. Кабріак розмежовує поняття «кодифікація» і «кодекс», що видається цілком обґрунтованим. Під кодифікацією вчений розуміє «діяльність з надання правовим нормам такої форми, в якій вони стають єдиним цілим», а під кодексом – «сукупність розрізних правових норм, об'єднаних у форму єдиного цілого»⁶⁶⁹. Аналогічної позиції дотримується і новозеландський вчений Р. Д. Малхолленд, який вважає, що кодифікація – це викладення норм права у пов'язаній, послідовній, систематизованій письмовій формі⁶⁷⁰.

У правовій науці прийнято виділяти принципи кодифікаційної діяльності. До загальноправових відносять такі: 1) законність; 2) наукова обґрунтованість; 3) демократизм; 4) гуманізм; 5) наступність (спадковість)⁶⁷¹. У цьому контексті слід зауважити, що Конституційна рада Франції визнала юридичну визначеність найважливішим правовим принципом. Запропонований перелік принципів кодифікації, на нашу думку, може бути доповнений також принципами юридичної визначеності, справедливості, соціальної обумовленості та відповідності кінцевого результату (кодексу) Конституції України.

Згідно з принципами кодифікації на учасників законодавчого процесу покладається з'ясування такого складного питання, як межі цивільно-правової кодифікації. Під останніми слід розуміти законодавчо закріплену сукупність цивільно-правових норм, які систематизуються і об'єднуються у кінцевий результат – кодекс. Враховуючи принципи демократизму та соціальної обумовленості межі цивільно-правової кодифікації визначаються передусім

⁶⁶⁹ Кабріак Р. Кодификации. Пер. с фр. Л. В. Головки. М.: Статут, 2007. С. 24.

⁶⁷⁰ Крутий Е. А. Современные кодификации международного частного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2012. С. 18.

⁶⁷¹ Грищук В. К. Кодифікація кримінального законодавства України: історія і сучасність. *Кримінальний кодекс України (проект): проблеми теорії та практики*: матеріали науково-практичної конференції. Львів, 1994. С. 54.

із врахуванням мети, завдань та об'єктів цивільно-правового регулювання. Так, у ст. 1 ЦК УРСР 1963 р. визначалося його (Кодексу) завдання, у ст. 2 – відносини, що регулювалися цим Кодексом, однак при цьому не було статті, присвяченій принципам цивільного законодавства. Чинний ЦК України у ст. 1 перераховує відносини, що ним регулюються, у ст. 3 – наводить перелік загальних засад цивільного законодавства, натомість стаття щодо завдань ЦК України – відсутня. Останній факт вважаємо недоліком чинного ЦК України. На нашу думку, в ньому варто передбачити завдання Кодексу. До речі, в інших кодифікованих актах, наприклад, у СК України, КК України у ст. 1 чітко визначені їх завдання.

Для ефективної кодифікації важливим є врахування близькості окремих галузей законодавства під час врегулювання однорідних суспільних відносин. Саме тому ухвалення відповідного кодексу має узгоджуватись з іншими кодифікованими актами та нормами законодавства, що регулюють суміжні відносини. Наприклад, ЦК України та ГК України мають численні протиріччя у врегулюванні одних і тих самих питань, використовують різний термінологічний апарат (наприклад, щодо видів та форм права власності; видів юридичних осіб). Незважаючи на багаторічне спільне існування, численні наукові дискусії⁶⁷² і законодавчі спроби їх узгодження (зокрема, річна відстрочка вступу в силу цих Кодексів обумовлювалась, в першу чергу, необхідністю їх уніфікації), залишається багато проблем у практиці застосування цих двох кодексів. Так, Я. М. Шевченко справедливо вважала, що не може бути одночасного існування ЦК і ГК України, адже це створює

⁶⁷² Див., наприклад: Кузнцова Н. Основні методологічні засади сучасного цивільного права України. *Право України*. 2009. № 8. С. 14; Щербина В. Деякі проблеми удосконалення господарського і господарського процесуального законодавства. *Право України*. 2010. № 8. С. 15; Луць В. Тенденції розвитку договірної права України в сучасних умовах. *Право України*. 2009. № 8. С. 11.

сум'яття і для інвесторів, і для громадських організацій⁶⁷³. А цього можна і необхідно було б уникнути ще на стадії їх розробки та ухвалення.

Р. Кабр'як переконливо доводить, що історія кодифікації підпорядковується законам циклічного розвитку. На його думку, певний цикл кодифікації схематично може бути розділений на чотири фази: період створення кодексів, період їх дії, період кризи та період реформ. Для народження і розвитку кодифікації, пише автор, потрібно зіткнення двох елементів: 1) соціальної потреби у юридичній визначеності та 2) сильної політичної волі, спрямованої на кодифікацію⁶⁷⁴.

Загалом історичний аналіз правотворчого процесу свідчить про те, що етапи кодифікації цивільного законодавства відповідають періодам розвитку держави. Ухвалення нових кодексів пов'язане із посткризовим укріпленням влади, або її переходом, у часи, коли трансформуються суспільні відносини і є попит щодо зміни принципів і форм державної організації суспільства та необхідність здійснення різноманітних правових реформ.

Дослідивши юридичну літературу та законодавство щодо сутності кодифікації, В. К. Грищук запропонував, на нашу думку, прийнятну класифікацію можливих кодифікацій⁶⁷⁵. Дещо адаптувавши її до сучасних реалій, маємо такі види кодифікацій:

- 1) за сферою дії акта (загальнодержавна, відомча, місцева);
- 2) за предметом (галузєва та комплексна);
- 3) за об'ємом матеріалу (часткова, загальна та генеральна);
- 4) за ступенем і характером переробки законодавства (у широкому розумінні слова та у вузькому);

⁶⁷³ Шевченко Я. Поняття приватного права як ядра правопорядку, заснованого на ринковій організації економіки. *Право України*. 2009. № 8. С. 7.

⁶⁷⁴ Кабр'як Р. Кодификации. Пер. с фр. Л. В. Головки. М.: Статут, 2007. С. 114.

⁶⁷⁵ Грищук В. К. Вибрані наукові праці. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. С. 15.

5) за формою кодифікованого акта (Конституція, Основи, Кодекс, Звід законів, Закон, Збірник, Систематичне зібрання, Правила, Устав, Положення, Регламент).

Окремо слід наголосити на тому, що вітчизняний Парламент має приділяти пильну увагу якості законодавства. Це повинно відображатися у моніторингу законодавства та правозастосовної практики, в системному аналізі та узагальненні інформації ефективності чинного законодавства з метою виявлення відповідності законів, що ухвалюються, запланованому результату правового регулювання, а також очікувань з боку учасників законодавчого процесу, судів та інших органів, громадян. Адже важливим елементом забезпечення якості законодавства взагалі і цивільного, зокрема, має бути його належна та вчасна кодифікація.

Таким чином, однією з умов нормального функціонування суспільства визнається якісне і стабільне законодавство. Не в останню чергу це залежить від рівня системності останнього, одним із напрямів реалізації якої є кодифікація. Криза джерел цивільного права в Україні обумовлена передусім «законодавчою лихоманкою», далеко не завжди професійною діяльністю законодавця, ігноруванням ним правил законодавчої техніки, а подекуди – і формальної логіки.

У той самий час наявність цієї кризи пояснюється не лише надмірною кількістю законодавчих актів, а й хронічною відсутністю окремих з них, насамперед Закону України «Про власність». Він втратив чинність ще у 2007 р., а нової редакції, на жаль, немає і понині. Неодноразово на розгляд Парламенту вносилися законопроекти «Про право комунальної власності» та «Про комунальні підприємства», однак вони не стали законами.

Питання кодифікації законодавства взагалі і цивільного законодавства, зокрема, завжди вважалися актуальними. Ще у 50-х роках ХХ ст. А. В. Венедіктов, досліджуючи окремі аспекти проблеми кодифікації цивільного законодавства, наголошував на тому, що завданням кодифікації є оформлення та закріплення у кодексі основних елементів майнових відносин суспільства, які

вже набули достатньо визначених рис на відповідному етапі його розвитку⁶⁷⁶.

Ефективність кодифікації законодавства не в останню чергу залежить від успішної правової політики держави та її пріоритетів. Протягом 1995–2000 рр. у нас діяли Українська кодифікаційна комісія, Комітет законодавчих ініціатив при Президентові України та Українська комісія з питань правничої термінології, створені Указом Президента України від 23 серпня 1995 р.⁶⁷⁷. На Українську кодифікаційну комісію покладались, зокрема, обов'язки визначення наукових засад проведення кодифікації вітчизняного законодавства, черговість і послідовність у прийнятті кодексів. Згодом, для виконання зазначених функцій, був створений Національний законотворчий центр⁶⁷⁸, який проіснував менше року. Непослідовними і нелогічними видаються рішення тодішнього Президента України щодо ліквідації зазначених органів без створення альтернативних комісій, центрів тощо. Адже, з одного боку, Україна обрала шлях інтеграції до об'єднаної Європи, що передбачає адаптацію національного законодавчого матеріалу до законодавства країн ЄС (значну роль у цьому відіграватиме його кодифікація). З іншого боку, несистемність чинного законодавства і надалі залишається актуальною проблемою, що лише сприяє процесу множення існуючого законодавчого хаосу.

В історії права XIX та XX сторіччя називають періодом кодифікацій. Радянський період нашої держави не був якимось винятком.

⁶⁷⁶ Венедиктов А. В. О системе гражданского кодекса СССР. *Советское государство и право*. 1954. № 2. С. 28–29.

⁶⁷⁷ Про положення про Комітет законодавчих ініціатив при Президентові України, про Українську кодифікаційну комісію і про Українську комісію з питань правничої термінології: Указ Президента України від 23 серпня 1995 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/796/95/ed19950823>

⁶⁷⁸ Про Національний законотворчий центр: Указ Президента України від 19 липня 2001 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/533/2001>

За часів незалежності України кодифікаційна робота набула нового змісту. І це є нормальним процесом, адже зміни, що відбулися у соціально-політичному житті нашої держави, потребували якісно нових законодавчих змін. Кропітка робота над розробкою і прийняттям ЦК України 2003 р. – яскравий тому приклад. Його заслужено називають конституцією приватного права. Ідея кодифікації, хоча дещо в іншому ракурсі, з іншими акцентами, і сьогодні не втратила актуальності.

В аспекті аналізованого понятійного апарату необхідно з'ясувати сутність понять «системне оновлення» та «модернізація законодавства». Загалом модернізацію (від. англ. modern – оновлений, сучасний) визначають як удосконалення, поліпшення, оновлення об'єкта, приведення його у відповідність до нових вимог і норм, технічних умов, показників якості. Традиційно виділяють модернізацію в економічній, політичній, культурній та соціальній сферах⁶⁷⁹. Процеси модернізації є невід'ємною частиною розвитку будь-якої держави і тому нині все частіше йде мова про модернізацію і в правовій сфері. На жаль, сучасні юридичні словники та енциклопедії не розкривають це поняття з точки зору права. Водночас у юридичній доктрині вживання цього терміна є сталим. Фактично будь-які законодавчі зміни охоплюються поняттям «модернізація», а в українському варіанті – «оновлення законодавства». При цьому, без сумніву, варто вести мову про системний характер таких змін – системне оновлення законодавства, адже несистемність руйнує не лише внутрішню галузеву структуру, а й міжгалузеві зв'язки. Отже, модернізація законодавства – це його системне оновлення.

Стосовно поняття кодифікації слід зазначити, що нині зарубіжні правознавці все частіше виокремлюють таке явище, як «рекоди-

⁶⁷⁹ Модернизация. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9C%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B8%D0%B7%D0%B0%D1%86%D0%B8%D1%8F>

фікація»⁶⁸⁰. При цьому префікс «ре-» вживається у двох значеннях: повторюваність дій чи явищ та зворотність дії або явища⁶⁸¹.

На думку Д. Задихайла, законотворча практика двадцяти останніх років має широкий досвід як процесу рекодифікації (тобто прийняття на новій концептуальній основі цілої низки кодексів у тих галузях законодавства, що вже були раніше представлені кодифікаціями радянського періоду), так і процесу первісної кодифікації, прикладом якої є ГК України⁶⁸². Подібна позиція закріплена і в законодавстві Республіки Білорусь: в Указі Президента Республіки Білорусь від 10 квітня 2002 р.⁶⁸³ одним із перспективних напрямів систематизації визнається рекодифікація і наводиться таке її визначення – прийняття або кардинальна зміна кодексів і консолідованих законів з

⁶⁸⁰ Див., наприклад: *Беликова К. М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. М.: Юстицинформ, 2010. С. 109–111, 137; *Кабрияк Р.* Кодификации. Пер. с фр. Л. В. Головки. М.: Статут, 2007. С. 201–213; *Соловьев А. А.* Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте: монография. Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2011. С. 34–35; *Коста Лазота Лукас Агусто.* Принципы, составляющие основу систем договорного права Бразилии и иных стран Латинской Америки: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. М., 2014. С. 35; *Блинков О. Е.* Рекодификация российского гражданского права. Наследственное право. 2009. № 3. С. 3–8; *Овчарова А. С.* Рекодификация гражданского права в Нидерландах. *Иностранное право.* Сб. науч. статей и сообщ. Вып. 3. М.: МАКС-Пресс, 2002. С. 51–62; *Чащин А. Н.* Деятельность по разработке и принятию новых российских кодификационных нормативно-правовых актов взамен аналогичных советского образца. *Актуальные проблемы современной науки.* 2007. № 1. С. 38–43.

⁶⁸¹ Большой англо-русский словарь. В двух томах. Под общ. руковод. докт. филол. наук, проф. И. Р. Гальперина. Т. 2. М.: «Советская энциклопедия», 1972. С. 305.

⁶⁸² *Задихайло Д.* Кодифікація інноваційного законодавства: окремі концептуально-правові підходи. *Вісник Академії правових наук України: зб. наук. пр.* Редкол.: В. Я. Тацій та ін. Х.: Право, 2010. № 4 (63). С. 177.

⁶⁸³ О Концепции совершенствования законодательства Республики Беларусь: Указ Президента Республики Беларусь от 10 апреля 2002 г. № 205 URL: <http://www.sovrep.gov.by/uploads/folderForLinks/p30200205.htm>

урахуванням практики їх застосування і необхідності включення до цих кодексів та законів окремих правових норм, що містяться в актах нижчої юридичної сили, а також внесення до них змін і доповнень у процесі прийняття нових нормативних правових актів.

Схоже визначення пропонує і А. О. Соловйов. Під рекодифікацією він розуміє повну заміну кодексу (групи кодексів) на новий кодифікований акт (нову групу кодексів), або істотну зміну структури та обсягу правової регламентації, що входить до вихідного кодексу (групи кодексів) з урахуванням практики його (їх) застосування, або зміну (включаючи доповнення) фундаментальних та інших найбільш істотних положень кодексу (групи кодексів)⁶⁸⁴. Зазначений вчений також запропонував класифікувати рекодифікацію на певні види. За критерієм глибини і широти охоплення змінюваного і знову введеного нормативно-правового матеріалу А. О. Соловйов здійснює поділ рекодифікацій у такий, доволі складний спосіб.

1. Конвенціонально⁶⁸⁵ (умовно) повну рекодифікацію нормативно-правового матеріалу, що завершується прийняттям нового кодексу (кількох кодифікованих актів) або настільки істотну зміну кодексу (групи кодифікованих актів), що це рівнозначно і рівноцінно прийняттю нового кодексу (кількох нових кодифікованих актів, що замінюють раніше чинні кодекси).

2. Збільшену рекодифікацію (свого роду «надкодифікацію»), пов'язану з об'єднанням двох і більше кодексів в один збільшений кодифікований акт.

3. Часткову (партикулярну) рекодифікацію – завершується зміною кодексу (групи кодифікованих актів) або його окремих сегментів (окремих сегментів декількох кодифікованих актів).

⁶⁸⁴ Соловьев А. А. Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте: монография / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2011. С. 34.

⁶⁸⁵ Примітка. Від латинської «conventionalis» – умовний. Див.: Толковый словарь русского языка. Под ред. Д. Н. Ушакова. М.: Гос. ин-т «Сов. энцикл.»; ОГИЗ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935 – 1940. (4 т.). URL: <http://ushakov-online.ru/letter/12/15/>

3.1. Аксіальну⁶⁸⁶ рекодифікацію – часткову рекодифікацію, реалізовану за одним або кількома напрямками і пов'язану із внесенням до кодексу (групи кодифікованих актів) невеликих за обсягом локальних змін істотного характеру.

3.2. Ретиальну⁶⁸⁷ рекодифікацію – часткову рекодифікацію, реалізовану у межах одного сегмента нормативно-правового масиву (одного сегмента предметної галузі регулювання) і пов'язану із внесенням до кодексу (групи кодифікованих актів) істотних змін фрагментарного (зокрема, локально-фрагментарного) характеру по одному або декільком сегментам їх предметного галузевого регулювання.

За критерієм тривалості А. О. Соловйов виокремлює такі види рекодифікації.

1. Рекодифікація як разова дія або як реалізована протягом короткого проміжку часу серія пов'язаних дій.

2. Рекодифікація як процес – тривалий у часі (кілька років, як мінімум) процес істотної зміни кодексу (групи кодифікованих актів), аж до заміни на новий (нові), з урахуванням практики його (їх) застосування і необхідності внесення до цього кодексу (цих кодексів) окремих правових норм (сукупностей правових норм), що містяться в актах нижчої юридичної сили, а також внесення до них змін і доповнень у процесі прийняття нових нормативних правових актів⁶⁸⁸.

Яке теоретичне і прикладне значення має така «класифікація», та ще й з використанням «розумних» слів на кшталт «аксіальна», «ретиальна», – важко сказати. Мабуть вона, використовуючи термінологію автора, «конвенціонально» стосується науки.

За логікою білоруського законодавця, будь-яка наступна кодифікація (не первинна) буде рекодифікацією. Однак це не відповідає

⁶⁸⁶ *Примітка.* У перекладі з латини – осьовий (від лат. *axis* – вісь; *axialis* – осьовий). Див.: Словарь иностранных слов. Под ред. И. В. Лехина и проф. Ф. Н. Петрова. Изд. четвертое, перераб. и дополи. М., 1954. С. 32.

⁶⁸⁷ *Примітка.* Ретиальна (від лат. *rete* – мережа).

⁶⁸⁸ *Соловьев А. А.* Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте: монография / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2011. С. 72–73.

дійсності. Саме тому варто погодитись із думкою, що не будь-які зміни до кодексу можна визнати рекодифікацією, а лише істотні та суттєві структурні зміни. Водночас ухвалення нового кодексу – це процес кодифікації, а не рекодифікації. Отже, на нашу думку, необхідно чітко розмежовувати такі поняття:

кодифікація – законотворча діяльність, вид систематизації законодавства, процес, що зазвичай завершується ухваленням кодексу;

зміни і доповнення до кодексу – законотворча діяльність, процес подальшої правотворчої практики, тобто елементарна модернізація законодавства;

рекодифікація – законотворча діяльність, істотна зміна структури та обсягу правової регламентації, що стосується вихідного кодексу (групи кодексів) з урахуванням практики його (їх) застосування, або зміна (включаючи доповнення або виключення) фундаментальних та інших найбільш істотних положень кодексу (групи кодексів);

декодифікація – законотворча діяльність (процес, що є зворотнім стосовно кодифікації), втрата чинності кодексу.

Гіпотетично прикладом рекодифікації вітчизняного цивільного законодавства могло б бути включення до нього нової книги, або виключення вже існуючої. При цьому не лише обсяг та структура змін, що вносяться до кодифікованого акта, вказують на процес рекодифікації. Деколи зміни до однієї статті, або навіть до її частини, можуть свідчити про рекодифікацію. Це могло статися, наприклад, тоді, коли б реалізували пропозицію деяких вітчизняних цивілістів та на кшталт ст. 2 ЦК РФ розширили сферу дії цивільного права шляхом включення корпоративних відносин до предмета цивільно-правового регулювання. Наразі такої необхідності немає.

Як влучно зазначив відомий перуанський юрист Хосе Антоніо Барренечеа, рекодифікація розпочинається тоді, коли кодекс або сукупність кодексів стають схожими на вузьку сукню, що розповзається по швах⁶⁸⁹. На думку французького дослідника Жана

⁶⁸⁹ Примітка. Дослідник К. Рамос приписує цей вислів авторству Х. А. Барренечеа (*Ramos C. Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. T.II. La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852. Lima (Perù): Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.*

Ріверо, через рекодифікацію відповідне законодавство має позбутися ненадійності, панування деталей⁶⁹⁰. Її мета – віднайти слабкі сторони кодифікації за допомогою ще більшої кодифікації та забезпечити стабільність і впевненість, які соціальне життя очікує від права⁶⁹¹.

Існує також позиція, згідно з якою рекодифікація може здійснюватися шляхом інкорпорації або консолідації у порядку всезагальної реформи, або шляхом часткового (прогресивного) реформування (модифікації)⁶⁹².

Вибір конкретного виду рекодифікації залежить від різноманітних внутрішніх та зовнішніх факторів впливу. До першої групи факторів відносять, зокрема, наявність сильної політичної волі (що є характерним для будь-якої кодифікації), яка має більш глибокий політичний імпульс. Щодо внутрішніх факторів впливу, то рекодифікація має оцінюватися з точки зору внутрішньої гармонії кодексу та його адекватності зовнішньому світу⁶⁹³.

Наведемо приклад рекодифікації, що мав місце у світовій практиці – рекодифікація ЦК Бразилії 2002 р. Рішення бразильського законодавця полягало у тому, щоб зберегти все те, що могло вижити, і змінити, доповнити або скасувати все те, що, на його думку, потребувало цивільне законодавство аби пристосуватись до змін, що відбувалися в країні. ЦК Бразилії 2002 р. характеризують як консервативний за своєю формою та стилем і одночасно як новаторський щодо принципів, які є віддзеркаленням правової

⁶⁹⁰ *Rivero J.* Le juge administratif français: un juge qui gouverne? Recueil. – Paris: Dalloz, 1951. P. 21. Посилання здійснено за монографією: Соловьев А. А. Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте: монография / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2011. С. 66.

⁶⁹¹ *Valdivia J. M.* Évolution de la codification depuis le XIXe siècle. URL.: http://www.senat.fr/colloques/colloque_codification/colloque_codification10.html

⁶⁹² *Беликова К. М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. М., 2012. С. 5.

⁶⁹³ *Кабрияк Р.* Кодификации. Пер. с фр. Л. В. Головки. М.: Статут, 2007. С. 204 – 207.

практики і конституційних постулатів. У тому, що стосується змісту, Кодекс 2002 р. об'єднав цивільне та комерційне право, запозичуючи приклад італійського цивільного кодексу. Водночас були виключені трудове право і положення, що регламентували правове становище господарських товариств, яке стало предметом регулювання спеціального законодавства⁶⁹⁴.

Р. Кабріяк справедливо обґрунтовує, що рекодифікувати – завжди означає щось інше, аніж кодифікувати, адже будь-яка рекодифікація може здійснюватися лише з урахуванням вже чинного кодексу, а це у свою чергу викликає певні труднощі психологічного та технічного порядку. Перший вид труднощів рекодифікації може бути пов'язаний із загальною проблемою, що властива кодифікації – відсутність сильної політичної волі. Існує і така особливість цього процесу, як символічне значення, набутого кодексом, який потребує змін. Так, відзначають велику символічну роль французького Цивільного кодексу, яка викликала стагнації цивільного права того часу у Франції. І саме ця дань символізму стала причиною категоричної відмови більшості спеціалістів від ідеї повного перегляду Кодексу у дні його сторіччя⁶⁹⁵.

Питання кодифікації законодавства в усі часи були і нині залишаються вельми актуальними. Саме кодифікація дозволяє суттєво реформувати та модернізувати зміст законодавчого регулювання, запровадити нові підходи до правового забезпечення того чи іншого виду правової діяльності, удосконалити зміст регулювання цих відносин щодо сучасного рівня розвитку відповідних суспільних відносин, а також ділової та судової практики.

У вітчизняному законодавстві відсутнє уніфіковане визначення поняття «кодифікація». Водночас у зарубіжній юридичній літературі є дефініції, які викликають негативні емоції. Зокрема, А. О. Соловйов запропонував таке визначення поняття кодифіка-

⁶⁹⁴ Соловьев А. А. Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте: монография / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2011. С. 67.

⁶⁹⁵ Кабрьяк Р. Кодификации. Пер. с фр. Л. В. Головки. М.: Статут, 2007. С. 201.

ції законодавства (мовою оригіналу): «... розуміється вид упорядочення нормативно-правового матеріалу в певній сфері суспільних відносин, реалізується в процесі і результаті діяльності (звичайно) органу законодавчої влади через цілеспрямоване організуюче і перерозподілююче вплив на розірвану і несистемно (або недостатньо системно) організовану і взаємодіючу сукупність нормативних правових актів і правових норм, діючих в певній області суспільних відносин на певний момент, за допомогою їх (актів і норм) компренивання (вбрання, включення в себе і системного встраивання, інтеграції всередині себе) в себе, зміни (переробки) і збагачення (в цілях виконання правових пробелів, зняття суперечностей) доповнюють нормативно-правовим матеріалом, з депозицією (збором і осадженням в відокремлюваний в даному випадку «осадок») або реноваційним заміщенням застарілих і не задовільюючих по іншим критеріям сегментів і елементів правової регламентації, перегруппуванням і інтегруючим системним встраиванням отриманої сукупності по певній багатоступеневій і складноструктурованій функціонально-логічній, синтаксичній і морфологічній схемі (моделі, матриці) всередині знову формованого таким чином єдиного, логічно цілісного, стійкого і системного нормативного правового акту (кодексу), замінюючого в результаті в певній галузі права (підгалузі, інституті, напрямку правового регулювання) суттєву частину нормативно-правової регламентації і реалізуючого галузевою функцією (інститутовою функцією)»⁶⁹⁶.

Які почуття виникають у процесі читання подібного нагромадження – цілої гори слів, що утворюють одне речення, з використанням багатьох спеціальних термінів і всіляких викрутасів?! Чи зрозуміє хтось таку «науку»? Навряд чи.

⁶⁹⁶ Соловьев А. А. Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте: монография / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2011. С. 32–33.

Найбільш прийнятною і обґрунтованою нам видається позиція про те, що кодифікація є найвищою сходиною систематизації, якій зазвичай передують консолідація та інкорпорація. При цьому процеси консолідації та інкорпорації не обов'язково мають кінцевим варіантом кодифікацію. Вони є бажаними, а не категоричними передумовами. Це повною мірою застосовується для первинних кодифікацій, наприклад, як це було із Кодексом України про адміністративні правопорушення, із Житловим кодексом та ГК України. Коли ж має місце наступна кодифікація, то беруться за основу досягнення попередньої систематизації законодавства у формі кодифікації, консолідації чи інкорпорації⁶⁹⁷.

Традиційним і логічним є здійснення кодифікаційних робіт планомірно, розпочинаючи із кодифікації на горизонтальному рівні (приватному, тобто відносин за схемою «людина – людина») та вертикальному (адміністративному, тобто відносин за схемою «людина – держава»). Саме тому передусім варто було б здійснити кодифікації у сфері приватного (цивільного) та публічного (адміністративного) законодавства. І лише після цього говорити про доцільність реформи в сфері кримінального законодавства. Проведення ж відповідних реформ за іншим алгоритмом, що і мало місце в Україні, свідчить, як слушно вважає Р. О. Стефанчук, про незрілість суспільства та перманентність репресивних заходів для нормалізації суспільних відносин⁶⁹⁸.

III. Про необхідність вдосконалення ЦК України неодноразово наголошували вітчизняні цивілісти і практики⁶⁹⁹. Зокрема, на думку

⁶⁹⁷ *Музика Л. А.* Окремі питання кодифікації: цивільно-правовий аспект. Наука і правоохорона. 2014. № 2. С. 268 – 274.

⁶⁹⁸ *Стефанчук Р.* Чи існує правова політика в Україні? URL: https://rus.lb.ua/blog/ruslan_stefanchuk/293460_chi_isnuie_pravova_politika_ukraini.html

⁶⁹⁹ Див. наприклад: *Кузнецова Н. С.* Развитие цивилистической доктрины в Украине: основные направления и перспективы. *Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 19–20 квітня 2012 року). К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 11–21; *Стефанчук Р. О.* «Законодавчі борги» цивільного законодавства. Там само. С. 61–64.

Н. С. Кузнецової, перед нашими цивілістами наразі постало завдання максимально наблизити правове регулювання цивільних відносин до справедливо очікуваних результатів (воно має відповідати певним правовим стандартам). Нині існує достатня емпірична база правових позицій судів усіх інстанцій щодо застосування норм ЦК України (показово, що у двох юрисдикціях – цивільній та господарській). І саме судова практика має стати предметом системного аналізу та ключовим орієнтиром⁷⁰⁰.

Деколи висуваються доволі радикальні ідеї щодо зведення цивільного законодавства в єдиний нормативний акт шляхом інкорпорації Господарського та окремих норм Земельного кодексу до ЦК України, а також щодо ухвалення Кодексу комерційного судочинства⁷⁰¹. Неодноразово науковці та практики звертали увагу на численні невідповідності, зокрема, ГК України та ЦК України (наприклад, щодо сутності та видів юридичних осіб в Україні). Так, згадані кодекси пропонують різні підходи до врегулювання однакових відносин, внаслідок чого під час вирішення аналогічних спорів суди надають перевагу в одних випадках ЦК України, в інших – ГК України⁷⁰², що, безумовно, не сприяє єдності судової практики і розвитку даних відносин.

«Протистояння» у часі цивільного та господарського права сягає майже сторічної давнини. На початку 1929 р. відомий правознавець і державний діяч П. І. Стучка поставив під сумнів необхідність існування єдності у цивільно-правовому регулюванні майнових відносин. Цікаво, що кількома роками раніше цей же вчений відстоював

⁷⁰⁰ Кузнецова Н. С. Гражданское право Украины: необходимость системного совершенствования. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного права (Матвєєвські цивільні читання): матеріали міжнародної науково-практичної конференції*. У двох томах. Київ, 19 жовтня 2012 року. Т. 1. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 13.

⁷⁰¹ Незалежність правосуддя свободи. *Юридичний вісник України*. 1–7 березня 2008 р. № 9. С. 8.

⁷⁰² Олевська Є. Не скасування – а трансформація Господарського кодексу. *Юридичний вісник України*. 27 вересня – 3 жовтня 2008 р. № 39. С. 3.

цілком полярну позицію. Отже, П. І. Стучка обґрунтував теорію так званого двосекторного права – господарсько-адміністративного та цивільного права. Перше з них мало регулювати відносини всередині соціалістичного сектору, які були засновані на плановості та підпорядкуванні. За цивільним правом залишалися відносини приватних власників між собою і частково міжгалузеві відносини. При цьому із збільшенням (як домінанти) соціалістичної власності збільшувалась і сфера дії господарсько-адміністративного права. У той самий час цивільне право, внаслідок знищення приватної власності, при соціалізмі відмирало. Відповідно була викладена пропозиція про розробку та ухвалення двох окремих нормативних актів: Основ цивільного законодавства СРСР та Господарсько-адміністративного кодексу⁷⁰³.

Зазначена теорія не набула свого законодавчого закріплення і була піддана критиці зі сторони Л. Я. Гінзбурга у 1931 р.; водночас ним і його колегами – запропонована теорія єдиного господарського права⁷⁰⁴.

Прихильники теорії єдиного господарського права до предмета господарського права включали майнові відносини і між організаціями, і між громадянами. В основу цієї теорії було покладено принцип єдності регулювання майнових відносин, що було передбачено відповідними цивільними кодексами союзних республік. У 1936 р., на підставі ухваленної першої Конституції СРСР, правам громадян приділялася значна увага. І на Перших всесоюзних зборах, що були присвячені радянському праву у 1938 р., теорія єдиного господарського права зазнала остаточної поразки. Згодом, до кінця 30-х років, на доктринальному та законодавчому рівнях набула

⁷⁰³ Стучка П. И. О системе и пределах материальной и Особенной части гражданского кодекса. *Революция и право*. 1929. № 5. С. 79; Стучка П. И. Курс советского гражданского права. В 3-х т. М. – Л., 1927–1931. Т. 3. С. 10–11.

⁷⁰⁴ Мозолин В. П., Беседин А. Н. История цивилистической мысли в России. *История юридических наук в России: сборник статей*. Под ред. О. Е. Кутафина. М., 2009. С. 56 – 100.

свого закріплення концепція єдиного цивільного права, заснована на цивільних кодексах відповідних союзних республік⁷⁰⁵.

Відродження теорії господарського права у варіанті, близькому до теорії господарсько-адміністративного права, відбулося у 60-х рр. ХХ ст. Сутність її зводилась до того, що не передбачалося знищення цивільного права як такого. За ним пропонувалось закріплення лише відносин за участю громадян, що засновані на праві приватної власності⁷⁰⁶. Знову наголошувалось на необхідності ухвалення одразу двох нормативних актів: Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік і Господарського кодексу. Утім, ані на доктринальному⁷⁰⁷, ані на законодавчому рівні зазначена теорія не знайшла своєї підтримки.

Так тривало до розпаду СРСР і проголошення незалежності України. Нова політична ситуація вимагала нового правового оформлення суспільних відносин. Як наслідок – від 2004 р. в Україні функціонують паралельно два кодекси – Цивільний та Господарський.

Основним завданням кодифікації у всі часи було подолання розпорошеності законодавства та забезпечення належної якості

⁷⁰⁵ Там само. С. 82 – 83.

⁷⁰⁶ Див., наприклад: Гинзбург Л. Я. К вопросу о хозяйственном праве. *Советское государство и право*. 1956. № 8. С. 84–96; Тадевосян В. С. Некоторые вопросы системы советского права. *Советское государство и право*. 1956. № 8. С. 99–108; Павлов И. В. К вопросу о кодификации советского гражданского законодательства. *Советское государство и право*. 1959. № 8. С. 36–49; Лантев В. В. О советском хозяйственном праве. *Советское государство и право*. 1959. № 4. С. 70–79; Мамутов В. К. Хозяйственное право на службу коммунистическому строительству. *Советское государство и право*. 1959. № 9. С. 37–43.

⁷⁰⁷ Див., зокрема: Луц А. Л., Флейшниц Е. А. Еще раз о предмете хозяйственного права. *Изд. вузов. Правоведение*. 1960. № 4. С. 46–54; Братусь С. Н. Имущественные отношения, регулируемые советским гражданским правом. *Вопросы экономики*. 1960. № 9. С. 73–82; Матвеев Г. К. О концепции хозяйственного права. *Изд. вузов. Правоведение*. 1961. № 1. С. 70–78; Толстой Ю. К. Теоретические проблемы гражданского законодательства. *Вестник ЛГУ*. 1961. № 17. С. 108–119.

правозастосовної практики. Крім того, це є одним із юридичних способів удосконалення законодавства, використання якого доцільно враховувати під час планування законодавчої діяльності. У зв'язку із цим варто погодитись із В. К. Мамутовим у тому, що кодифікація є ключовою ланкою механізму вдосконалення правового регулювання, її можна розглядати як універсальний правовий засіб впливу на зміст і форму законодавства. Водночас спірною видається думка вченого про те, що ідея кодифікації господарського законодавства започаткована не наукою, а практикою й обумовлена необхідністю вирішення правозастосовних питань⁷⁰⁸.

В. К. Мамутову опонує Н. С. Кузнєцова: не варто впадати у крайнощі; при цьому наголошує на неприйнятності ситуації, що має нині місце в Україні, яку вона називає «кодексоманія». Вчена заперечує доцільність паралельного існування ЦК України і ГК України і відмічає, що діапазон пропозицій стосовно вдосконалення законодавства охоплює проекти від декодифікації ГК України до повного виключення із ЦК України норм, що регулюють відносини у сфері підприємництва⁷⁰⁹. Остання пропозиція лобіюється зазвичай представниками господарського права⁷¹⁰.

Я. М. Шевченко вважала, що не може бути ЦК і ГК України, які створюють сум'яття й щодо інвесторів, і щодо громадських організацій⁷¹¹. У свою чергу, В. С. Щербина виступає проти декодифікації господарського законодавства шляхом скасування ГК України. При цьому автор також проти і прийняття Економічного,

⁷⁰⁸ Див.: Кодифікація господарського законодавства України: стан, проблеми, перспективи. URL: <http://www.golos.com.ua/article/124207>

⁷⁰⁹ Кузнєцова Н. Основні методологічні засади сучасного цивільного права України. *Право України*. 2009. № 8. С. 14.

⁷¹⁰ Див., наприклад: Мамутов В. Гражданский кодекс в системе правового обеспечения экономики в Украине. *Юридичний Вісник України*. 5–11 лютого 2011 р. № 6 (814); *Юридичний Вісник України*. 12–18 лютого 2011 р. № 7 (815).

⁷¹¹ Шевченко Я. Поняття приватного права як ядра правопорядку, заснованого на ринковій організації економіки. *Право України*. 2009. № 8. С. 7.

Інноваційного чи Конкуренційного процесуального кодексів. Не погоджується він також і з ухваленням Закону України «Про основні засади господарської діяльності» від 19 січня 2008 р., проект якого 11 березня 2010 р. було відкликано з Верховної Ради України⁷¹². В. В. Луць вважав, що у сфері договірних права важливим є усунення дублювання та розбіжностей, які існують у регулюванні договірних відносин за ЦК України і ГК України. Пріоритет, на його думку, слід надавати положенням ЦК України, які мають для договірних права загальний характер⁷¹³.

Досліджуючи проблеми кодифікації, слід пригадати науково-практичну конференцію, що була проведена у Києві, в листопаді 2014 р. На ній професійно обговорювалися теоретичні та практичні аспекти десятирічного застосування ГК України господарськими судами та державними органами. Йшлося про реалізацію його положень у відносинах суб'єктів господарювання, аналізувалися основні здобутки і водночас проблемні аспекти застосування Кодексу, визначені перспективи поглиблення господарської кодифікації у контексті євроінтеграційних процесів та економічних реформ в Україні⁷¹⁴.

Також необхідно звернути увагу на одну з останніх публікацій «цивілістів», які опонують «господарникам»⁷¹⁵. У статті обґрунтовується наукова позиція, згідно з якою норми ГК України мають мінімальний регуляторний вплив на підприємницькі відносини;

⁷¹² Щербина В. Деякі проблеми удосконалення господарського і господарського процесуального законодавства. *Право України*. 2010. № 8. С. 15.

⁷¹³ Луць В. Тенденції розвитку договірних права України в сучасних умовах. *Право України*. 2009. № 8. С. 11.

⁷¹⁴ 10 років застосування Господарського кодексу України: сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації: зб. доповідей наук.-практ. конф. (14 листопада 2014 р., м. Київ). Голова ред. кол. О. П. Подцерковний. Одеса: Юридична література, 2014. 400 с.

⁷¹⁵ Кузнецова Н. С., Кот О. О., Гриняк А. Б., Пленюк М. Д. Скасування Господарського кодексу України: потенційні наслідки та необхідні передумови. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2020. № 1. С. 100 – 131.

водночас ці відносини детально регламентовані у ЦК України. На думку авторів, за таких умов і з метою спрощення правового регулювання підприємницької діяльності, а також з огляду на обов'язки нашої держави (зокрема, щодо приведення українського законодавства у відповідність до законодавства держав ЄС – у сфері заснування та діяльності компаній, корпоративного управління, з питань захисту прав акціонерів, кредиторів та інших заінтересованих сторін, з питань подальшого розвитку політики корпоративного управління відповідно до міжнародних стандартів), існує доцільність скасування ГК України шляхом ухвалення відповідного закону. В останньому пропонується передбачити усі необхідні заходи із забезпечення належного правового регулювання відносин на період підготовки відповідних системних змін до ЦК України.

Змагання між «цивілістами» і «господарниками», як ми зазначали вище, налічує не одне десятиліття запального протистояння. Оцінюючи практику одночасного існування ЦК України та ГК України, У. Батлер зазначив, що це «перешкоджає більш амбіційній характеристиці Цивільного кодексу і, звичайно, піддає сумніву те, що цивільне право є двигуном ринково-орієнтованої економічної реформи в Україні»⁷¹⁶.

Можливо, думка всесвітньо знаного правознавця є слушною. Водночас вважаємо, що у процесі рекодифікації цивільного законодавства (який, не виключено, буде тривалим), беручи до уваги правову реальність – факт існування двох Кодексів, необхідно також *паралельно* зосередити увагу на питаннях їх удосконалення та усунення колізій, що існують між ними, чітко визначити предмет правового регулювання.

Відступаючи від полеміки, необхідно віддати належне науковим переконанням академіка Валентина Карловича Мамутова, який доклав значних зусиль для розвитку юридичної науки. Серед його останніх праць – стаття «Заінтересованість і самопосилення», в якій яскраво виражена послідовна і принципова позиція вченого, зокрема щодо сучасних проблем кодифікації господарського законодав-

⁷¹⁶ Батлер У. Е. Мудрість порівняльного правознавства: збірник статей. Упор. і наук. ред. О. В. Кресін. Київ: Логос, 2019. С. 164.

ства⁷¹⁷. Приємно відзначити, що знаного правознавця шанують і після того, як людини не стало. Зокрема, наукова спадщина вченого та інші питання правового забезпечення господарських відносин розглядалися колегами на круглому столі, присвяченому його пам'яті⁷¹⁸.

В аспекті кодифікації цивільного законодавства необхідно привернути увагу до Кодексу цивільного захисту України від 2 жовтня 2012 р., що набрав чинності 1 липня 2013 р.⁷¹⁹. Він регулює відносини, пов'язані із захистом населення, територій, навколишнього природного середовища та майна від надзвичайних ситуацій, реагуванням на них, функціонуванням єдиної державної системи цивільного захисту, та визначає повноваження органів державної влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, права та обов'язки громадян України, іноземців та осіб без громадянства, підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності. Цей кодифікований нормативно-правовий акт являє собою певний синтез положень публічного та приватного права і протягом року (з моменту набрання чинності) вже тричі зазнавав змін і доповнень. Практика застосування згаданого Кодексу доведе чи спростує доречність його ухвалення, але звичка постійних змін до вітчизняного законодавства взагалі та кодифікованого, зокрема, не може бути виправданою як соціальний запит.

Аналізуючи питання стабільності законопроектної роботи, мимоволі згадуються кращі зразки законодавчої діяльності зарубіжних

⁷¹⁷ Мамутов В. К. Заінтересованість і самопосилення. *Економіка України / Economy of Ukraine*. 2018. № 7 (680). С. 20–34. Ця публікація – передрук статті, здійснений з дозволу журналу «Економіка та право»: Мамутов В. К. Заінтересованность и самоусиление. *Економіка та право*. 2017. № 3 (48). С. 3–15.

⁷¹⁸ Перші наукові читання пам'яті академіка В. К. Мамутова: матеріали круглого столу (8 лютого 2019 р., м. Київ). Наук. ред. В. А. Устименко. НАН України. Ін-т економіко-правових досліджень. 2019. 264 с.

⁷¹⁹ Кодекс цивільного захисту України від 2 жовтня 2012 р. *Голос України*. 20 листопада 2012 р. № 220.

країн: Конституція Сполучених Штатів Америки (1787 р.), яка за понад двісті років свого існування не втратила актуальності і понині є зразком державності та демократії; Цивільний кодекс Наполеона (1804 р.), про який сам Наполеон говорив, що з часом забудуться його гучні перемоги та поразки, але Кодекс пам'ятатимуть віками. Так і сталося. На цьому тлі доволі дивним видається прагнення Верховної Ради України до перфектизації чинного законодавства, що особливо стосується кодифікованих актів, які покликані бути гарантом стабільності та найвищої систематизаційної якості. Немає розумних пояснень надмірній, далеко не завжди виваженій правотворчій діяльності: за період порівняно нетривалого існування кодифікацій у незалежній Україні до кожного з кодексів було внесено у середньому від ста до п'ятисот змін і доповнень⁷²⁰.

IV. В юридичній науці виділяють три основні етапи розвитку кримінального кодексу⁷²¹. Видається, що цю періодизацію можна застосувати і для аналізу чинності будь-якого кодексу, при цьому вважаємо за необхідне доповнити її періодом рекодифікації. Тому, із відповідними корективами, можемо виділити такі етапи розвитку ЦК України:

1-й етап – відносна стабільність;

2-й етап – дестабілізація за рахунок численних змін до Кодексу, які однак не руйнують загальну концепцію ЦК України (нині триває);

3-й етап – рекодифікація;

4-й етап – декодифікація у зв'язку із численними змінами, які руйнують загальну концепцію ЦК України як кодексу приватного права.

⁷²⁰ Стефанчук Руслан. Чи існує правова політика в Україні? URL: https://rus.lb.ua/blog/ruslan_stefanchuk/293460_chi_ishnuie_pravova_politika_ukraini.html

⁷²¹ Кленова Т. В. Необходимость и возможность стабилизации уголовного законодательства Российской Федерации. *Противодействие современной преступности: оценка эффективности уголовной политики и качества уголовного закона*: сб. науч. тр. Под ред. Н. А. Лопашенко. Саратов: Сателлит, 2010. С. 125.

Очевидно, що період відносної стабільності, на жаль, був майже відсутній у чинному ЦК України, адже перші зміни «прийшли» до нього вже через 5 місяців після ухвалення, та ще й за півроку до вступу його в силу. Утім зміни, що внесені до Кодексу, не сприяли повному розбалансуванню його концептуальності. І тому 3-й і 4-й етапи розвитку ЦК України ніби ще не настали. Але таке враження – лише на перший погляд, воно не відповідає дійсності⁷²².

Насамперед пригадаймо: основи концепції та змісту проекту ЦК України були створені у 1992–1996 рр. Відтоді в Україні та світі багато що змінилося в економічному, політичному та правовому вимірах⁷²³. Останніми роками з'явилися фактори-виклики, що надзвичайно актуалізують проблему оновлення ЦК України. Необхідно взяти до уваги євроатлантичні устремління нашого суспільства, їх можна реалізувати, зокрема, шляхом приведення національного законодавства до вимог Європейського Союзу. Окрім того, агресія РФ проти України, тимчасова окупація частини нашої території й анексія Криму зумовили нову соціально-політичну реальність, яка потребує відповідного правового регулювання.

Таким чином, наразі ми цілком поділяємо погляди А. С. Довгєрта: «Для старту процесу рекодифікації ЦК України зараз існують необхідні чинники та передумови, серед яких, зокрема: наявність норм-моделей міжнародних актів; досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини – «бастіонів» приватного права; законодавчий приклад нових членів ЄС – колишніх країн соціалістичного табору; необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки»⁷²⁴.

⁷²² Примітка. Раніше ми займали іншу позицію з цього питання. Див., зокрема: *Музика Л. А.* Що є актуальним для сучасного цивільного законодавства України: модернізація, системне оновлення чи рекодифікація? *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ.* 2015. № 1. С. 145 – 154. Упродовж тривалої російської агресії проти України ми змінили своє бачення щодо необхідності рекодифікації Кодексу.

⁷²³ *Довгєрт А.* Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України.* 2019. № 1. С. 29.

⁷²⁴ Там само. С. 38.

Як ми вже зазначали, влітку 2019 р. Уряд України ухвалив постанову⁷²⁵, що поклала початок процесу рекодифікації вітчизняного цивільного законодавства. Від цього часу поступово набирає сили наукова дискусія⁷²⁶, без якої подібна практика неможлива. Серед її піонерів – такі представники харківської цивілістичної школи, як І. В. Спасибо-Фатеева, С. О. Глозов, Ю. В. Мица, О. П. Печений, М. В. Ус, Н. Ю. Філатова; фахівці у галузі господарського права⁷²⁷; представники київської цивілістичної школи⁷²⁸; інші цивілісти⁷²⁹.

Згідно з Планом законопроектної роботи Верховної Ради України на 2020 рік (затверджений постановою Верховної Ради України від 16 червня 2020 р. № 689-ІХ)⁷³⁰ передбачено, зокрема: осучаснення Цивільного кодексу України, приведення його у відповідність із вимогами ЄС та кращими світовими практиками у цій сфері, усунення помилок, дублювань та прогалин; перенесення до Кодексу

⁷²⁵ Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України: Постанова Кабінет Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 650.

⁷²⁶ Див., зокрема: *Спасибо-Фатеева І. В.* З приводу концепції щодо модернізації Цивільного кодексу України (рекодифікації). *Судебно-юридическая газета*. 23.12.2019. URL.: <https://sud.ua/ru/news/blog/157375-z-privodu-kontseptsiyi-schodo-modernizatsiyi-tsivilnogo-kodeksu-ukrayini-rekodifikatsiyi>; Щодо реформування окремих інститутів цивільного права. *Судебно-юридическая газета*. 24.12.2019. URL.: <https://sud.ua/ru/news/publication/157461-schodo-reformuvannya-okremikh-institutiv-tsivilnogo-prava>

⁷²⁷ *Зельдіна Олена.* Рекодифікація ГК України: теорія та реалії економіки. *Судебно-юридическая газета*. 28.12.2019. URL.: <https://sud.ua/ru/news/sud-info/157849-rekodifikatsiya-gk-ukrayini-teoriya-ta-realiyi-ekonomiki>

⁷²⁸ *Кузнецова Н. С., Кот О. О., Гриняк А. Б., Пленюк М. Д.* Скасування Господарського кодексу України: потенційні наслідки та необхідні передумови. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2020. № 1. С. 100–131.

⁷²⁹ *Труба В. І., Морозова С. Є.* Теоретичні передумови рекодифікації приватного законодавства України. *Правова держава*. 2020. № 38. С. 86–91.

⁷³⁰ Про План законопроектної роботи Верховної Ради України на 2020 рік: Постанова Верховної Ради України від 16 червня 2020 р. № 689-ІХ. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/689-20#n17>

положень СК України, окремих положень ГК України, Кодексу законів про працю України, ЖК Української РСР, Закону України «Про міжнародне приватне право» (п. 21).

Таким чином, у процесі рекодифікації цивільного законодавства буде апробована правотворча форма реалізації цивільно-правової політики, якій передують доктринальні розробки, зокрема створення, оприлюднення та обговорення концепції оновлення такого законодавства, а також результати діяльності відповідної робочої групи.

5.2. Правозастосовна форма реалізації цивільно-правової політики: аналітичний огляд

I. Правотворчість у сфері охорони приватного інтересу «пізнає» себе (рівень своєї ефективності) через правозастосування, яким завершується реалізація цивільно-правової політики. Під правозастосуванням ми розуміємо не лише практику ухвалення певних рішень, а й виконання останніх. Воно може відповідати вимогам правозастосовного рішення чи бути спростованим адресатом такого рішення, що нерідко з'ясовується у процесі його правомірного оскарження і скасування.

Правозастосування здійснюється на рівні законодавчої, виконавчої і судової гілок влади, а також – Президентом України та Конституційним Судом України. Не залишаються осторонь і органи місцевого самоврядування, громадянське суспільство й окремі громадяни.

Застосування права не слід ототожнювати винятково із фактом ухвалення якогось рішення (законодавчого, судового, адміністративного тощо). Насправді це не лише певний результат, а й сукупність послідовних дій, спрямованих на його досягнення. І це не механічний, а творчий процес, у якому юридичне тлумачення відповіднимисуб'єктамінормативнихположеньвідіграєнадзвичайну роль. Без усвідомлення, правильного розуміння законодавства не існує застосування права. Відповідно і правозастосовна та

інтерпретаційна сфери реалізації цивільно-правової політики, на нашу думку, не можуть розглядатися відокремлено – вони взаємопов'язані та наймовірно тісно взаємодіють між собою як елементи одного процесу. Навіть під час тлумачення нормативно-правового акта відбувається його застосування – через використання останнього чи інших правових актів. Тому ми критично ставимося до наукового концепту, згідно з яким існують як самостійні правозастосовна та інтерпретаційна форми реалізації правової політики. Вважаємо таке бачення непродуктивним.

Правозастосовна форма реалізації цивільно-правової політики – це державна діяльність, що відображає досвід чи потенційні тенденції застосування права у сфері захисту приватного інтересу (відповідна юридична практика за певний період, в Україні чи її окремих регіонах).

Ефективність правозастосовної діяльності значною мірою залежить від досконалості законодавства, належної правотворчості загалом. Власне ці питання найчастіше аналізується науковцями, практиками, засобами масової інформації тощо. Без сумніву, правова система держави має діяти як єдине ціле, норми різних галузей права не повинні суперечити Конституції України, «власним» положенням у межах окремої галузі права та однопорядковим положенням в різних галузях права. Наприклад, ч. 1 ст. 63 ГК України передбачає існування колективної та змішаної форм власності. Однак Конституція України та ЦК України подібних положень не містять. Більше того, розробники ЦК України відійшли від колективної власності і нині за ЦК України в державі існує єдине право приватної власності для фізичних і юридичних осіб (ст. 325). Аналізовані кодекси були ухвалені (16 січня 2003 р.) і вступили в силу в один і той самий день – 1 січня 2004 р. Майже річний термін відстрочки набрання ними чинності був запланований для усунення недоліків і суперечностей, зокрема і між цими кодексами. Від моменту їх ухвалення минуло понад 20 років, однак і нині численні суперечності між їх положеннями досі не усунуті. Залишається надія, що під час теперішньої модернізації цивільного законодавства нарешті буде розв'язано цей багаторічний проблемний «вузол».

У кримінально-правовій літературі наголошується: за логікою викладення певних положень стосовно ефективності правових норм, можна стверджувати про певні вади, що їм притаманні⁷³¹. Відповідним чином адаптувавши наведене до предмета нашого дослідження, зазначимо такі можливі вади цивільно-правових норм, як: 1) невідповідність норм цивільного права об'єктивним закономірностям життя суспільства; 2) невідповідність норм соціально-правовій психології народу, соціальної групи тощо; 3) неправильне визначення мети цивільно-правового регулювання; 4) помилковий вибір правових засобів досягнення зазначеної мети; 5) недостатнє врегулювання умов дії норми; 6) порушення взаємозв'язку між елементами системи правового регулювання, зокрема між нормами різних галузей законодавства; 7) внутрішня суперечність норми, а саме її надмірна складність, незрозумілість для виконавців (юридична невизначеність), нездійсненність санкції норми.

Отже, ефективність будь-якого законодавства включає в себе широке коло різноманітних питань: від прогнозування до правотворчості та правозастосування. У правовій літературі розроблені різноманітні критерії ефективності законодавства. Серед основних критеріїв називають досягнення мети правового регулювання, тобто йдеться власне про його результат⁷³².

У цьому аспекті слід визнати, що розуміння цивільно-правової політики розкривається, зокрема, через належний аналіз правозастосовної діяльності. А в такому пізнанні, повторимо, важливу роль відіграє наявний рівень доктрини і практики у сфері визначення змісту (роз'яснення) положень цивільного та іншого законодавства. Отож, видається необхідним мати загальнотеоретичне уявлення про поняття «тлумачення норм права».

В юридичній літературі існує чимало спроб визначити зазначене поняття; кожна із таких дефініцій тією чи іншою мірою розкриває

⁷³¹ Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. К.: Атіка. 2005. С. 19–20.

⁷³² Страутманис Я. Я. Эффективность земельного законодательства. Советское государство и право. 1974. № 12. С. 32.

сутність даного процесу, відображаючи водночас автентичне бачення конкретного науковця⁷³³. Зокрема, вважають, що тлумачення права – це інтелектуально-вольова діяльність із встановлення справжнього змісту правових актів з метою їх реалізації і вдосконалення⁷³⁴.

Схожої думки дотримується і О. В. Мелехін: тлумачення правової норми являє собою складне явище інтелектуально-вольового характеру, спрямоване на пізнання і пояснення змісту права з метою його найбільш правильної реалізації⁷³⁵. На думку інших спеціалістів, тлумачення правових норм – це складний вольовий процес, спрямований на встановлення точного смислу, що міститься в нормі права чи припису, оприлюднення його для загального відома⁷³⁶.

Попри різноманіття визначень аналізованого поняття, більшість вчених сходяться на тому, що тлумачення поділяється на два відносно самостійних процеси, а саме з'ясування та роз'яснення, які водночас є двома взаємопов'язаними сторонами єдиного процесу

⁷³³ Див., наприклад: *Васьковський Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: ЮрИнфор. 2002. 508 с.; *Тодика Ю. М.* Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика: монографія. Х.: Факт, 2003. 328 с.; *Михайлович Д. М.* Офіційне тлумачення закону: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Х., 2003. 19 с.; *Гончаров В.* До питання про зміст юридичної норми як об'єкт її тлумачення (у світлі практики Європейського суду з прав людини). *Вісник Львівського університету*: Серія юридична. 2010. Вип. 50. С. 3–11; *Малента В. С.* Неофіційне тлумачення норм права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. К., 2010. 16 с.; *Надежин Г. Н.* Доктринальное толкование норм права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Н. Новгород, 2005. 218 с.; *Прийма С. В.* Принципи тлумачення норм права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2011. 19 с.

⁷³⁴ Теория государства и права: учебник. Под ред. С. С. Алексеева. М.: Юридическая литература, 1985. С. 157.

⁷³⁵ *Мелехин А. В.* Теория государства и права: учебник с учебно-методическими материалами. 2-е изд., доп. и перераб. М: Консультант Плюс, 2009. С. 381.

⁷³⁶ *Матузов Н. И., Малько А. В.* Теория государства и права: учебник. М.: Юристъ, 2001. С. 341.

інтерпретації правових норм. При цьому, як правильно зазначають українські автори, до змісту понять з'ясування і роз'яснення норм права входить не лише процес, а й результат цього процесу. Під з'ясуванням норм права розуміють встановлення їх змісту (смыслу). Під роз'ясненням норм права розуміють передачу інформації про зміст (смысл) норми третім особам⁷³⁷. У свою чергу, інтерпретатор, перш ніж роз'яснювати зміст правової норми іншим, має усвідомити її сенс для себе. Як пише Ю. Л. Власов, роз'яснення здійснюється тільки у тих випадках, коли в результаті з'ясування певної норми права та отриманні його результату суб'єкт тлумачення вважає за потрібне (або зобов'язаний згідно із законодавством) дати детальніше, більш розгорнуте пояснення змісту такої норми для правильного й однакового розуміння її іншими особами⁷³⁸. Звідси випливає, що з'ясування є обов'язковим етапом тлумачення, а роз'яснення – факультативним.

На нашу думку, найбільш оптимальним загальнотеоретичним визначенням досліджуваного поняття може бути таке: тлумачення норм права – це процес і результат діяльності щодо з'ясування та, у разі необхідності, роз'яснення змісту (смыслу) нормативно встановленого правила поведінки (іншого нормативного положення), що досягається шляхом різноманітних інтелектуальних операцій.

Наразі триває процес реформування національного цивільного законодавства і значення актів тлумачення суттєво зростає. Йдеться передусім про діяльність Конституційного Суду України, який неодноразово тлумачив положення цивільного законодавства та визначав їх відповідність Основному Закону держави.

Важливе значення мають і рішення Верховного Суду (а також Пленуму Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ), в яких

⁷³⁷ *Малишев Б. В., Москалюк О. В.* Застосування норм права (теорія і практика): навч. посіб. К.: Реферат. 2010. С. 77.

⁷³⁸ *Власов Ю. Л.* Проблеми тлумачення норм права: монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. 2001. С. 11.

представлені, зокрема, питання практики розгляду судами окремих категорій цивільних справ. Такі судові акти мають необов'язковий, як раніше визначалось, а рекомендаційний характер. Однак їх роль не можна недооцінювати.

Відповідно до Регламенту Пленуму Верховного Суду від 30 листопада 2017 р. № 1 визначені, зокрема, такі його повноваження:

«... 11) з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ узагальнює практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизує та забезпечує оприлюднення правових позицій Верховного Суду з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані;

12) за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики дає роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ ...»⁷³⁹.

У багатьох рішеннях цього Суду розкриваються можливості та окреслюються перспективи цивільно-правової політики у сфері застосування відповідних норм і тлумачиться їх зміст.

Важливе значення для розуміння проблем правозастосування у сфері цивільно-правової політики мають документи Консультативної ради європейських суддів. Вони надають розгорнутий опис, зокрема, стандартів Ради Європи стосовно функціонування та устрою судової влади, ролі суддів у захисті верховенства права, у забезпеченні єдності застосування права, якості судових рішень та їх виконанні, ролі національних суддів у забезпеченні ефективного застосування міжнародного та європейського права⁷⁴⁰.

II. Для загального уявлення про феномен застосування права зосередимо увагу на діяльності лише суду – одного із суб'єктів

⁷³⁹Регламент Пленуму Верховного Суду: Постанова Пленуму Верховного Суду «Про затвердження Регламенту Пленуму Верховного Суду» від 30 листопада 2017 р. № 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0001780-17#Text>

⁷⁴⁰Документи Консультативної ради європейських суддів: офіційне видання. Упоряд. А. О. Кавакін; 2-е вид., доп. Київ: Ін Юре, 2017. 816 с.

реалізації цивільно-правової політики. Його правозастосовна діяльність зумовлює необхідність дослідження проблеми судової правотворчості. Йдеться про те, чи притаманні судовому рішенню ознаки нормативності, а звідси – чи може судове рішення бути джерелом права? В аспекті аналізованої проблеми варто пригадати хоча б декілька постатей, праці яких помітно вплинули на просування ідеї судової правотворчості. Що ми знаємо, зокрема, про «метод Жені» і «формулу Радбруха»?

Франсуа Жені (François Géný) – видатний французький юрист (1861–1959)⁷⁴¹. Основні його праці – «Метод інтерпретації та джерела в позитивному приватному праві: критичний нарис», 1899 р. (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*) та «Наука і техніка позитивного приватного права: новий внесок у критику юридичного методу», в 4-х томах, 1914–1924 роки (*Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*) присвячені методологічним проблемам правознавства, належать до всесвітньої класики приватного права і залишаються актуальними дотепер.

Узагальнені погляди Ф. Жені на проблему судової правотворчості одержали назву «метод Жені». Вчений виходив із припущення, що закон слід розуміти передусім як суспільний феномен, а не просто вираження волі законодавця. Він висунув теорію, яку назвав «вільним науковим дослідженням» (*libre recherche scientifique*). За цією теорією, суддя, розглядаючи справу, має відчувати себе пов'язаним нормами писаного закону настільки, наскільки текст закону для нього є зрозумілим. У всіх інших випадках суддя зобов'язаний, розглянувши соціальні та економічні обставини справи, віднайти найбільш справедливе вирішення питання; звичаї, традиції та наукові дослідження мають використовуватися для виявлення різних тлумачень того, що написано в законі.

Ще одна постать – Густав Радбрух (1878–1949), видатний німецький правознавець і політик; широко відомий передусім

⁷⁴¹ François Géný. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/François_Géný

завдяки сформульованій ним у 1946 р. теорії права, що одержала назву «формула Радбруха» (нім. Radbruchsche Formel)⁷⁴². Відповідно до його теорії (викладена у статті «Законне неправо та надзаконне право») суддя, який стикається з конфліктом між законом і тим, що він вважає справедливим, має ухвалити рішення про незастосування закону, якщо (і лише якщо) правова концепція, що лежить в основі відповідного закону, видається або «нестерпно несправедливою», або неприпустимою, «умисним ігноруванням» рівності людей перед законом. Тобто існують виключні випадки, «коли суперечність чинного закону щодо справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як “несправедливе право” має поступитися справедливості»⁷⁴³.

Відносно «молода» ідея судової правотворчості, що набула поширення у світі на межі XIX–XX століття, в Україні активно дискутується зовсім недавно – від початку третього тисячоліття. Вона була предметом дослідження зокрема таких вчених, як В. Б. Авер'янов⁷⁴⁴, А. С. Головін⁷⁴⁵, М. І. Козюбра⁷⁴⁶, О. С. Копитова⁷⁴⁷, Б. В. Малишев⁷⁴⁸,

⁷⁴² Radbruch formula. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Radbruch_formula

⁷⁴³ Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/9678/09-Radbruch.pdf>

⁷⁴⁴ Авер'янов В. Б. Судова правотворчість: крізь призму світового досвіду. *Вісник Академії правових наук України*. 2008. № 1. С. 274–276.

⁷⁴⁵ Головін А. С. Права людини: інтерпретаційна діяльність Конституційного Суду України. К.: Логос, 2012. 369 с.

⁷⁴⁶ Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя? *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.

⁷⁴⁷ Копитова О. С. Елементи судового правозастосування: загальнотеоретичні аспекти. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 4. С. 159–169; Копитова О. С. Судове правозастосування: окремі загальнотеоретичні питання до складових елементів. *Право і суспільство*. 2019. № 4. С. 192–198.

⁷⁴⁸ Малишев Б. В. Судова правотворчість як засіб досягнення мети правосуддя. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1. С. 47–62.

С. В. Прилуцький⁷⁴⁹, Д. Ю. Хорошковська⁷⁵⁰, О. З. Хотинська-Нор⁷⁵¹, Г. О. Христова⁷⁵², С. В. Шевчук⁷⁵³.

У 2016 р. видання «Право України» присвятило спеціальний номер актуальній темі «Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя в Україні»⁷⁵⁴. Того ж року, 24–25 листопада, у м. Києві Верховним Судом України спільно з Національною академією правових наук України, Київським Національним університетом імені Тараса Шевченка у співробітництві з іншими партнерами була проведена міжнародна конференція з аналогічної проблематики⁷⁵⁵.

⁷⁴⁹ *Прилуцький С. В.* Вступ до теорії судової влади (Суспільство. Правосуддя. Держава): монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. 317 с.; *Прилуцький С. В.* Політика судової влади та судова політика: теоретико-правові проблеми співвідношення. *Вісник Академії адвокатури України*. Том 12. Число 2. 2015. С. 17–25.

⁷⁵⁰ *Хорошковська Д. Ю.* Роль судової практики в системі джерел права: теоретико-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. К., 2006. 193 с.

⁷⁵¹ *Хотинська-Нор О. З.* Теоретико-правові та праксеологічні засади судової реформи в Україні: дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2016. 472 с.

⁷⁵² *Христова Г. О.* Юридична природа актів Конституційного Суду України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Х., 2004.

⁷⁵³ *Шевчук С.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат, 2007. 640 с.; *Шевчук С.* Нормативність актів судової влади: еволюція мнень в отечественном правоведенні. *Право України*. 2013. № 1. С. 133–151; *Шевчук С. В.* Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Х., 2008. 38 с.

⁷⁵⁴ *Право України*. 2016. № 10. С. 9 – 124.

⁷⁵⁵ Див.: Міжнародна конференція «Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя». URL:

[http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/79ED05E3BA72DF55C22580840039696D](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/79ED05E3BA72DF55C22580840039696D)

Слід привернути увагу і до праць сучасних зарубіжних авторів – зокрема А. Г. Карапетова⁷⁵⁶, П. І. Кисельова⁷⁵⁷, М. М. Марченка⁷⁵⁸, Є. В. Семьянова⁷⁵⁹, Браяна Таманаги⁷⁶⁰, С. П. Чередніченка⁷⁶¹.

У чому ж полягає судова правотворчість і чим вона обумовлена?; у чому її відмінність від законодавчої діяльності?; чи існують межі правотворчості судової влади і потенційні ризики такої функції?

Всі ці питання безпосередньо пов'язані з цивільно-правовою політикою, конкретніше і передусім – із правозастосовною формою її реалізації. Політико-правовий підхід до правозастосування (зокрема судового тлумачення закону, а звідси – хоча і спеціальна, а все ж таки правотворчість цієї гілки влади) надає можливість чіткого усвідомлення актуалізованих тут питань. Законодавчі вади є об'єктивно притаманними позитивному праву. І тому рішення суду завжди ґрунтується на політико-правових міркуваннях. Інша справа: чи визнається це в державі офіційно?

Римські юристи, щонайменше до II–III ст. н.е., ніколи не задовольнялися винятково логічною обробкою матеріалів і не були сліпими рабами волі законодавця, що створює ці матеріали. Вони передусім шукали справедливих рішень, за сучасним розумінням – віддавали першість політико-правовому аналізу⁷⁶². Але так було не завжди.

⁷⁵⁶ *Карапетов А. Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. 308 с.

⁷⁵⁷ *Киселев П. И.* Правотворческая роль актов правосудия в современной России: теоретико-правовой и прикладной аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2010. 28 с.

⁷⁵⁸ *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судебское право: учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 2017. 447 с.

⁷⁵⁹ *Семьянов Е. В.* Судебное правотворчество (вопросы общей теории): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2005. 22 с.

⁷⁶⁰ *Таманага Б.* Верховенство права: історія, політика, теорія. Пер. з англ. Андрія Іщенко. К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. 208 с.

⁷⁶¹ *Чередниченко С. П.* Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2005. 26 с.

⁷⁶² *Карапетов А. Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. С. 78.

Критично оцінюючи, в аспекті судової правотворчості, панівне ставлення французьких юристів до науки цивільного права (кінець XIX ст.), А. Г. Карапетов дійшов обґрунтованого висновку: «Аналіз політики цивільного права як інструмента впливу на соціальне та економічне життя країни витіснявся на узбіччя правової науки. Догматичний аналіз, що розбирає та систематизує вже існуючі норми і зроблені на їх основі узагальнення, вважався єдиною формою наукової роботи»⁷⁶³.

Така ситуація була характерною для європейського права загалом. Вона свідчить, що цивільно-правова політика, і зокрема її правозастосовна функція, знаходилася за межами орбіти державної діяльності. Тобто захист приватного інтересу не був повноцінним. Протидіяли цьому, як уже зазначалося вище, прогресивні представники юридичної доктрини. Наприклад, Герман Ульріх Канторович (1877–1940)⁷⁶⁴ – видатний німецький юрист, у 1906 р. під псевдонімом Гней Флавій, опублікував свій знаменитий маніфест «Боротьба за правову науку» («Der Kampf um die Rechtswissenschaft»). У ньому він, як стверджує А. Г. Карапетов⁷⁶⁵, зокрема наголошував: «Заповнення прогалін у законі, тлумачення законів і творчий розвиток права неможливі без урахування *політики права*» (виділено нами. – Л. М.).

За Радянського Союзу наявність судової правотворчості офіційно ніколи не визнавалась, хоча де-факто вона існувала. Не визнавалась через те, що в ті часи в імперії не існувало верховенства права, а була «соціалістична законність»... Замість дослідження феномена правотворчості судової влади була розроблена радянська теорія правоположень – як спроба прихованого аналізу проблеми судової правотворчості в умовах її офіційного заперечення⁷⁶⁶.

⁷⁶³ Там само. С. 20.

⁷⁶⁴ Hermann Ulrich Kantorowicz. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Hermann_Kantorowicz

⁷⁶⁵ Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут. 2011. С. 101.

⁷⁶⁶ Гук П. А. Судебный прецедент как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 51.

Наразі сумніви у тому, що судовій владі притаманна правотворчість, залишилися у минулому, хоча, знову-таки, без визнання на законодавчому рівні.

Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади і відповідно – судової правотворчості ґрунтовно досліджені українським вченим С. В. Шевчуком. Його думки вибірково підсумуємо у такий спосіб.

1. Акти судової влади є актами застосування норм права, проте у певних випадках вони набувають ознак нормативності, тобто поширюють свою дію не лише на індивідуально визначених суб'єктів права, а й на невизначене коло осіб, мають загальний і регулятивний характер.

2. Нормативний характер мають не всі акти судової влади – зазвичай лише ті, в яких вирішується справа по суті.

3. Нормативність актів судової влади ґрунтується на правовій позиції; остання являє собою правові висновки суду і результати інтерпретації норм права в контексті правозастосування, які, в свою чергу, є основою мотивації остаточного судового рішення; правова позиція набуває нормативного характеру в результаті повторного правозастосування під час розгляду аналогічної справи.

4. Правова позиція здебільшого міститься в мотивувальній частині рішення суду, тобто становить порядок мотивації і набуває самостійного значення незалежно від того, чи відображається (дублюється) вона в резолютивній частині.

5. На підставі аналізу українських та іноземних доктринальних джерел встановлено, що нормативний характер мають саме такі акти судової влади, які утворюють судову практику, усталену судову практику (*jurisprudence constante*), або ті, в яких міститься судовий прецедент, правова позиція, правоположення.

6. Всебічне визнання нормативності актів судової влади в різних країнах привело до використання в науковому обігу терміна «судова правотворчість».

7. Основні відмінності, специфіка судової правотворчості порівняно із правотворчістю законодавця (законотворчістю) полягають у такому.

Судова правотворчість завжди здійснюється у процесі правозастосування – тлумачення, конкретизації оціночних понять і нечітких правових норм, застосування аналогії закону і аналогії права, або ж (якщо йдеться про юрисдикцію Конституційного Суду України) визнання неконституційними окремих нормативно-правових актів чи їх положень.

Така діяльність здійснюється у межах матеріального і процесуального права, що обумовлено необхідністю всебічного і справедливого розгляду справ, які знаходяться в суді; норми права, що ухвалюються законодавцем, мають абстрактний і найбільш узагальнений характер, і, природно, не пов'язані з фактичними обставинами конкретної справи.

Судова правотворчість є вимушеним результатом застосування нормативно-правових актів, спрямованим на вирішення конкретної життєвої ситуації; це зокрема і постанови Пленуму Верховного Суду, що ґрунтуються на узагальненні практики застосування судами відповідного законодавства, без прив'язки до фактичних обставин справи.

Судова правотворчість як складова правозастосування – невід'ємна від здійснення правосуддя і є побічним результатом; головна функція парламенту – ухвалення законів⁷⁶⁷.

Концептуально подібні погляди на судову правотворчість висловлює М. І. Козюбра. Він просто і раціонально визначає першопричину існування аналізованого нами феномена: пошук судом права, не є результатом делегованих йому повноважень, судова правотворчість (*judicial law making*) «обумовлена необхідністю виконання судом визначальної для нього функції – здійснення правосуддя»⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ Шевчук С. Нормативность актов судебной власти: эволюция мнений в отечественном правоведении. *Право України*. 2013. № 1. С. 136–150. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILEA=&2_S21STR=prukro_2013_1_10

⁷⁶⁸ Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя? *Право України*. 2016. № 10. С. 41.

Насправді, судова практика (різновид правозастосування) без судової правотворчості, з урахуванням багатьох колізій, юридичної невизначеності, прогалин у законодавстві, неспроможна завжди бути сучасною і справедливою; ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що будь-який закон має тлумачитися у світлі умов сьогодення.

У той самий час М. І. Козюбра цілком слушно привертає увагу до очевидних ризиків, пов'язаних із судовою правотворчістю. Вони в Україні реально існують, оскільки вітчизняна судова влада не має того авторитету, що на Заході; їй також явно бракує професіоналізму і відповідного досвіду у зазначеній діяльності з огляду на попередні традиції, які зберігаються донині. Тому проблема меж судової дискреції в процесі правотворчості, що є актуальною для всіх європейських країн, особливо гострою залишається для України; автор застерігає: «судова правотворчість не повинна йти далі, ніж це потрібно для забезпечення стабільності права», тобто вона не може бути безмежною.

З цього приводу М. І. Козюбра визначає низку обставин, що обумовлюють обмеженість дискреції суду у сфері правотворчості. Серед них – відповідні вимоги до такої складової судової правотворчості, як тлумачення, сформульовані зокрема у рішеннях ЄСПЛ. Це, наприклад, такі стандарти:

- права і свободи людини не можуть бути обмежені шляхом тлумачення у процесі судової практики;
- тлумачення не може призводити до звуження змісту та обсягу прав і свобод, спотворювати розуміння їх сутності;
- всі сумніви, які виникають у процесі інтерпретації норм, які регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина;
- всі дозволи щодо громадян необхідно тлумачити або буквально, або розширювально, проте аж ніяк не обмежувально. Обмеження дозволів – це виняткова сфера законодавця, а не суду⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹ Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя? *Право України*. 2016. № 10. С. 44, 45.

Надзвичайно важливим є те, що М. І. Козюбра називає, а точніше – віднайшов критерій, той базовий орієнтир, який визначає межі судової правотворчості: права людини⁷⁷⁰.

Наразі в Україні судова практика має серйозні вади, їй часто бракує єдності, зокрема: неврахування висновків щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладених у постановках Верховного Суду (їх ігнорування судами нижчих інстанцій без належної аргументації і мотивації у багатьох справах) – це суперечить вимогам, передбаченим п. 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК; обумовлені такими фактами, тобто «вимушені» перегляди судових рішень у подібних правовідносинах (в іншій справі) у касаційному порядку; не завжди є обґрунтованими відступи Верховного Суду від власних правових позицій.

Маючи на увазі подібне політико-правове становище, Браян Таманага слушно застерігає: «... верховенство права тягне за собою неминучу небезпеку перетворення на верховенство суддів і правників»⁷⁷¹.

Вважаємо, що розроблені доктриною положення стосовно аналізованої проблеми мав би взяти на озброєння Конституційний Суд України і Верховний Суд (а також суди першої інстанції, апеляційні суди) – керуватися ними у своїй правозастосовній і правотворчій діяльності.

Таким чином, судова правотворчість, як метод подолання судом очевидних проблем у законодавстві (згідно з термінологією Г. Канторовича «рух за вільне право»), – це об'єктивна реальність у правозастосовній діяльності. Вона об'єктивно обумовлена багатьма чинниками – зокрема необхідністю подолання наявних прогалин у законі, а також його застарілістю, «відставанням» законодавця в реагуванні на нові соціальні та інші виклики. Як складова правозастосування, правотворча ініціатива притаманна передусім Конституційному Суду України, Верховному Суду України (Верховному Суду), раніше – вищим спеціалізованим

⁷⁷⁰ Там само. С. 46.

⁷⁷¹ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. Пер. з англ. Андрія Іщенко. К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. С. 12.

судам; не є винятком у цьому процесі і суди першої та апеляційної інстанцій. За відповідних обставин судова правотворчість є справою корисною, продуктивною. Загалом без неї не обійтися. Однак у цій сфері необхідно керуватися не лише формальними елементами верховенства права, а й дотримуватися здорового глузду. В ідеалі така практика мала б бути швидше винятком, реакцією суду на негайну вимогу захисту чи реалізації суспільних або приватних потреб, які хронічно ігноруються законодавцем.

З урахуванням наших реалій вважаємо доцільним запровадити у цьому аспекті відповідний порядок відносин між судовою і законодавчою гілками влади. Він має бути приблизно таким. У разі ухвалення судового рішення, що містить ознаки нормативності (тобто судом реалізована правотворча функція), на суд покладається обов'язок щодо офіційного інформування законодавця про таку подію. Наступним кроком, також як обов'язок, має бути адекватна реакція Верховної Ради України – закріплення генерованого судом положення (можливо, більш виваженого) у відповідному законодавстві, або ж мотивована відмова зробити це. Зазначені відносини не можуть мати своїм наслідком скасування (анулювання) судового рішення.

III. Розглянемо приклад, на нашу думку, позитивної судової правотворчості. Йдеться про сформований судовою практикою інститут речового права – обмежене речове право, як різновид права очікування⁷⁷². Вперше ці положення були визначені у постанові Верховного Суду України від 30 січня 2013 р.⁷⁷³. На той час існував потужний суспільний запит до судової системи щодо врегулювання відносин фінансування будівництва. Без перебільшення можна стверджувати, що суд був змушений заповнити прогалину, створену неефективним законодавством.

⁷⁷² Сліпченко С. О. Поняття законних очікувань як різновиду майна. *Форум права*. 2020. 62(3). С. 66–76. URL: http://forumprava.pp.ua/files/066-076-2020-3-FP-Slipchenko_8.pdf

⁷⁷³ Постанова Верховного Суду України від 30 січня 2013 р. № 6-168цс12. URL: https://zib.com.ua/ua/15297-postanova_verhovnogo_sudu_ukraini_vid_30012013_6-168cs12.html

Усі політико-правові аргументи щодо необхідності балансу інтересів інвестора та забудовника, встановлення компенсаторів ризиків і державного контролю за входом на ринок були відкинута ринком як невчасні та непотрібні. Це сприяло конфліктам між інвесторами та забудовниками, конфліктам інвесторів між собою, між інвесторами та банками, перетворюючи створення об'єкта нерухомого майна на «війну» всіх проти всіх, на якій відсутні правила ведення «бойових дій», а фінал є непередбачуваним. На цьому тлі Верховний Суд України, розглядаючи спір інвестора, який повністю вніс грошові кошти забудовнику, з банком, який отримав від забудовника в іпотеку «проінвестовану» до укладення іпотечного договору квартиру, мав вирішити, на чю користь ухвалити рішення. Вимога інвестора полягала у визнанні договору іпотеки недійсним. Таким чином, суд мав встановити, яке право інвестора конкурує з правом іпотеки, а також – чи підлягає воно захисту⁷⁷⁴.

Слід також відмітити, що до цього судового рішення в докрині обмежені речові права вживалися у якості синоніму правам на чуже майно⁷⁷⁵. Суд розмежував ці категорії і визначив, що майнові права на нерухомість, які є об'єктом будівництва (інвестування), не вважаються речовими правами на чуже майно, тому що об'єктом цих прав є не чуже майно, а також не вважаються правом власності, оскільки об'єктом права власності буде відповідна річ, яка буде створена у майбутньому. Отже, майнове право, яке можна визначити як «право очікування», є складовою майна як об'єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна та яке засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому.

⁷⁷⁴ Владислав Кисіль. Право очікування: транскрипції змісту. *Юридична газета online*. № 7 (661). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/neruhomist-ta-budivnictvo/pravo-ochikuvannya-transkripciyi-zmistu.html>

⁷⁷⁵ Див., наприклад: *Музика Л. А.* Проблеми права комунальної власності в Україні: монографія. К.: Атіка, 2006. С. 11.

У подальшому наведена правова позиція неодноразово була підтримана ВСУ⁷⁷⁶. На жаль, аналізовані положення і досі нормативно не врегульовані. Сподіваємося, що у процесі оновлення Цивільного кодексу України нарешті буде усунута ця законодавча лакуна.

У контексті нашого дослідження також доречним буде на декількох практичних прикладах з'ясувати особливості та недоліки неналежного або необґрунтованого застосування і тлумачення цивільного законодавства, від яких складається відповідне враження про цивільно-правову політику України.

Розпочнемо з аналізу положень Закону «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» від 29 листопада 2001 р.⁷⁷⁷ (далі – Закон про мораторій).

Цей невеликий за обсягом Закон вирізняється багатьма парадоксами. У ньому зокрема написано, що мораторій вводиться тимчасово, до вдосконалення визначеного законами України механізму примусової реалізації майна. Але якщо механізм примусової реалізації майна підприємств є недосконалим, то логічним мав би бути висновок про те, що встановлена недосконалість стосується не лише державних підприємств, а й усіх інших – зокрема, комунальних і приватних підприємств. Однак у преамбулі Закону написано, що його положення поширюються виключно на державні підприємства, «цей Закон спрямований на забезпечення ... захисту інтересів держави ...». Якогось закону щодо «вдосконалення механізму примусової реалізації майна підприємств» (про необхідність його розробки йдеться в абз. 3 ч. 2 ст. 3 цитованого Закону) дотепер немає, навіть його проект не вносився на розгляд до Верховної Ради України.

⁷⁷⁶ Див., наприклад: постанова Верховного Суду України від 30 березня 2016 р. у справі 6-265цс16. URL: https://protocol.ua/ru/maynove_pravo_tse_pravo_ochikuvannya_obmegene_rechove_pravo_yake_zasvidchue_pravomochnist_otrimati_pravo_vlasnosti_na_neruhome_mayno_v_maybutnomu/

⁷⁷⁷ Про введення мораторію на примусову реалізацію майна: Закон України від 29 листопада 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 10. Ст. 77.

Невідповідність положень Закону про мораторій Конституції України стала предметом розгляду КСУ. Народні депутати України у своєму конституційному зверненні зазначили, що аналізований Закон порушує цілу низку норм Конституції: 1) «всі суб'єкти права власності є рівними перед законом» (ч. 4 ст. 13); 2) «не допускається... недобросовісна конкуренція» (ч. 3 ст. 42); 3) «рішення судів є обов'язковими до виконання» (ч. 5 ст. 124).

Розглянувши 10 червня 2003 р. так звану «справу про мораторій на примусову реалізацію майна»⁷⁷⁸, КСУ ухвалив рішення і визначив, що норми Закону про мораторій відповідають Конституції України.

Звертає на себе увагу аргумент КСУ стосовно того, що «держава рівною мірою захищає всі форми власності, а кожна із них може мати свої особливості». Отже, у рішенні йдеться про рівність форм власності, проте суб'єкт конституційного подання посилався на рівність власників перед законом, оскільки ч. 4 ст. 13 Конституції закріплює вимогу не просто рівноправності, а рівності, тобто рівності прав і рівності можливостей. Адже сам факт існування в українському законодавстві різних форм власності не скасовує конституційний принцип рівності суб'єктів права власності. Заслуговує на увагу позиція КСУ щодо питання права власності. Так, у рішенні зазначено зокрема, що «ввівши певні обмеження на відчуження державного майна, держава тим самим реалізувала своє право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю». За такою логікою, можна зробити висновок про те, що будь-який боржник має повне право відмовити будь-якому кредитору у виконанні відповідного зобов'язання, скориставшись правом володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Натомість ЦК України не розмежує право власника володіти, користуватися і розпоряджатися основними фондами і оборотними

⁷⁷⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (справа про мораторій на примусову реалізацію майна). URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-03#Text>

активами. Отже, держава встановлює вигідні винятково їй «правила гри», ігноруючи інтереси решти суб'єктів правовідносин.

Одним із основних аргументів у противників доволі контроверсійного Закону було те, що введення мораторію «фактично робить необов'язковим виконання судових рішень майнового характеру» (ч. 2 ст. 124 Конституції). З цього приводу КСУ зазначив, що мораторій не може порушувати чийх-небудь прав, і що рішення судів залишаються в силі, а їх виконання призупиняється до вдосконалення механізму примусової реалізації майна. Тобто Законом про мораторій встановлено відстрочення на невизначений період виконання судових рішень майнового характеру. Відповідно у цій частині була заблокована чинність ст. 382 КК України про відповідальність за невиконання судового рішення.

Слід зазначити, що господарські суди вирішують аналізоване питання дещо інакше, ніж КСУ. В силі залишаються лише ті рішення, що були ухвалені до набрання чинності Законом про мораторій. Листом від 13 лютого 2002 р. № 01-8/152⁷⁷⁹ Вищий Господарський Суд України заборонив судам ухвалювати такі рішення в майбутньому: «суд не має права на прийняття постанови про визнання банкрутом боржника – підприємства, зазначеного у ст. 1 Закону про мораторій». Таким чином, право вимагати основні засоби не скасоване, його лише призупинили на невизначений строк.

Безумовно, цей строк не планувався як невизначений. В абз. 3 п. 2 ст. 3 Закону про мораторій Кабінету Міністрів України було доручено у місячний термін подати законопроекти про внесення змін до Законів «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» і «Про виконавче провадження», в яких передбачити вдосконалення механізму примусової реалізації майна. Однак минуло вже понад 20 років, а горезвісний, аналізований нами

⁷⁷⁹ Про Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна»: Інформаційний лист Вищого Господарського Суду України від 13 лютого 2002 р. № 01-8/152; до нього неодноразово вносилися «правотворчі» зміни – згідно з листами від 22 жовтня 2003 р. № 01-8/1289 та від 18 травня 2006 р. № 01-8/1114. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1114600-06#Text>

Закон досі залишається чинним, про що свідчить зокрема активна судова практика.

Таке правозастосування є викривленим, воно ґрунтується на правотворчості, зокрема і судовій правотворчості Конституційного Суду України та Вищого господарського суду України, яка не викликає довіри. Цей доволі сумний приклад відображає певні особливості теперішнього стану вітчизняної цивільно-правової політики, може свідчити про тривалий негативний досвід у вирішенні чутливих питань державотворення, що заслуговує на осуд.

Наступним проаналізуємо випадок, що ілюструє протилежну ситуацію, коли інтереси держави порушуються шляхом акцентування судом на публічній природі цього суб'єкта – як аргументу на користь відмінного статусу (порівняно з іншими суб'єктами) у цивільних відносинах.

Не досліджуючи сам спір, який став предметом розгляду в судових інстанціях, зосередимо увагу на хибному, на нашу думку, тлумаченні Верховним Судом України положень щодо позовної давності і рівності всіх суб'єктів цивільного права⁷⁸⁰. Аналізована справа розглядалася судами з 2014 р. Так, у травні 2014 р. заступник прокурора Київської області звернувся до суду в інтересах держави в особі Кабінету Міністрів України та Державного підприємства «Макарівське лісове господарство» із відповідним позовом. Спір стосувався речових відносин, суб'єктом яких була держава. Порушення права відбулося у 2008 р.

Положеннями ст. 268 ЦК України передбачено винятки із загального правила про поширення позовної давності на всі цивільні правовідносини і визначено вимоги, на які позовна давність не поширюється. Зокрема, у первинній редакції цієї статті (п. 4 ч. 1) зазначалося, що на вимогу власника або іншої особи про визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування,

⁷⁸⁰ Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 28 вересня 2016 р. Справа № 370/1173/14-ц. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_vsu_vid_28_09_2016_roku_u_sprav_i_370_1173_14_ts/

яким порушено його право власності або інше речове право, позовна давність не поширюється.

Згідно з підпунктом 2 п. 2 розділу I Закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку здійснення судочинства» від 20 грудня 2011 р. № 4176-VI згаданий п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК України було виключено. Цей Закон набрав чинності 15 січня 2012 р.

Відповідно до пункту 5 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» цього Закону протягом трьох років з дня набрання чинності цим Законом особа має право звернутися до суду з позовом про визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, яким порушено його право власності або інше речове право.

Згідно із частинами 1 та 3 ст. 5 ЦК України акти цивільного законодавства регулюють відносини, які виникли з дня набрання ними чинності. Якщо цивільні відносини виникли раніше і регулювалися актом цивільного законодавства, який втратив чинність, новий акт цивільного законодавства застосовується до прав та обов'язків, що виникли з моменту набрання ним чинності.

До правовідносин, що виникли під час дії нормативно-правового акта, який згодом втратив чинність, застосовуються його норми. До правовідносин, які виникли раніше і регулювалися нормативно-правовим актом, який втратив чинність, але права й обов'язки зберігаються і після набрання чинності новим нормативно-правовим актом, застосовуються положення нових актів цивільного законодавства.

З огляду на викладене, позивач вважав, що позовні вимоги були заявлені у межах позовної давності.

Досліджуючи обставини справи, суд зазначив, що положення п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК України за своєю суттю спрямоване на захист прав власників та інших осіб від держави. Оскільки держава зобов'язана забезпечити належне правове регулювання відносин і відповідальна за ухвалені її органами незаконні правові акти, їх скасування не має ставити під сумнів стабільність цивільного обороту, підтримувати яку покликані норми про позовну давність. На відміну від інших

учасників цивільних правовідносин, держава несе ризик спливу позовної давності на оскарження нею незаконних правових актів державних органів, якими порушено право власності чи інше речове право.

Далі суд резюмував, що з огляду на статус держави та її органів як суб'єктів владних повноважень положення п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК України не поширюється на позови прокуратури, які пред'являються від імені держави і спрямовані на захист права державної власності, порушеного незаконними правовими актами органу державної влади. На такі позови, зауважив суд, поширюється положення ст. 257 ЦК України щодо загальної позовної давності у 3 роки. Варто наголосити, що таку ж правову позицію викладено і в інших постановках Верховного Суду України – від 1 липня 2015 року (справа № 6-178цс15)⁷⁸¹ та 16 вересня 2015 року (справа № 6-68цс15)⁷⁸².

Отже, на думку суду, права держави як суб'єкта цивільного права не можуть бути порушені незаконними правовими актами органу державної влади. Утім варто чітко розмежовувати двоїсну природу такого публічного суб'єкта. Адже у приватних відносинах держава є рівною з юридичними і фізичними особами та іншими публічними суб'єктами. І вона так само може зазнавати шкоди, зокрема через застосування до неї положень нормативно-правових актів, які були нею (як суб'єктом публічного права, у межах публічних відносин) ухвалені, а згодом визнанні незаконними. Для більшої ілюстративності наведемо приклад з приватними суб'єктами.

Зазвичай батьки або інші законні представники діють в інтересах своїх дітей. Однак, на жаль, трапляються випадки, коли ці особи порушують права своїх дітей. З метою недопущення таких ситуацій

⁷⁸¹ Постанова Судових палат у цивільних та господарських справах Верховного Суду України від 1 липня 2015 р. Справа № 6-178цс15. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_vsu_vid_01_07_2015_roku_u_spravi_6_178tss15/

⁷⁸² Постанова Судових палат у цивільних та господарських справах Верховного Суду України від 16 вересня 2015 р. Справа № 6-68цс15. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_vsu_vid_16_09_2015_roku_u_spravi_6_68tss15/

законодавець закріпив, з-поміж загальних вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину, таке положення: «правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей» (ч. 6 ст. 203 ЦК України). Так само можуть бути й порушення прав публічних суб'єктів (держави, територіальної громади тощо) їх законними представниками. Презюмується, що вони діють в інтересах публічних суб'єктів, але цілком можливе і зловживання правами таких представників і як наслідок – порушення прав зазначених суб'єктів.

Чому ж суди так категорично визнавали, що у випадку представництва інтересів держави неможливе порушення її прав, зокрема з боку суб'єктів, які відповідно до ст. ст. 167, 170 ЦК України її представляють? На нашу думку, положення, яке містилося у п. 4 ч. 1 ст. 268 ЦК України, стосувалося всіх суб'єктів цивільного права, жодних застережень щодо винятків норма не передбачала. І розглянута ситуація є власне прикладом порушення прав держави, як рівного (разом із фізичними та юридичними особами) суб'єкта цивільного права.

Слід зауважити, що аналізований судовий спір тривав до 2019 р.⁷⁸³. Зрештою, рішення було ухвалено все ж таки на користь держави, але спірні положення судових актів щодо нерівності суб'єктів цивільних відносин, на жаль, не знайшли свого закріплення в остаточному рішенні. Подібну судову практику вважаємо небезпечною не лише через порушення правомірного державного інтересу, а й з погляду на саму можливість такого хибного судового тлумачення законодавчих положень.

IV. На формування в Україні судової практики, і зокрема – вирішення цивільних справ, досить інтенсивно впливає практика ЄСПЛ.

⁷⁸³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 4 грудня 2019 р. Справа № 370/1173/14-ц. Провадження № 61-24461св18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86505260>

17 липня 1997 р. Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, яка набрала чинності для України 11 вересня 1997 р. (далі – Конвенція)⁷⁸⁴. Внаслідок цього кожна фізична особа, неурядова організація або група осіб, що знаходяться під юрисдикцією України, отримали право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися зі скаргою про порушення Україною прав і свобод, гарантованих Конвенцією, до ЄСПЛ – однієї з найбільш поважних і впливових міжнародних судових установ.

На думку С. В. Васильєва, практика ЄСПЛ фактично є прецедентною, оскільки під час ухвалення нових рішень він керується оцінками й рішеннями, які сам сформулював раніше в інших аналогічних справах⁷⁸⁵.

У цьому зв'язку А. О. Селіванов також зазначає: створене ЄСПЛ право є класичним прецедентним, підставою якого є принцип «*ratio decidendi*» («підстава для виконання»), коли правило, сформульоване судом під час вирішення конкретної справи, стає нормою права для цього ж суду і для внутрішніх судів країн-учасниць Конвенції⁷⁸⁶. Відповідно до чинного українського законодавства суди зобов'язані застосувати Конвенцію і практику ЄСПЛ як джерело права.

Теоретичні аспекти визначення місця практики цієї міжнародної інституції у внутрішньому законодавстві України ґрунтуються на положеннях Конституції України (статті 8 і 9), а також – Конвенції, Законах України «Про міжнародні договори України»⁷⁸⁷ і «Про

⁷⁸⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Рада Європи; Конвенція; Міжнародний документ від 4 листопада 1950 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004

⁷⁸⁵ Васильєв С. В. Місце практики Європейського суду з прав людини в цивільному судочинстві України. *Проблеми законності*. 2012. Вип. 120. С. 74.

⁷⁸⁶ Селіванов А. О. Конституція. Громадянин. Суд. Професійні та сучасні погляди. К.: УАІД «Рада», 2009. С. 348.

⁷⁸⁷ Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 50. Ст. 540.

виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»⁷⁸⁸.

Протокол № 14 до Конвенції закріплює поняття «усталена прецедентна практика Суду» або «прецедентна практика Суду, що склалася». Стосовно проблематики «правової джерельності» цивільно-правових рішень ЄСПЛ В. В. Комаров висловлює таку думку: прецедентність рішень ЄСПЛ варто розглядати з точки зору не їх прецедентного характеру, а загальнообов'язковості, що за своїм значенням є значно ширшим явищем. Під час застосування рішень Суду саме цей аспект видається найголовнішим, відбиваючим потребу використання в судовій практиці різних за своїм характером рішень ЄСПЛ. В сучасній правовій доктрині, що віддзеркалює реальний стан юридичної практики у країнах романо-германської правової сім'ї, поширеною є концепція «усталена судова практика», відповідно до якої низка ухвалених судових рішень може розглядатися як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми. Передумова цього – постійне застосування в довготривалій судовій практиці вирішення спорів відповідних правоположень, сформульованих і використовуваних судами. Ця концепція стала певним еквівалентом англосаксонської доктрини дії прецедентного права у країнах романо-германської правової сім'ї, саме на ній ґрунтується розуміння порядку дії прецедентного права в європейських країнах⁷⁸⁹.

Разом із тим необхідно взяти до уваги, що правові позиції поділяються на матеріальні і процесуальні⁷⁹⁰. Якщо за допомогою тієї чи іншої позиції Суд з'ясовує зміст конвенційних понять, то йдеться про матеріальні правові позиції. Якщо в результаті неодноразового застосування конвенційних положень у судовій практиці виробляється «алгоритм застосування конкретних статей

⁷⁸⁸ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

⁷⁸⁹ Позовне провадження. За ред. В. В. Комарова. Х.: Право, 2011. С. 39.

⁷⁹⁰ *Лантев П.* Правовая система России и европейские правовые стандарты. *Отечественные записки*. 2003. № 2. С. 148.

Конвенції», – це вже процесуальні правові позиції, які також підлягають використанню в цивільному судочинстві України як джерело права.

Узагальнюючи практику застосування Конвенції, протоколів до неї, практики ЄСПЛ, нами встановлено, що рішення ЄСПЛ з усіх питань розглядаються національними судами як такі, що мають прецедентне значення і враховуються під час розгляду цивільних справ.

Наприклад, судом постановлена ухвала, в якій зазначено: «... згідно з практикою Європейського суду з прав людини (рішення від 9 листопада 2006 р. у справі «Білуга проти України», від 28 жовтня 1998 р. у справі «Ветштайн проти Швейцарії» тощо), важливим питанням є довіра, яку суди повинні вселяти громадськості у демократичному суспільстві. Судді зобов'язані викликати довіру в учасників судового розгляду. Сам факт недовіри сторони в неупередженості та справедливості судді в розгляді справи може в майбутньому призвести до недовіри в об'єктивності, справедливості, неупередженості та законності судового рішення в даній справі і, як наслідок, до недовіри громадян щодо їх права на справедливий судовий розгляд»⁷⁹¹.

Характерною видається і цивільна справа за позовом органу опіки та піклування Снігурівської районної державної адміністрації Миколаївської області до М. В. Лавро про відібрання малолітньої дитини без позбавлення батьківських прав. Рішенням суду від 6 березня 2013 р. позивачу відмовлено у задоволенні позовних вимог через їх безпідставність (ненадання позивачем доказів на підтвердження своїх вимог). У рішенні суддя Снігурівського районного суду Миколаївської області М. Є. Лисенко послався на ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень

⁷⁹¹ Ухвала Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області у цивільній справі за позовом приватного сільськогосподарського підприємства «Україна» до Торчило Олеси Валентинівни, Торчила Миколи Сергійовича та Кіняшевої Катерини Вікторівни про відшкодування збитків від 13 серпня 2013 р. Справа № 483/854/13-ц. Провадження 2/483/309/2013. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32946061>

та застосування практики Європейського суду з прав людини», згідно з якою суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Згідно з пп. 58–60 рішення ЄСПЛ у справі «Савіни проти України» суд зауважив, що витребувана конкретна інформація у цьому зв'язку допомогла б з'ясувати, чи виконали відповідні органи свій конвенційний обов'язок зі збереження єдності сім'ї і чи дослідили вони достатнім чином ефективність менш суворих альтернативних заходів перед тим, як клопотати про відібрання дітей від батьків⁷⁹².

Розглянуті приклади щодо застосування українськими судами положень Конвенції та рішень ЄСПЛ, звісно, не є всеосяжними і вичерпними. Однак і вони свідчать про те, що суди можуть забезпечувати справедливий судовий захист задля: встановлення балансу між наявністю у людини прав і свобод, з одного боку, і розумінням та сповіданням зазначених цінностей державою – з іншого боку; здійснення правосуддя на такому рівні, що гарантуватиме кожній людині право на справедливий судовий розгляд. Якраз на прискорене досягнення цих завдань значний вплив і справляє правовий потенціал Конвенції та рішень ЄСПЛ.

V. З метою подальшого з'ясування особливостей судової правотворчості ми дослідили дайджести судової практики Великої Палати Верховного Суду у рубриках «Справи, розглянуті з підстав існування виключної правової проблеми», «Справи, розглянуті з підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що спричинило ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах» та «Справи, розглянуті з підстав необхідності відступу від висловленої раніше позиції Верховного Суду». За результатами цього пошуку нам вдалося окреслити деякі проблеми у договірній сфері.

⁷⁹² Аналіз застосування судами практики положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та рішень Європейського суду з прав людини при здійсненні цивільного судочинства за 2013 рік. Апеляційний суд Миколаївської області. URL: https://mka.court.gov.ua/sud1490/uzagalnenj/uzagal_sud_praktik/konven

1. Щодо моменту набрання чинності договором про оренду земельної ділянки. *Що є початком перебігу строку дії такого договору – момент підписання чи вчинення реєстраційних дій?*

Велика Палата Верховного Суду підтвердила, що для визначення початку перебігу та закінчення строку дії договору оренди земельної ділянки має значення не момент його підписання, а момент вчинення реєстраційних дій, тобто внесення до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, який містить відомості про речові права на нерухоме майно, їх обтяження, суб'єктів речових прав, технічні характеристики об'єктів нерухомого майна (будівель, споруд тощо), кадастровий план земельної ділянки, а також відомості про правочини, вчинені щодо таких об'єктів нерухомого майна, з якими закон пов'язує набрання чинності договору, а саме можливість реалізації сторонами своїх суб'єктивних прав та обов'язків⁷⁹³.

2. Щодо вибору належного способу захисту прав, порушених невиконанням зобов'язання за договором купівлі-продажу майнових прав на новозбудоване нерухоме майно. *Чи можна у такій ситуації застосовувати віндикаційний/негаторний позов?*

Права особи, порушені невиконанням зобов'язання за договором купівлі-продажу майнових прав на новозбудоване нерухоме майно, мають захищатися за допомогою норм інституту зобов'язального права, зокрема, шляхом звернення до суду з позовом про відшкодування завданих збитків. Позовні вимоги про визнання права власності осіб, які володіють майновими правами на новозбудоване нерухоме майно, є неналежним способом захисту прав такої особи.

Крім того, одночасне пред'явлення позову про витребування майна із чужого незаконного володіння (віндикаційний) і про усунення перешкод у здійсненні права користування та розпорядження своїм майном (негаторний позов) є неможливим⁷⁹⁴.

⁷⁹³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15 січня 2020 р. Справа № 322/1178/17; Провадження № 14-338цс19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87857824>

⁷⁹⁴ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 18 грудня 2019 р. Справа № 522/1029/18; Провадження № 14-270цс19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87144996>

3. Щодо наслідків визнання кредитного договору неукладеним. *Чи впливає встановлення такого факту на пов'язані з ним подальші правочини?*

За умови визнання в судовому порядку кредитного договору неукладеним оспорюваний договір іпотеки, який укладався на забезпечення виконання такого кредитного договору, є недійсним⁷⁹⁵.

4. Щодо укладення договорів дарування для приховання майна. *Як протидіяти такому зловживанню правом?*

Велика Палата Верховного Суду підтримала правовий висновок Верховного Суду України, викладений у постановках від 19 жовтня 2016 р. (провадження № 6-1873цс16), від 23 серпня 2017 р. у справі 306/2952/14-ц, від 9 вересня 2017 р. у справі № 359/1654/15-ц – про застосування ст. 234 ЦК України у спорах, що виникли з договорів дарування нерухомого майна, укладених сторонами, які є близькими родичами; укладення такого договору з метою приховання цього майна від конфіскації чи звернення стягнення на зазначене майно в рахунок погашення боргу, може бути визнано фіктивним на підставі ст. 234 ЦК України.

Окрім того, Велика Палата дійшла такого висновку: особа вправі звернутися до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що спрямований на уникнення звернення стягнення на майно боржника, на підставі загальних засад цивільного законодавства та недопустимості зловживання правом. При цьому необхідно послатися на спеціальну норму, що передбачає підставу визнання правочину недійсним – це може бути як підстава, передбачена ст. 234 ЦК України, так і інша підстава, наприклад, передбачена ст. 228 ЦК України⁷⁹⁶.

5. Щодо форми договору про розпорядження спільним майном. *Яким буде наслідок відсутності нотаріально посвідченої згоди одного зі співвласників на укладення договору іпотеки?*

⁷⁹⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29 травня 2018 р. Справа № 305/1180/15-ц. Провадження № 14-82цс18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74506125>

⁷⁹⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2019 р. Справа № 369/11268/16-ц. Провадження № 14-260цс19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83482786>

Відсутність нотаріально посвідченої згоди іншого зі співвласників (когось із подружжя) на укладення договору іпотеки позбавляє співвласника, який вчинив правочин, необхідних повноважень на укладення договору про розпорядження спільним майном. Укладення такого договору свідчить про порушення його форми і надає іншому зі співвласників (другому з подружжя) право оскаржити договір з підстав його недійсності. Аналізований підхід ґрунтується на правовій позиції Великої Палати Верховного Суду, яка відступила від висновків Верховного Суду України щодо застосування норм права у подібних правовідносинах, викладених у раніше ухвалених постановках від 7 жовтня 2015 р. у справі № 6-1622цс15, від 27 січня 2016 р. у справі № 6-1912цс15 та від 30 березня 2016 р. у справі № 6-533цс16⁷⁹⁷.

У підсумку зазначимо, що результати дослідження нами проблеми правозастосування – надважливої діяльності у сфері правосуддя, дають змогу більш глибоко з'ясувати сутність та місце цивільно-правової політики серед інших видів правової політики, осмислити головні завдання та форми її реалізації.

Втілення у життя цивільно-правової політики через правозастосування відбувається на рівні всіх гілок влади – законодавчої, виконавчої, судової. Це стосується також і Президента України та Конституційного Суду України. Осторонь цієї практики, безумовно, не залишаються органи місцевого самоврядування, громадянське суспільство й окремі громадяни.

Феномен судової правотворчості – об'єктивна реальність. У багатьох постановках ВС (Касаційного цивільного суду та Касаційного господарського суду у складі ВС, Великої Палати ВС) викладені правові позиції щодо тлумачення та застосування норм ЦК. Відповідно до законодавства суди мають застосовувати норму права з урахуванням висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у відповідній постанові Верховного Суду (крім випадку наявності постанови Верховного

⁷⁹⁷ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 21 листопада 2018 р. Справа № 372/504/17. Провадження № 14-325цс18. URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78215412>

Суду про відступлення від такого висновку). Отже, зазначена судова практика є джерелом права. Цей висновок поширюється і на чинні постанови Пленуму ВСУ, ухвалені до 2010 р.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» рішення ЄСПЛ є обов'язковими для судів України, тобто вони також визнаються джерелом національного права.

Встановлені у процесі правозастосування проблеми судової практики слугують підставою для подальшого вдосконалення законодавства.

Розділ 6

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА НА ТЛІ РОСІЙСЬКОЇ АГРЕСІЇ ПРОТИ УКРАЇНИ: НОВОПОСТАЛІ ПРОБЛЕМИ

6.1. Російська агресія в Криму і на Сході України: систематизація сучасних проблем-викликів у сфері реалізації вітчизняної цивільно-правової політики

Збройний конфлікт на Сході України, за оцінками ООН, є одним із самих смертоносних в Європі з часів Другої світової війни. За п'ять років війни на Донбасі загинуло 13 тис. людей, понад 28 тис. поранені, близько 1,8 млн. жителів Донбасу і Криму стали внутрішніми переселенцями. Станом на грудень 2019 р. понад 5 млн. громадян (13% населення країни) живуть на тимчасово окупованих територіях, де порушуються права та свободи людини. Окуповано 17 тис. квадратних кілометрів Донецької і Луганської областей, разом з Кримом це складає 43,7 тис. квадратних кілометрів – тобто 7,2% території України, що більше, ніж територія таких країн, як Швейцарія, Нідерланди, Естонія.

Залишаються неконтрольованими 409,7 км українсько-російського кордону. Україна зазнала величезних фінансово-економічних втрат. 27% промислового потенціалу Донбасу незаконно переміщено до Росії, включно з обладнанням 33 місцевих промислових гігантів.

Відбувається безпрецедентна мілітаризація Чорноморського регіону. Станом на лютий 2019 р. в окупованому Криму Росія розмістила до 32,5 тис. військових, 88 артилерійських систем, 52 реактивні системи залпового вогню, 372 бойові броньовані машини, 113 бойових літаків, 62 бойові гелікоптери, 6 бойових суден і 6 підводних човнів, які оснащені морськими системами крилатих ракет «Калібр».

На Донбасі російські збройні формування мають 496 танків. Ця кількість є більшою, ніж у Німеччини чи Франції, Іспанії чи Італії. Саме Україна стримує цю російську силу – силу, яка, окрім того, налічує 938 броньованих бойових машин, 128 реактивних систем залпового вогню, 776 артилерійських систем (у тому числі самохідних). Україна, по суті, стала реальним східним флангом НАТО в захисті трансатлантичної свободи і демократії. Загальна чисельність незаконних збройних формувань зараз складає близько 35 тис. бойовиків, а також 2100 військовослужбовців з російських регулярних збройних сил. Загальна чисельність російських збройних сил вздовж російсько-українського кордону становить понад 87 тис. військових.

Окрім прямих воєнних наслідків, Україна стикнулася з найбільш масштабними гуманітарними викликами з часів незалежності. Окуповані райони на Сході України, за висновком ООН, вже стали найбільш замінованим регіоном у світі. Економічні та екологічні збитки, завдані російською окупацією, також величезні. В окупованому Донбасі погіршується екологічна ситуація, зокрема через затоплення вугільних шахт, що створює ризик забруднення води⁷⁹⁸.

⁷⁹⁸ Див.: Виступ Президента України на дебатах Генеральної Асамблеї ООН з питання: «Ситуація на тимчасово окупованих територіях України». 20 лютого 2019 р. URL: <https://www.adm-km.gov.ua/?p=52465>; Міністерка Коляда в ООН: 13% населення країни живуть на тимчасово окупованих територіях. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/1841731-kolyada-v-oon-13-naseleenny-a-kray-ini-zhivut-na-timchasovo-okupovanikh-teritoriyakh>

Див. також: Донбас і Крим: ціна повернення: монографія. За заг. ред. В. П. Горбуліна, О. С. Власюка, Е. М. Лібанової, О. М. Лященко. К.: НІСД, 2015. 474 с.; Війна на Донбасі: реалії і перспективи врегулювання (робоча версія аналітичної доповіді). К., 2019. 144 с.; Громадяни і держава на підконтрольних територіях Донецької та Луганської області. Проблеми, виклики, бачення майбутнього. Київ: International Alert/Український незалежний центр політичних досліджень, 2017. 32 с. URL: https://www.international-alert.org/sites/default/files/Ukraine_CitizenStateRelations_UK_2017.pdf; Тищенко Ю., Каздобіна Ю. Питання ідентичності для російськомовних в Україні в контексті збройного конфлікту на сході країни. Київ: 2017. 30 с. URL: http://www.ucipr.org.ua/index.php?option=com_content&view=category&id=42&Itemid=205&lang=ua; Інформаційні виклики гібридної війни: контент, канали, механізми протидії: аналітична доповідь. За заг. ред. А. Баровської. К.: НІСД, 2016. 109 с.

І це далеко не повний перелік проблем, які приніс на нашу землю ворог. Теперішня агресія Росії щодо України – не винахід сучасної Росії, а її багатостолітня, генетично закарбована політика. Це вже було і з іншими країнами та народами (зокрема, щодо Грузії, Чечні, Нагірного Карабаху), це вже було раніше і з Україною. Неодноразово. Початок 2014 р. став черговим продовженням циклічного руху Росії, і навіть не по спіралі, а по замкнутому колу. Політика Кремля має на меті знищення української нації і державності. Але московські правителі погано вивчали історію. Свого часу Г. Гегель влучно застеріг: «Правителям, державним діячам і народам поважно радять мати зиск із досвіду історії. Але досвід та історія навчають, що народи та уряди ніколи нічому не навчилися з історії і не діяли згідно з повчаннями, які могли б з неї здобути»⁷⁹⁹.

Для українського суспільства і держави настав час змінити цю тенденцію і відстояти свою землю, свої права, національну ідентичність і відновити справедливість. Тому нині не потрібно розмірковувати, наскільки реальні чи нереальні ті чи інші способи захисту наших порушених прав та інтересів. Необхідно діяти активно у напрямку щодо захисту і відновлення порушеного становища та з позицій публічних галузей права – покарати винних. Для цього варто задіювати всі можливі національні та міжнародні механізми, державного та індивідуального характеру.

Агресія є одним з найбільш небезпечних міжнародних злочинів. Досі важко осягнути розумом, що у XXI ст. для нас, українців, питання війни і миру стане не просто актуальним, а й особистим. І понад усе – з урахуванням власне «постаті» ворога, «братні» обійми якого нічого спільного не мають навіть із дружніми взаєминами. Силкові дії Російської Федерації (далі – РФ), вчинені її Збройними силами у лютому – березні 2014 р. на території Криму, і з весни 2014 р. – на території Донецької та Луганської областей, підпадають під ознаки агресії.

Усвідомлюючи сьогодні ці факти, українська наука загалом і цивільного права зокрема має зазирнути у день завтрашній і готуватися до його настання. А в завтрашньому дні ми бачимо деокупацію всіх наших територій і повернення під контроль

⁷⁹⁹ Гегель Г.В.Ф. Лекции по философии истории. СПб.: Наука, 1993. С. 61.

української влади не лише окремих районів Луганської і Донецької областей, а й Автономної Республіки Крим із містом Севастополем. І ось до цього ми й повинні підготуватися: запропонувати правове і, зокрема, цивільно-правове забезпечення проходження перехідного періоду від неправового режиму до законної влади України.

У межах нашого дослідження передусім важливо визначитися щодо розуміння поняття «анексія», оскільки його почали тлумачити в Україні (навіть на офіційному рівні) всупереч міжнародно-правовим актам, реальним обставинам і здоровому глузду. З'явилися пропозиції органів державної влади щодо помилковості використання в обігу слова «анексія», радять вживати термін «окупація» або вирази «спроба анексії», «незаконна анексія»⁸⁰⁰; запроваджено офіційне використання подібної термінології в нормативно-правових актах – «невизнання спроби анексії»⁸⁰¹; з цього приводу в соціальних мережах розгорілася дискусія⁸⁰².

⁸⁰⁰ Див. зокрема: В МЗС пояснили слова Зеленського про окупований Крим. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/news/2019/08/22/7099966/> (дата звернення: 26.08.2019); Актуальні орієнтири державної політики щодо тимчасової окупації Автономної Республіки Крим та м. Севастополя: посібник. К., 2020. С. 9–10.

Отже, відповідно до офіційної позиції Міністерства закордонних справ України і Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України явища анексії як завершеного акта агресії не існує в природі за визначенням.

Цікаво, що у першому виданні цієї праці явище «анексія» не пропонувалося називати якимось по-іншому, а вже у 2020 р. ставлення щодо вживання зазначеного терміна змінилося. Див.: АБВ. Збройний конфлікт в термінах (Путівник для України). Київ: Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб, 2019. С. 5. URL: <https://mtot.gov.ua/files/uploads/8b5c1540-a1ae-11e9-9b89-731f32e113d5.pdf>

⁸⁰¹ Про схвалення Стратегії інформаційної реінтеграції Автономної Республіки Крим та м. Севастополя: Розпорядження Кабінету Міністрів України від від 27 грудня 2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1100-2018-p#Text>

⁸⁰² Див., зокрема: Вікіпедія:Перейменування статей/Анексія Криму (2014) → Окупація Криму Росією (з 2014). URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Вікіпедія:Перейменування_статей/Анексія_Криму_\(2014\)_→_Окупація_Криму_Росією_\(з_2014\)](https://uk.wikipedia.org/wiki/Вікіпедія:Перейменування_статей/Анексія_Криму_(2014)_→_Окупація_Криму_Росією_(з_2014))

Наявна ситуація формує значні правові, політичні та інші ризики⁸⁰³ національного та міжнародного характеру, що може зашкодити правам та інтересам людини, а також юридичним особам і державі в цілому.

Відповідно до Резолюції 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 р. «Визначення агресії» як акт агресії кваліфікуватиметься, зокрема, будь-яка воєнна окупація, хоч би який тимчасовий характер вона мала, що є наслідком вторгнення чи нападу, або будь-яка анексія території іншої держави чи її частини із застосуванням сили⁸⁰⁴ (п. «а» ст. 3).

Тобто анексія як різновид агресії – це закінчений акт. Ніякого іншого варіанта (готування до анексії, замах на анексію) в аспекті розуміння агресії не існує. На факт анексії також не впливає її визнання чи невизнання кимось.

У ст. 5 згаданої Резолюції зазначено:

«1. Ніякі міркування будь-якого характеру, будь то політичного, економічного, військового чи іншого характеру, не можуть слугувати виправданням агресії.

⁸⁰³ Про зазначену проблематику див., зокрема: *Ойгензихт В. А.* Проблема риска в гражданском праве. Часть Общая. Душанбе, 1972. 225 с.; *Луман Н.* Понятие риска. Пер. А. Ф. Филиппова. THESIS. 1994. № 5. С. 135–160; *Качинський А. Б.* Безпека, загрози і ризик: наукові концепції та математичні методи. К., 2003. 472 с.; *Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посібник.* Відп. ред. Р. А. Майданик. К.: Юстініан, 2007. 912 с.; *Великанова М. М.* Ризики в цивільному праві: монографія. Київ: Алерта, 2019. 378 с.; *Великанова М. М.* Ризики в цивільному праві України: теоретичні та практичні аспекти: дис. ... докт. юрид. наук; 12.00.03 / Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України. Київ, 2020. 500 с.; *Національні системи оцінювання ризиків і загроз: кращі світові практики, нові можливості для України: аналіт. доп.* За заг. ред. О. О. Резнікової. Київ: НІСД, 2020. 84 с.; *Музыка Анастолій.* Про кримінально-правові ризики: загальний огляд проблеми. *Право України.* 2020. № 2. С. 97 – 118.

⁸⁰⁴ Определение агрессии. Утверждено резолюцией 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1974 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_001-74#Text

2. Агресивна війна є злочином проти міжнародного миру. Агресія тягне за собою міжнародну відповідальність.

3. Жодне територіальне придбання або особлива вигода, одержані в результаті агресії, не є і не можуть бути визнані законними».

Наказом Міністерства оборони України від 23 березня 2017 р. № 164, «відповідно до статті 2 Закону України «Про оборону України» та з метою забезпечення додержання принципів і норм міжнародного гуманітарного права військовослужбовцями і працівниками Збройних Сил України», затверджено Інструкцію про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України. У ній, зокрема, міститься таке визначення: «Анексія – протиправне насильницьке приєднання однією державою території або частини території іншої держави або будь-якого простору, що перебуває під контролем чи у спільному користуванні міжнародного співтовариства»⁸⁰⁵.

Нерідко можна почути або прочитати вираз на кшталт: «ми не визнаємо анексії»⁸⁰⁶. Залежно від адресанта зазначеного твердження є два варіанти пояснення його змісту. Якщо ці слова належать московським правителям (окупантам) або тим, хто їх підтримує, то вони означають юридично нікчемне заперечення і недолуге виправдання вчиненого проти України злочину. Натомість міжнародна спільнота й Український народ засуджують окупацію та анексію Криму 2014 р. І тому «невизнання анексії» (навіть без акценту на помилкове вживання такої сполуки слів) необхідно розуміти як заперечення правомірності (про яку настирно теревенить кремлівська влада) дій держави-агресора. Також важливо взяти до

⁸⁰⁵ Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України. Зареєстрована у Міністерстві юстиції України 9 червня 2017 р. за № 704/30572. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17/print>

⁸⁰⁶ Див., наприклад: Вікіпедія:Перейменування статей/Анексія Криму (2014) → Окупація Криму Росією (з 2014). URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Вікіпедія:Перейменування_статей/Анексія_Криму_\(2014\)_→_Окупація_Криму_Росією_\(з_2014\)](https://uk.wikipedia.org/wiki/Вікіпедія:Перейменування_статей/Анексія_Криму_(2014)_→_Окупація_Криму_Росією_(з_2014))

уваги, що не всяка «окупація» тягне за собою анексію (як приклад – події на Сході України), проте водночас будь-яка «анексія» завжди пов’язана з окупацією; остання триває, доки відповідна територія залишається анексованою.

Отже, зроблений висновок ґрунтується передусім на міжнародному праві, «Крим анексований» не дорівнює «Крим російський»: анексія Росією українського Криму, загарбання частини нашої території – це неспростовний факт, що означає вчинення РФ агресії, за яку обов’язково має настати міжнародно-правова відповідальність. Міжнародна спільнота засуджує не лише російську окупацію, а й анексію Криму «та відкидає політику «доконаного факту» (*fait accompli*), яка здійснюється Росією у сфері міжнародних відносин; ... відмовляється визнавати фактичну владу Росії над півостровом ...»⁸⁰⁷. Тому абсолютно неприйнятними (шкідливими) є заклики в Україні окремих, передусім посадових осіб до сприйняття аналізованих подій як вивернуту навиворіт реальність: не вживати слово «анексія», а послуговуватися лише терміном «окупація», ну хоча б – «спроба анексії» Криму, інакше ми нібито легітимізуємо вчинений злочин, визнаємо Крим територією Росії.

Власне така позиція задовольняє Росію як державу-агресора. Якби ще їй позбутися статусу держави-окупанта, то й недовго до підписання з нею «мирного» (капітуляційного) договору.

Ми дещо відхилилися від предмета дослідження, але такий крок є вимушеним. Новопосталі цивільно-правові проблеми, що аналізуються у цьому розділі, якраз і зумовлені російською війною проти України. І тому їх осмислення має бути системним.

Відповідно до оновленого «Глобального індексу миру» (за 2020 рік) Україна все ще залишається серед переліку країн з низьким рівнем миру – займає 148-е підсумкове місце із 163 можливих.

⁸⁰⁷ Резолюція Європейського Парламенту щодо ситуації в Україні від 17 липня 2014 р. URL: <https://ukraine-eu.mfa.gov.ua/news/25779-rezolyucija-jevropejskykogo-parlamentu-shhodo-situaciji-v-ukrajini-vid-17-lipnya-2014-roku>

Нашими «сусідами» по рейтингу виявилися Нігерія (147), Венесуела (149), Туреччина (150), Північна Корея (151) та Пакистан (152). При цьому Україна зуміла «покращити», порівняно із попереднім роком, одну позицію в індексі. Під час складання рейтингу враховуються 23 індикатори в трьох різних категоріях, включаючи «безпеку в суспільстві», «триваючі конфлікти» і «мілітаризацію»⁸⁰⁸.

У зв'язку із сучасними реаліями виникли, поряд з іншими, як нові (чи загострилися вже відомі) правові проблеми, що потребують нагального розв'язання. Зокрема, у галузі:

конституційного права (визначення статусу корінних народів Криму, форма державного управління, форма державного устрою⁸⁰⁹, статус Чорноморського флоту РФ в Криму після внесення Законом від 7 лютого 2019 р. змін до Конституції України – виключення п. 14 розділу XV «Перехідні положення»⁸¹⁰, тощо);

⁸⁰⁸ Див.: Global Peace Index 2020. URL: https://www.visionofhumanity.org/wp-content/uploads/2020/10/GPI_2020_web.pdf; «Глобальний індекс миру»: Україна все ще серед переліку найменш мирних країн. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/1874193-globalniy-indeks-miru-ukrayina-vse-sche-sered-pereliku-naymensh-mirnikh-krayin-svitu>

⁸⁰⁹ Див., зокрема: *Шемшученко Ю. С., Батанов О. В.* Правова позиція щодо статусу Автономної Республіки Крим. URL: http://idpnan.org.ua/vidavnicha_dijalnist.html; *Голос України*. 2014. № 46. 13 березня; Конституційні зміни після Майдану. За заг. ред. Ю. Тищенко. Київ: ТОВ «Агентство «Україна». 2016. 68 с.; Питання автономії Кримського півострова. Дискусії, виклики. зміст. Київ: 2017. 49 с. URL: http://www.ucipr.org.ua/index.php?option=com_content&view=category&id=42&Itemid=205&lang=ua; *Каздобіна Ю., Тищенко Ю.* Експертні позиції. Статус АР Крим у Конституції України. Київ: Український незалежний центр політичних досліджень, 2017. 28 с. URL: http://www.ucipr.org.ua/index.php?option=com_content&view=category&id=42&Itemid=205&lang=ua

⁸¹⁰ Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору): Закон України від 7 лютого 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2680-19#n13>

міжнародного права (наприклад, дотримання та виконання умов міжнародних договорів і домовленостей, у тому числі Мінських домовленостей та умов Будапештського меморандуму; створення відповідної «платформи» з питань деокупації Криму; питання міжнародної відповідальності РФ; дипломатичні відносини з державою-агресором; відносини України і ЄС; відносини України з іншими країнами світу);

цивільного права (наприклад: права людини на тимчасово окупованих територіях; договірні відносини на окупованих територіях, зокрема договори поставки та перевезення продукції; проблеми власності на об'єкти, розташовані на тимчасово окупованих територіях; житлові гарантії учасників АТО/ООС; забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб; відшкодування матеріальної та нематеріальної шкоди Україні, її громадянам і юридичним особам);

сімейного права (передусім – питання щодо опіки і піклування в зоні АТО/ООС; реєстрація відповідними органами так званих «ЛНР» і «ДНР» актів цивільного стану – народження фізичної особи, встановлення її походження, набуття громадянства, вихід з громадянства та його втрата, досягнення відповідного віку, надання повної цивільної дієздатності, обмеження цивільної дієздатності, визнання особи недієздатною, шлюб, розірвання шлюбу, усиновлення, позбавлення та поновлення батьківських прав, зміна імені, інвалідність, смерть тощо; рішення «судів» псевдореспублік щодо: визнання фізичної особи безвісно відсутньою; оголошення фізичної особи померлою; правові наслідки таких рішень);

господарського права (наслідки невиконання чи неналежного виконання господарських договорів на тимчасово окупованих територіях; статус суб'єктів господарювання на таких територіях, їх евакуація з окупованих територій тощо);

кримінального права (серед актуальних проблем: притягнення до міжнародної кримінальної відповідальності службових осіб України та РФ; притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які вчинили злочини під час окупації та анексії Криму, а також які беруть участь у збройних угрупованнях на Сході України);

земельного права (зокрема, практика примусового вилучення, конфіскації, націоналізації, оренди земельних ділянок на території АР Крим і Донецької та Луганської областей України);

фінансового права (питання у банківській, страховій, податковій сферах на тимчасово окупованих територіях).

Відповідно до предмета нашого дослідження ми зосередимося лише на окремих проблемах цивільно-правового характеру.

Від початку російської агресії болючими залишаються *питання щодо захисту прав дітей на окупованих територіях*. Передусім українська влада зафіксувала неконтрольоване вивезення до Росії дітей-сиріт і позбавлених батьківської опіки, які проживають на тимчасово окупованих територіях Донбасу. Станом на червень 2015 р. до п'яти тисяч сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, залишились на окупованій території і їх доля нині не відома. Крім того, ті заклади, з яких під час окупації було переселено дітей, сьогодні заповнюються знову, і не відомо, якими дітьми їх знову заповнюють⁸¹¹.

Станом на червень 2020 р., внаслідок збройної агресії РФ проти України, загинули принаймні 147 дітей, тисячі дітей потребують допомоги з проблемами фізичного та психічного здоров'я⁸¹². Понад 100 тисяч українських дітей живуть у прифронтовій зоні, де актуальними є протимінні навчання⁸¹³. Від початку конфлікту, упродовж червня 2014 р. – жовтня 2018 р., спеціалісти зареєстрували в цілому 827 нещасних випадків, пов'язаних з мінами та вибухо-

⁸¹¹ Див.: *Музика Л. А. Цивільно-правова політика України в умовах російської агресії: що робити? Наука і правоохорона*. 2016. № 1. С. 280.

⁸¹² Україна – в ООН: 147 дітей загинули під час агресії РФ на Донбасі. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-ato/3051375-ukraina-v-oon-147-ditej-zaginuli-pid-cas-agresii-rr-na-donbasi.html>

⁸¹³ Міністерка Коляда в ООН: 13% населення країни живуть на тимчасово окупованих територіях. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/1841731-kolyada-v-oon-13-naselennya-krayini-zhivut-na-timchasovo-okupovanikh-teritoriyakh>

небезпечними залишками війни. Із 1 582 постраждалих 119 були дітьми (73 нещасні випадки), з яких 105 дітей (64 нещасні випадки) постраждали в Луганській і Донецькій областях (65 відсотків нещасних випадків сталися на непідконтрольних уряду територіях)⁸¹⁴. Тобто і на контрольованій території нерідко трапляється таке лихо. Більш ніж півмільйона дітей (понад 16% тих, хто потребує гуманітарної допомоги) зростають в умовах насильства і страху, що матиме довгострокові наслідки як для їхнього майбутнього, так і для суспільства взагалі⁸¹⁵.

Збройний конфлікт на Сході України продовжує впливати на стан дотримання прав дітей. За даними Мінсоцполітики, станом на 31 грудня 2019 р. зареєстровано 197 414 дітей, які отримали статус внутрішньо переміщених осіб. Водночас статус дитини, яка постраждала внаслідок воєнних дій та збройних конфліктів, станом на кінець 2019 р. отримали 39 063 дитини, що становить лише 20% від кількості внутрішньо переміщених дітей. Моніторинг Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини засвідчив, що незначний рівень отримання дітьми статусу, постраждалих внаслідок воєнних дій та збройних конфліктів, пов'язаний з низьким рівнем поінформованості батьків (інших законних представників) та самих дітей про можливість отримання такого статусу⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Див.: Оцінка потреб дітей, які постраждали від мін або вибухонебезпечних залишків війни. Звіт за результатами дослідження (грудень 2019 р. – січень 2020 р.), підготовлений Данською Радою у справах біженців – Данською Групою з розмінування (ДРБ-ДГР) в Україні за підтримки Дитячого фонду Організації Об'єднаних Націй (ЮНІСЕФ). С. 10. URL: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Mine%20Victim%20Assistance%20UKR.pdf>

⁸¹⁵ Див: Огляд гуманітарних проблем. Україна. Київ, 2020. С. 5. URL: https://www.humanitarianresponse.info/sites/www.humanitarianresponse.info/files/documents/files/ukraine_2020_humanitarian_needs_overview_ua.pdf

⁸¹⁶ Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2019 рік. Київ, 2020. С. 83.

На нашу думку, причина такої ситуації може полягати в іншому: в обтяжливій бюрократичній процедурі вирішення зазначеного питання.

Доволі марудною є процедура *встановлення фактів, що мають юридичне значення*. Державна реєстрація факту народження та смерті осіб на тимчасово окупованій території України здійснюється на підставі відповідного судового рішення. Це регламентовано ст. 49 ЦК України, ст. 317 ЦПК України і Законом України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» від 1 липня 2010 р. № 2398-VI. Аби одержати, наприклад, документ про народження, необхідно послідовно виконати такі дії. Громадян України, що проживає на тимчасово окупованій території, має звернутися до будь-якого органу реєстрації актів цивільного стану на підконтрольній території та пред'явити свідоцтво про народження, видане органами окупаційної адміністрації; потім – отримати відмову у реєстрації факту народження (така відмова є підставою для звернення до суду). Тобто зверненню до суду передують бюрократична тяганина, на яку витрачаються значні зусилля і час. Далі – суд. Його рішення про встановлення факту, який підлягає реєстрації в органах державної реєстрації актів цивільного стану або нотаріальному посвідченню, не замінює собою документів, що видаються цими органами, а є тільки підставою для одержання зазначених документів. Отже, після одержання судового рішення необхідно звернутися до органу державної реєстрації актів цивільного стану за місцем ухвалення рішення для державної реєстрації народження особи. І все це необхідно зробити упродовж 12 місяців; якщо від моменту народження дитини минуло більше року, застосовується процедура поновлення актового запису, а вона триває щонайменше три місяці.

Слід зазначити, що Законом України «Про судовий збір» від 8 липня 2011 р. № 3674-VI передбачено звільнення від сплати судового збору заявників у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення та відбулися на тимчасово окупованих територіях. На жаль, абсолютна більшість заявників з тимчасово окупованих територій не знають про таке право, а відтак – не всі ним користуються.

Таким чином, для осіб, які проживають на тимчасово окупованих територіях, одержання документів українського зразка є складним випробуванням. Власне така ситуація не в останню чергу впливає на реальні показники у цій сфері державної діяльності. Зокрема, кількість свідоцтв про народження дітей на окупованих територіях, відповідно до державного обліку, в цілому становить приблизно 5 тис. за перше півріччя 2019 р., тоді як дані з відкритих джерел ОРДЛО свідчать про більш ніж 17 тис. народжених дітей на цих територіях за той самий період⁸¹⁷. Тобто на підконтрольній українській владі території реєструється менше 30% новонароджених у так званих «ДНР» і «ЛНР».

Необхідно наголосити, що в Україні впроваджено і позасудовий порядок підтвердження фактів народження та смерті, однак лише стосовно жителів окремих районів Донецької та Луганської областей⁸¹⁸ з метою усунення дискримінаційних норм та ускладнень процедури державної реєстрації актів цивільного стану (народження та смерть особи), що відбулись на тимчасово окупованій території Автономної Республіки Крим та м. Севастополь, у Верховній Раді України 22 червня 2020 р. зареєстровано відповідний проект Закону⁸¹⁹.

Наразі вітчизняні суди під час ухвалення рішень, пов'язаних із тимчасово окупованими територіями України, активно використо-

⁸¹⁷ Там само. С. 116 – 118.

⁸¹⁸ Про внесення змін до Порядку підтвердження факту народження дитини поза закладом охорони здоров'я: Постанова Кабінету Міністрів України від 6 грудня 2017 р. № 1004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1004-2017-p#Text>

⁸¹⁹ Див.: Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження адміністративної процедури державної реєстрації фактів народження та смерті, які відбулися на тимчасово окупованій території України в Автономній Республіці Крим та м. Севастополь: Проект Закону від 22 червня 2020 р. № 3713. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69230

вують «Намібійські винятки» (англ. «Namibia exception»)⁸²⁰ через прецедентну практику ЄСПЛ. Вперше це зробив, 20 серпня 2015 р., суддя А. В. Архипенко (Попаснянський районний суд Луганської області)⁸²¹; одним із перших зазначений механізм використовує також інший суддя того самого суду – М. В. Мазур, водночас пропагуючи цей досвід⁸²².

У рішеннях ЄСПЛ спеціалісти виокремлюють три основні засади застосування «Намібійських винятків»:

⁸²⁰ *Примітка.* «Намібійські винятки» вперше були сформульовані у практиці Міжнародного суду ООН, зокрема в його Консультативному висновку від 21 червня 1971 р. (Namibia case). Міжнародний суд ООН у документі «Юридичні наслідки для держав щодо триваючої присутності Південної Африки у Намібії» зазначив, що держави-члени ООН зобов'язані визнавати незаконність і недійсність триваючої присутності Південної Африки в Намібії, але «у той час як офіційні дії, вчинені урядом Південної Африки від імені або щодо Намібії після припинення дії мандата є незаконними і недійсними, ця недійсність не може бути застосовна до таких дій як, наприклад, реєстрація народжень, смертей і шлюбів». Див.: Правовые последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки Резолюции 276 (1970) Совета Безопасности: Консультативное заключение Международного Суда ООН от 21 июня 1971 года. Перевод Украинского Хельсинского союза по правам человека. URL: <https://precedent.in.ua/2016/05/06/pravovye-posledstviyu-a-dlya-gosudarstv/>; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/53>; Namibia exception. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Namibia_exception; Українська Намібія: чи визнавати окупаційні папери? URL: <https://precedent.in.ua/2016/05/15/ukrayinska-namibiya-chy-vuznavaty-okup/>

⁸²¹ Див.: рішення Попаснянського районного суду Луганської області від 20 серпня 2015 р. Справа № 423/880/15-ц. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/49187054>

⁸²² Рішення від 24.02.2016 р. про встановлення факту смерті на окупованій території із застосуванням «Намібійських винятків». URL: <http://mv-mazur.at.ua/publ/3-1-0-18>

1. Для людей, що проживають на тимчасово окупованій території, життя триває. І це життя потрібно зробити більш стерпним і захищеним (*Surgus v. Turkey*, 10.05.2001, § 96).

2. Першочерговим завданням для прав, передбачених Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р., завжди має бути їх ефективна захищеність на території всіх Договірних Сторін, навіть якщо частина цієї території перебуває під ефективним контролем іншої Договірної Сторони, тобто є окупованою (*Mozer v. The Republic of Moldova and Russia*, 23.02.2016, § 142).

3. Визнання актів окупаційної влади в обмеженому контексті захисту прав мешканців окупованих територій ніяким чином не легітимізує таку владу (*Surgus v. Turkey*, 10.05.2001, § 92)⁸²³.

В аспекті аналізованих нами питань також слід визнати важливими ініціативи Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Зокрема, у квітні 2017 р. Суд надіслав до апеляційних судів областей та м. Києва інформаційного листа, в якому привернув увагу щодо необхідності коректного використання формулювань у судових рішеннях, ухвалених за результатами розгляду справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення⁸²⁴.

⁸²³ *Нестерович В. Ф.* Верховенство права та забезпечення прав людини на тимчасово окупованих територіях України. *Наукові записки НАУКМА*. 2017. Том 200. Юридичні науки. С. 85–92.

⁸²⁴ Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Щодо використання у судових рішеннях формулювань, що відображають місце настання фактів, які мають юридичне значення» від 11 квітня 2017 р. № 9-697/0/4-17. URL: https://zib.com.ua/ua/print/128490-vss_zaboroniv_dnr_ta_lnr_u_rishennyah_nazivati_respublikami_.html

Див. також інші документи: Про застосування положень статті 257-1 Цивільного процесуального кодексу України: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 квітня 2016 р., вих. № 9-1129/0/4-16. URL: <http://mv-mazur.at.ua/2016/docs/letter-2-15.04.2016.pdf>; Про окремі питання застосування Закону України від 4 лютого 2016 року № 990-VIII «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території України»: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 квітня 2016 р., вих. № 9-1130/0/4-16. URL: <http://mv-mazur.at.ua/2016/docs/letter-1-15.04.16.pdf>

Відразу після анексії Криму псевдовлада розпочала масово націоналізувати та примусово вилучати майно різних форм власності⁸²⁵, а згодом – активно видавати акти з метою «узаконити» рейдерські захоплення на півострові. У цьому аспекті на особливу увагу заслуговує ціла низка «нормативних актів», зокрема:

так звані закони «Республіки Крим» – «Про скарбницю Республіки Крим» від 30 липня 2014 р.; «Про управління та розпорядження державною власністю Республіки Крим» від 30 липня 2014 р.; «Про надра» від 30 липня 2014 р.; «Про особливості викупу майна в Республіці Крим» від 8 серпня 2014 р.; «Про надання земельних ділянок, які перебувають у державній або муніципальній власності, та деякі питання земельних відносин» від 15 січня 2015 р.;

постанова «Державної ради Республіки Крим»: «Про націоналізацію майна підприємств, установ, організацій агропромислового комплексу, розташованих на території Республіки Крим» від 26 березня 2014 р.;

постанова «Ради міністрів Республіки Крим»: «Про затвердження порядку переоформлення прав або завершення оформлення прав на земельні ділянки на території Республіки Крим» від 2 вересня 2014 р.;

так званий закон м. Севастополя «Про колишню державну власність України і визначення порядку інвентаризації, управління та розпорядження власністю міста Севастополя» від 24 квітня 2014 р.

І хоча в цих «нормативних актах» передбачено, що «уряд» буде виплачувати компенсацію, у випадках націоналізації та примусового викупу майна, про факти такої компенсації нічого не відомо.

На підставі аналізу актів окупаційних адміністрацій та рішень окупаційних судів Російської Федерації, ухвалених протягом 2014–

⁸²⁵ Див., зокрема: Громадянство, земля, «націоналізація власності» в умовах окупації Криму: дефіцит прав. Аналітичний звіт. Укр. незалеж. центр політ. дослідж. За заг. ред. Ю. Тищенко. Київ: ТОВ «Агентство «Україна», 2015. 96 с.; Крим. Анексована Власність = Annexed Property in Crimea. За заг. ред. Ю. Тищенко. Київ: ТОВ «Агентство «Україна», 2016. 148 с.

2020 років, експерти констатують, що порушення права державної та приватної власності в Криму з боку держави-агресора здійснювалося кількома шляхами:

націоналізації, яка полягала в ухваленні окупаційними органами актів, згідно з якими державне або приватне майно автоматично переходило у власність так званої «Республіки Крим» або міста Севастополь; вилучення/знищення майна за рішеннями окупаційних судів; примусовий викуп/продаж майна на підставі розпоряджень окупаційної влади; вилучення/знищення майна без будь-яких рішень окупаційних судів чи органів влади⁸²⁶.

Траплялися й інші ініціативи у кримських «народовладців», зокрема звучала пропозиція застосовувати норму про «несумлінність власника» щодо установ, власниками яких є жителі континентальної України. Так, голова кримського осередку партії «Комуністи Росії» Л. Грач (заслужений юрист України⁸²⁷, після анексії Криму змінив громадянство на російське, по суті – зрадник Батьківщини) обґрунтовує необхідність продовження «націоналізації» тим, що в Севастополі розташовано безліч «стратегічно важливих заводів та інших установ, діяльність і продукція яких має загальнодержавний розмах», при тому, що власники більшості з них перебувають за межами Російської Федерації; отже, вони «не мають права впливати на державну політику в галузі розвитку промисловості». За словами «новонаверненого» політика, питання переходу заводів і фабрик у державну власність необхідно вивести «на цивілізований рівень»: рішення має ухвалювати судова гілка державної влади,

⁸²⁶ *Незванна Олександра*. Експропріація в окупації: жителів півострова позбавляють власності. URL: <https://ukurrier.gov.ua/uk/articles/ekspropriaciya-v-okupaciyi-zhiteliv-pivostrova-poz/>

⁸²⁷ *Примітка*. На нашу думку, давно необхідно було вирішити питання щодо позбавлення цього «громадянина РФ» та подібних осіб почесного звання «Заслужений юрист України». Чому українські платники податків мають нести майновий тягар, пов'язаний з відповідними нарахунками коштів таким «заслуженим»? Чому українці мають морально страждати через такі «відзнаки»?

а не законодавча чи виконавча. Це могло помітно ускладнити українським та іншим іноземним власникам можливість повернення їх власності⁸²⁸.

Існує думка, що зазначені «нормативні акти» псевдовладою Криму ухвалені всупереч законодавству РФ. Зокрема, О. Палій вважає, що згідно зі ст. 71 Конституції РФ до компетенції Російської Федерації (а не її суб'єктів) віднесено цивільне законодавство. Тобто визначення підстав та процедури припинення права власності має встановлюватися на рівні федерального законодавства, а не суб'єктів федерації («Республіки Крим»)⁸²⁹. Дійсно, п. «д» ст. 71 Конституції РФ визначає виключну компетенцію РФ щодо питань федеральної державної власності. Однак «власність Республіки Крим» (відповідно до російського законодавства⁸³⁰) визнається іншим видом державної власності – це регіональна власність (власність суб'єкта Федерації). Тому, з позиції російського законодавства, кримська «влада» наділена повноваженнями для вирішення зазначених питань власності.

Зрозуміло, що відповідно до положень міжнародного та українського права вся ця «нормотворча діяльність» є незаконною і грубо порушує права людини (зокрема, Конституцію України, ст. ст. 9, 11 Закону від 15 квітня 2014 р.). Докладніше про це – у наступному підрозділі.

За даними Міністерства закордонних справ України, після анексії Криму Росія незаконно націоналізувала понад 400 українських

⁸²⁸ Гриценко Н., Полтавець С. Порушення права власності в окупованому Криму. *Громадська думка про правотворення*. № 8 (90). Травень 2015. С. 34.

⁸²⁹ Палій О. Захист права власності на нерухомість в АР Крим. *Віче*. № 5. Березень 2015. URL: <http://www.viche.info/journal/4611/>

⁸³⁰ Див.: Федеральный закон от 06.10.1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (ст. 26.11. Собственность субъекта Российской Федерации). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_14058/45dc41f0c3a83537607c4d3dc4649401e844afbe/

підприємств і 18 газових родовищ. Відповідно до інформації Державної реєстраційної служби України, з березня до грудня 2014 року 677 юридичних осіб змінили місце реєстрації з території АРК на територію іншого регіону України. Найбільша кількість юридичних осіб перереєструвалася в Києві (182), Херсонській (142) і Миколаївській (114) областях⁸³¹.

«Змінює» власників і *комунальне майно*. У переліку, що містить розпорядження так званої Ради міністрів Республіки Крим «Про прийняття у державну власність Республіки Крим цілісних майнових комплексів комунальних медичних установ і організацій»⁸³², наведено 84 об'єкти комунальної власності. Цим самим органом були видані також розпорядження: «Про прийняття до державної власності Республіки Крим територіальних центрів соціального обслуговування (надання соціальних послуг)» від 11 листопада 2014 р.⁸³³; «Про прийняття майна до державної власності Республіки Крим» від 31 березня 2015 р.⁸³⁴. Зазначеними «документами» повністю нівелюється та руйнується режим права комунальної власності на території Криму, чим завдано значної шкоди матеріальним інтересам відповідних територіальних громад.

Наведемо лише кілька гучних прикладів незаконної націоналізації на тимчасово окупованій території. Так, Прокуратурою АР Крим

⁸³¹ Питання власності та землі в умовах окупації Криму: дефіцит прав. URL: <http://www.ucipr.kiev.ua/userfiles/Resume%207May2015%20ukr.pdf>

⁸³² Распоряжение Совета министров Республики Крым от 28 октября 2014 г. № 1119-р «О принятии в государственную собственность Республики Крым целостных имущественных комплексов коммунальных медицинских учреждений и организаций». URL: <http://base.garant.ru/23703269/#ixzz3duZVSTMJ>

⁸³³ Распоряжение Совета министров Республики Крым от 11 ноября 2014 года № 1159-р «О принятии в государственную собственность Республики Крым территориальных центров социального обслуживания (предоставления социального обслуживания)». URL: http://rk.gov.ru/rus/file/pub/pub_235129.pdf

⁸³⁴ Распоряжение Совета министров Республики Крым от 31 марта 2015 года № 279-р «О принятии имущества в государственную собственность Республики Крым». URL: <http://rk.gov.ru/rus/docs/post/rasp1.htm?page=31>

порушено кримінальне провадження за фактом націоналізації міжнародного дитячого центру «Артек». Націоналізація відбулася весною 2014 р. на підставі рішення так званої «Ради міністрів Криму» про передачу рухомого і нерухомого майна «Артека» до федеральної власності РФ. Загалом – це понад 200 будівель та споруд⁸³⁵. 27 лютого 2015 р. так звана «Держрада Криму» оголосила власністю республіки ПАТ «Укртелеком», а також кримське майно компанії «Київстар» і телекомунікаційної групи «Вега». Під контроль самопроголошеної влади перейшло рухоме і нерухоме майно ПАТ «Укртелеком», а також активи, зокрема і нематеріальні, які перебували на балансовому обліку компанії. «Кримська влада» пояснила своє рішення тим, що «Укртелеком» продовжував вести діяльність за українським законодавством, не перереєструвався згідно з російськими законами і не отримав ліцензії, також нібито була виявлена «вредоносная программа», яка повинна була 11 лютого відключити повністю базу даних абонентів і фактично залишити Крим без зв'язку. За даними Київстару, їх мережа в Криму оцінюється в \$ 13 млн.

Також були націоналізовані: підприємства паливно-енергетичного комплексу (ПАТ «Чорноморнафтогаз», кримські активи ПАТ «Укртрансгаз» і ДАТ «Феодосійське підприємство із забезпечення нафтопродуктами»; компанія ДТЕК «Крименерго»); підприємства і їх активи у транспортній інфраструктурі (Сімферопольський аеропорт та аеродром «Бельбек» під Севастополем; автовокзали «Сімферополь», «Ялта», «Керч», «Алушта», 58 автостанцій, майстерні і квиткові каси; підприємство «Керченська поромна переправа» і морські порти в Керчі, Феодосії, Євпаторії та Ялті); агросектор – підприємства, організації та установи агропромислового комплексу, а також ті, що входять до лісового і мисливського господарства. Всього у списку виявилася 141 компанія, серед них – виноробні заводи «Магарач» і «Массандра», а також завод шампанських вин

⁸³⁵ Українська прокуратура Криму посчитала націоналізацію «Артека» незаконною. URL: <http://vesti-ukr.com/krym/95038-prokuratura-artek-sichtaet-nacionalizaciju-arteka-nezakonnoj>

«Новий Світ». «Республіка» привласнила всі кримські заповідники, природні парки і лісгоспи.

Не обійшли стороною проблеми *конфіскації майна й українських церковних громад*. «Влада» анексованого Криму (а точніше – Кремль) розробила і реалізує порядок уведення в «правове поле» майна і культових будівель, що належать релігійним організаціям України. Зокрема, відповідними органами ухвалюються рішення про «націоналізацію» таких об'єктів.

Більше того, за рішенням російської влади, статuti релігійних організацій півострова, що не належать до «традиційних релігійних конфесій», під час перереєстрації стали предметом дослідження релігієзнавчої експертизи в Міністерстві юстиції Росії⁸³⁶.

На думку експертів ГО «Інститут релігійної свободи», позбавлення статусу юридичної особи передусім загрожує майновим правам українських релігійних громад, які не зможуть розпоряджатися своїми храмами, молитовними будинками, мечетями та іншими спорудами. Чинна в Криму вимога про перереєстрацію спрямована на спонукання прийняття українськими священиками і віруючими громадянства Росії, входження під юрисдикцію російських релігійних центрів та повне підпорядкування законодавству РФ⁸³⁷. Зокрема, 4 серпня 2020 р. Верховний Суд РФ відмовився переглядати рішення окупаційних судів на території Криму щодо виселення громади Православної церкви України з Кафедрального собору Святих рівноапостольних князів Володимира та Ольги (м. Сімферополь)⁸³⁸. Зазначимо, що станом на жовтень 2018 р. свою діяльність в

⁸³⁶ У Криму можуть «націоналізувати» українські церкви. URL: <http://ua.krymr.com/content/article/26729016.html>

⁸³⁷ З 1 березня в Криму заборонять українські церкви та кримськотатарські релігійні громади. URL: <http://www.unian.ua/politics/1048544-z-1-bereznya-v-krimu-zaboronyat-ukrajinski-tserkvi-ta-krimskotatarski-religijni-gromadi.html>

⁸³⁸ Росія повністю ліквідує українську православну громаду в Криму – представництво Президента. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-crimea/3076176-rosia-povnistu-likvidue-ukrainsku-pravoslavnu-gromadu-v-krimu-predstavnictvo-prezidenta.html>

окупованому Росією Криму припинили 38 із 46-ти парафій Української православної церкви Київського патріархату⁸³⁹.

На противагу репресивній політиці Кремля абсолютну більшість громадян України вирізняє духовність і терпимість до чийхсь вірувань. За результатами соціологічного дослідження, здійсненого Центром Разумкова упродовж 2000–2020 років, українське суспільство демонструє фактично сталий і досить високий рівень толерантності до сповідання різних релігій. Так, переважна більшість – 76% (як і у 2000 р.) громадян вважають, що *«будь-яка релігія, яка проголошує ідеали добра, любові, милосердя і не загрожує існуванню іншої людини, має право на існування»*⁸⁴⁰.

Отже, упродовж тимчасової окупації частини нашої території Російська Федерація, переслідуючи українську релігійну громаду, вчиняє систематичні дії щодо знищення осередків української культури в Криму.

Значну допомогу Кремлю у його «церковній анексії» надає московська церква. У червні, а згодом у грудні 2014 р. Синод Української православної церкви МП ухвалив рішення про внесення змін до статутів двох із трьох кримських епархій і тим самим фактично і юридично визнав Крим російським⁸⁴¹. Цей вчинок, на думку юристів, парафіян та інших громадян України, підпадає під ознаки злочину – державна зрада і потребує відповідної реакції правоохоронних органів і суду. Адже саме Україна свого часу надала багато земельних ділянок у безоплатне користування для церковних

⁸³⁹ В окупованому Криму 38 із 46-ти парафій УПЦ КП припинили існування. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-crimea/2555307-v-okupovanomu-krimu-lise-8-parafij-upc-kp-iz-46.html>

⁸⁴⁰ Особливості релігійного і церковно-релігійного самовизначення громадян України: тенденції 2000–2020 рр. (Інформаційні матеріали). Київ, 2020. С. 7. URL: https://razumkov.org.ua/uploads/article/2020_religiya.pdf

⁸⁴¹ Церковний скандал чи державна зрада: УПЦ МП юридично визнала Крим частиною Росії та передала їй дві епархії. URL: <http://tsn.ua/politika/cerkovnij-skandal-chi-derzhavna-zrada-upc-mp-yuridichno-viznala-krim-chastinoyu-rosiyi-ta-peredala-yiy-dvi-yeparhiyi-414055.html>

парафій і монастирів Української православної церкви МП, які нині юридично є власністю РФ.

Ще одна проблема стосується того, що разом із Кримом Російська Федерація захопила різноманітні пам'ятки історії та мистецтва. В якому стані зараз перебувають археологічні об'єкти (а їх – декілька тисяч на анексованому півострові)? Хто контролює процес незаконних розкопок і куди зникають артефакти з української землі, яку зараз безконтрольно грабують ласі до чужого майна окупанти?

Гострим залишається питання про повернення скіфського золота Україні. 21 січня 2015 р. в Нідерландах розпочався судовий процес у цій справі. Справа була ініційована чотирма кримськими музеями, які подали до суду на музей Алларда Пірсона (Allard Pierson Museum) щодо виконання вимог контракту про те, що експонати мають бути повернені до музеїв Криму після завершення експозиції в Амстердамі у межах виставки «Крим: золото і таємниці Чорного моря». Україна бере участь у цьому процесі як сторона, що має важливі аргументи щодо необхідності повернення артефактів до Києва, а не до кримських музеїв. Після анексії Криму Росією нідерландська сторона відмовилась повертати експонати до кримських музеїв, мотивуючи це тим, що приймала їх від України⁸⁴². Така позиція є правильною, і її наступним кроком мала б стати передача цих об'єктів до Києва. Натомість поведінка представників музею Алларда Пірсона нагадує дії стерв'ятника, який скористався із непростої ситуації, що склалася в Україні, і вирішив притримати майно (з перспективою, очевидно, майбутнього привласнення, чи з іншою метою), що є власністю України. Страхова вартість предметів мистецтва становить близько 1,57 мільйона доларів.

Відомо, що експонати кримських музеїв входять до складу Державного музейного фонду України, музеї здійснювали лише оперативне управління ними, власниками експонатів вони ніколи

⁸⁴² Суд по скифскому золоту в Нидерландах затянется не меньше чем на год. URL: http://culture.lb.ua/news/2015/04/11/301641_sud_skifskomu_zolotu_niderlandah.html

не були. Більше того, після анексії Криму Міністерство культури України видало наказ, яким ці музеї були позбавлені навіть права оперативного управління спірними артефактами. Нам доведеться доказувати в суді, що артефакти належать державі, а не музеям. Розгляд справи, на думку експертів, може затягнутися на декілька років. Але ми мусимо відстояти своє право на археологічну пам'ятку.

На думку офіційного Києва, наразі у справі (вже 2020 року) є додаткові матеріали, що свідчать про упередженість судді та його зв'язки з Росією: він кілька разів здійснював представництво Москви та, зокрема, співпрацював з адвокатами, які представляють інтереси кримських музеїв щодо «скіфського золота». Україна вдруге подала клопотання, у якому просить про відвід судді Дуко Ораньє⁸⁴³, оскільки останній заангажований Росією, у нього конфлікт інтересів.

Ще один приклад незаконного заволодіння окупантами нашим майном – зафіксований факт крадіжки зі сховищ «Ощадбанку» в Криму 300 кг золота та дорогоцінних металів, які знаходились там на зберіганні згідно з відповідним рішенням органу досудового слідства. Ще у березні 2014 р. представники «Ощадбанку» заявили про факт розкрадання 32,45 млн грн зі сховищ банку в Криму «місцевою самообороною». Також зі сховищ Національного банку України на території Криму було викрадено 700 млн грн, які знаходились на балансі НБУ у вигляді активів, а також близько 2 млрд грн іпотечних зобов'язань перед НБУ і близько 4 млрд грн готівкових коштів зі сховищ НБУ у Сімферополі⁸⁴⁴.

Окупація Донбасу суттєво послабила фінансову систему України. Упродовж 2014 р. на окупованих територіях відбувалося масове

⁸⁴³ Справа «скіфського золота»: суд у Нідерландах розгляне відвід судді. URL:

<https://www.5.ua/svit/sprava-skifskoho-zolota-sud-u-niderlandakh-rozhliane-vidvid-suddi-223058.html>

⁸⁴⁴ У Криму зі сховищ Ощадбанку викрали 300 кг золота й дорогоцінних металів – Петренко. URL: <http://economics.unian.ua/finance/924701-u-krimuzi-shovisch-oschadbanku-vikrali-300-kg-zolota-y-dorogotsinnih-metaliv-petrenko.html>

закриття рахунків та вилучення депозитів клієнтами, що спричинило скорочення ресурсної бази банківської системи країни на 80,5 млрд грн. Водночас банки втратили контроль над активами на окупованих територіях. Напередодні окупації, на кінець березня 2014 р., балансова вартість заборгованості клієнтів Луганської та Донецької областей по кредитах становила 70 млрд грн. Окупація створила для клієнтів можливості не погашати кредити. Натепер понад 70% кредитів клієнтам з тимчасово окупованих територій у Донецькій та Луганській областях не обслуговуються⁸⁴⁵. Хоч юридично банки і мали можливість отримати судові рішення про стягнення боргів з таких клієнтів, проте механізмів виконання таких рішень у випадку, якщо позичальник і заставне майно знаходилися на окупованій території, не було. Це стало причиною втрат українських банків у розмірі 50 млрд грн. Загалом окупація спричинила значний дефіцит ліквідності в банківській системі в розмірі 130 млрд грн., що дало поштовх для розгортання масштабної банківської кризи в Україні в 2014–2015 рр. Прикладом труднощів зі стягнення боргів на окупованих територіях є проблемні кредити, надані ПАТ «Алчевський МК». 19 жовтня господарський суд Луганської області розпочав провадження у справі про банкрутство АМК за позовами кредиторів на загальну суму, яка перевищує 110 млрд грн. Приблизно 60 % боргів, за інформацією ЗМІ, доводиться на структури ВЕБ. Іноземним кредиторам, зокрема Raiffeisen, Societe Generale, IFC, АМК сукупно заборгував понад 10 млрд грн⁸⁴⁶.

Важливим є питання про створену у 2014 р. *вільну економічну зону* (далі – ВЕЗ) на тимчасово окупованій частині території України⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ Непідійомний тягар: як банки домагаються погашення за кредитами в Криму та зоні АТО. *Finance.ua*, 29 вересня 2016 р. URL: <https://news.finance.ua/ua/news/-/383257/nepidjomnyj-tyagar-yak-banky-domagayutsya-pogashennya-za-kredytamy-v-krimu-ta-zoni-ato>

⁸⁴⁶ Війна на Донбасі: реалії і перспективи врегулювання (робоча версія аналітичної доповіді). К., 2019. С. 44–45.

⁸⁴⁷ Див.: Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України: Закон України від 12 серпня 2014 р. № 1636-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1636-18/print>

Ухвалення 12 серпня 2014 р. відповідного Закону не було сприйнято фахівцями, кримськотатарським народом і суспільством загалом.

Зазначений Закон є дискримінаційним стосовно кримчан і таким, що обмежив їх у правах і свободах порівняно з рештою громадян України – навіть з тими, що проживають в аналогічному правовому режимі окупації на території Донецької та Луганської областей. Зазначений Закон прирівняв громадян України з кримською реєстрацією (але які не мають довідки про визнання їх внутрішньо переміщеними особами) до нерезидентів, тобто – до іноземців. За такої обставини повсякденно порушуються їхні громадянські права. Наприклад, під час отримання спадщини нерезидент сплачує податок на доходи фізичних осіб 18%, тоді як резиденти – 5%. Українські банки, що мали відокремлені структурні підрозділи після початку тимчасової окупації АР Крим та м. Севастополя, відмовляють громадянам України, які є вихідцями з Криму, у поверненні належних їм коштів за банківськими вкладками, навіть на виконання рішень судів⁸⁴⁸.

Правовий режим ВЕЗ, що за межами здорового глузду та ґрунтується на корупційних відносинах, спричинив масове безмитне ввезення товарів і постачання електроенергії на окуповану територію; утримані податки від такого бізнесу поповнюють російський бюджет. Представництвом Президента України в Автономній Республіці Крим протягом 2017–2018 рр. було здійснено комплекс заходів щодо виявлення фактів постачання електроенергії, артезіанської води та мінеральної сировини через адміністративну межу тимчасово окупованого Криму для неправомірного забезпечення діяльності підприємств півострову. Матеріали про зазначені та інші факти періодично надавалися Адміністрації Президента України, а також, в порядку робочої взаємодії, органам СБУ та іншим уповноваженим державним структурам; були надіслані пропозиції

⁸⁴⁸ Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2019 рік. Київ, 2020. С. 115.

щодо необхідності скасування зазначеного Закону⁸⁴⁹. Аналогічні плани має і Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб⁸⁵⁰. Ми повністю поділяємо думку спеціалістів з цього приводу.

На тлі російської агресії існують *проблеми щодо формування єдності судової практики*. Для прикладу торкнемося однієї резонансної справи⁸⁵¹. За часів СРСР був побудований стратегічний об'єкт – Магістральний нафтопродуктопровід, який «проходить» і територією України (загальною протяжністю 1433 км.) та з 24 серпня 1991 став її власністю. При цьому його використання продовжувало здійснювати підконтрольне російському «Транснафта» підприємство «ПрикарпатЗападтранс». Ця трубопровідна система забезпечувала транзитне транспортування нафтопродуктів європейським споживачам. І російська сторона вважала, що їй належить і сам трубопровід, і нафтопродукти, що ним передаються. З 2005 р. справа про правовий статус цього трубопроводу розглядалася господарським судом України. У травні 2014 р. право власності на трубопровід визнано за Україною. Питання щодо власності на нафтопродукти продовжувало вирішуватись у суді. Це стосувалося близько 60–100 тис. тон палива загальною вартістю приблизно 40–68 млн. дол. США. На початку 2014 р. спірний об'єкт було законсервовано і РФ не використовувався. 12 лютого 2015 р. господарський суд Рівненської області визнав право власності на спірне паливо за РФ. А 16 квітня 2015 р. Рівненський апеляційний господарський суд за результатами розгляду апеляційних скарг заступника прокурора

⁸⁴⁹ Див.: Заходи з повернення державного контролю за користуванням водами Сивашу. URL: <http://www.ppu.gov.ua/zahody-z-povernennya-derzhavnogo-kontrolyu-za-korystuvanniam-vod-syvashu/>

⁸⁵⁰ МінТОТ планує скасувати вільну економічну зону «Крим». URL: <https://www.5.ua/suspilstvo/mintot-planuie-skasuvaty-vilnu-ekonomichnu-zonu-krym-139331.html>

⁸⁵¹ Россия отсудила у Украины 100 тысяч тонн дизтоплива. URL: <http://korrespondent.net/business/companies/3504700-rossiya-otsudila-u-ukrainy-100-tysiach-tonn-dyztoplyva>

Рівненської області і Фонду державного майна України залишив зазначене рішення господарського суду без змін.

Напевно, українським судам під час розгляду подібних справ варто враховувати сучасну ситуацію в Україні, а саме той факт, що РФ окупувала і в подальшому анексувала частину нашої території – Автономну Республіку Крим, продовжує військову агресію на Сході України. Внаслідок анексії Криму РФ «націоналізувала» численні українські підприємства (зв'язку, транспорту, науки та освіти, банківської сфери тощо). Майже третина промислового потенціалу зі східних областей України демонтована та вивезена до РФ. У зв'язку з військовим діями РФ на території України близько 25% промислових можливостей країни зупинено, 10% – фізично зруйновано⁸⁵². У зв'язку з цим постає питання щодо націоналізації майна російських компаній на території України (про це йтиметься у наступному підрозділі праці).

Дослідження вітчизняної судової практики свідчить про те, що подекуди вкрай важко віднести окремі судові рішення до розряду українських. Так, у цивільній справі про надання дозволу дитині на тимчасовий виїзд за кордон без дозволу батька, Орджонікідзевський районний суд м. Харкова у своєму рішенні від 9 липня 2014 р. іменем України встановив, що м. Ялта у Криму належить до РФ⁸⁵³. Таким чином, орган державної влади України фактично визнав належність Криму іншій державі. Наведене судове рішення суперечить чинному законодавству України, яке визначає Крим як українську тимчасово окуповану територію⁸⁵⁴.

Безумовно, суд мав вирішити непросте питання (не виключено, що подібні складнощі будуть виникати у судовій практиці й надалі),

⁸⁵² В Росію вивезли третя промислового потенціала Донбасса. URL: http://censor.net.ua/news/332267/v_rossiyu_vyvezli_tret_promyshlennogo_potentsiala_donbassa_poroshenko

⁸⁵³ Рішення Орджонікідзевського районного суду м. Харкова від 9 липня 2014 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39744863>

⁸⁵⁴ Див. зокрема: Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Закони України від 15 квітня 2014 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1207-18>

адже у межах України особи з дітьми пересуваються вільно, без згоди іншого з батьків. Отримання такої згоди потрібне лише у випадках перетину державного кордону України. При цьому йдеться не про обмеження щодо виїзду дитини за кордон, а про певний порядок її виїзду за кордон за згодою батьків або з дозволу суду, за відсутності згоди одного з батьків. Отже, згідно з вітчизняним законодавством Крим – це українська територія і, відповідно, зазначеної згоди на таку поїздку неповнолітньої особи отримувати не потрібно. З іншого боку, – при в'їзді до Криму без згоди того з батьків, хто не супроводжує дитину, без сумніву, виникнуть проблеми, адже законодавство РФ визначає Крим своєю територією і, з позиції держави-агресора, відбувається перетин державного кордону, тому службові особи будуть вимагати відповідний документ.

Під час вирішення аналізованого питання суд мав би, на нашу думку, зазначити, наприклад, що «надається дозвіл на тимчасовий виїзд дитини до Криму без згоди одного з батьків». У такий спосіб можна було б обійти гострі моменти зі статусом тимчасово окупованої території.

Утім не лише окремі суди України своїми рішеннями фактично визнають (чи визнавали) належність Криму до РФ. Наприклад, у контракті, підписаному Державним підприємством «Укрінтер-енерго», Крим позначений як «Кримський федеральний округ Російської Федерації», що можна, знову таки, розцінювати як визнання Україною російської приналежності півострова. У цьому аспекті цілком зрозумілою сприймається негативна реакція тодішнього Прем'єр-міністра України. Він зажадав від міністра енергетики та вугільної промисловості В. Демчишина пояснень щодо цього та інших контрактів про постачання електроенергії з Росії. У відповідному дорученні Прем'єр-міністра України від 17 січня 2015 р. № 8 було зазначено таке:

«1. Надати пояснення стосовно погодження договірних умов, які не відповідають інтересам України, а саме:

стовідсоткове забезпечення потреб в електричній енергії споживачів тимчасово окупованої території Автономної Республі-

ки Крим, як передумова постачання електроенергії з Російської Федерації;

забезпечення постачання електричної енергії безпосередньо з Російської Федерації в райони непідконтрольні українській владі на території проведення антитерористичної операції і зобов'язання оплачувати ці поставки;

наявність умов «бери або плати»;

можливість підвищення в односторонньому порядку вартості електроенергії, що постачається з Російської Федерації, тоді як ціна постачання електроенергії на тимчасово окуповану територію Автономної Республіки Крим є фіксованою;

зазначення в контракті про постачання електроенергії, положення, що електроенергія постачається в Кримський федеральний округ Російської Федерації;

наявність штрафу, розмір якого складає 20 відсотків від погодженого або фактично поставленого обсягу електроенергії, у разі обмеження електропостачання на тимчасово окуповану територію Автономної Республіки Крим;

ціна продажу електричної енергії на 15 відсотків нижча, ніж існуюча ціна постачання електричної енергії на тимчасово окуповану територію Автономної Республіки Крим за контрактом, укладеним з ПАТ «ДТЕК Крименерго».

2. Надати матеріали, на підставі яких погоджувалися умови зазначених контрактів та копії цих контрактів.

Строк – до 12 години 20 січня 2015 року»⁸⁵⁵.

Без сумніву, подібна практика відносин з державою-агресором є грубим порушенням інтересів України. Як у подальшому була розв'язана зазначена проблема – наразі невідомо. Однак відомо, що з 30 грудня 2014 р. відповідні контракти набули чинності.

На жаль, непоодинокими досі є випадки торгівлі українських компаній з російськими підприємствами, зокрема тими, що використовуються окупаційною владою на непідконтрольних Україні

⁸⁵⁵ Яценюк требует объяснений по экспорту электричества из России (документ). URL: <http://podrobnosti.ua/economy/2015/01/19/1011962.html>

територіях. Так, протягом 2018–2019 рр. вітчизняне машинобудівне підприємство за документами нібито експортувало гірниче обладнання на адресу російських компаній. Насправді промислове обладнання доставлялося на вугільнодобувні підприємства, розташовані на території, підконтрольній терористичній організації «ДНР»⁸⁵⁶. Економічної співпраці з російськими компаніями взагалі не повинно бути в Україні, це не припустимо на 7-му році війни.

До суперечливих належить ситуація із перереєстрацією українських юридичних осіб. Так, відповідно до порядку фінансування бюджетних установ, останні отримують фінансування лише під час їх переміщення з окупованих територій і подальшій реєстрації на контрольованій Україною території. Цікаво, що деколи заявки на перереєстрацію подавалися такими організаціями, які за своєю правовою природою не могли переміститися з тимчасово окупованої території. Подекуди це доходило до абсурду – зареєструватись на підконтрольній Україні території виявили бажання, наприклад, сільські ради та районні держадміністрації. Більше того, деякі із цих заявок було задоволено і здійснено їх перереєстрацію на неокупованій території України⁸⁵⁷.

Юридична природа актів агресії та окупації з боку РФ потребує чіткого розуміння і відображення в законодавстві та правозастосовній діяльності. На жаль, стосовно цього питання нерідко фіксується непослідовна і нечітка правова позиція української влади. Такі вади у сфері правової політики негативно впливають на судову практику.

До набрання чинності Законом України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» від 18 січня 2018 р. події, що відбувалися на Сході України,

⁸⁵⁶ На тимчасово окуповані території Донецької області через РФ незаконно постачали обладнання для шахт – СБУ. URL: <https://gordonua.com/ukr/news/localnews/-na-timchasovo-okupovani-teritoriji-donetskoji-oblasti-cherez-rf-nezakonno-postachali-obladnannja-dlja-shaht-sbu-1074578.html>

⁸⁵⁷ Украина осуществляет непрямоe финансирование террористов на Донбассе. URL: <http://hvylyu.net/news/ukraina-osushhestvlyayet-nepryamoe-finansirovanie-terroristov-na-donbasse.html>

мали статус антитерористичної операції (АТО). У зв'язку із цим, на думку окремих суддів і посадових осіб України, на відповідні відносини поширюється дія антитерористичного законодавства, зокрема, Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20 березня 2003 р. А в ньому, серед іншого, зазначено, що відшкодування шкоди, заподіяної громадянам терористичним актом, провадиться за рахунок коштів Державного бюджету України відповідно до закону⁸⁵⁸.

Упродовж останніх років в українських судах постійно збільшується кількість позовів про стягнення грошової компенсації за нерухоме майно, пошкоджене або зруйноване під час проведення АТО/ООС. Здебільшого позови адресовані до Держави Україна, менша кількість позовів – до Російської Федерації з огляду на норми Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20 березня 2003 року № 638-IV, Кодексу цивільного захисту України.

Ухвалюючи судові рішення, суди аргументують, що Україна, назвавши події на її Сході антитерористичною операцією, сама взяла на себе обов'язок щодо відшкодування шкоди, завданої терористичними актами. Нині в Україні вже сформувалася певна судова практика національних судів у справах проти України. Існує низка судових рішень, які ухвалені на користь позивачів і зобов'язують державу Україну відшкодувати шкоду, завдану у зв'язку з подіями на Сході України⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях: Закон України від 18 січня 2018 р. № 2268-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 10. Ст. 54; Про боротьбу з тероризмом: Закон України від 20 березня 2003 р. № 638-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 25. Ст. 180.

⁸⁵⁹ Див., наприклад: рішення Печерського районного суду міста Києва від 27 січня 2017 р. Судова справа № 757/43306/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64344103> (дата звернення: 10.05.2018); рішення Попаснянського районного суду Луганської області від 14 грудня 2016 р. Судова справа № 423/450/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63397384> (дата звернення: 10.05.2018); рішення апеляційного суду Донецької області від 11 жовтня 2017 р. Судова справа № 243/11658/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69498996> (дата звернення: 11.05.2018); рішення Печерського районного суду міста Києва від 23 травня 2017 р. Судова справа № 757/50562/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67406297> (дата звернення: 11.05.2018).

Також напрацьована протилежна судова практика, коли за тих самих причин ухвалюються судові рішення проти Російської Федерації. Вони стосуються переважно відшкодування шкоди, завданої внаслідок: загибелі члена сім'ї під час бойових дій (стягнення коштів у розмірах близько 1,10–1,99 млн грн (30–60 тис. євро), як компенсація моральної шкоди⁸⁶⁰; вимушеного переселення – компенсація моральної шкоди в розмірах близько 1,0–1,1 млн грн (35 тис. євро)⁸⁶¹; втрати майна – відшкодування майнової шкоди в розмірі близько 90,24 тис. грн (близько 2,9 тис. євро) та компенсація моральної шкоди в розмірі близько 1,1 млн грн (35 тис. євро)⁸⁶².

Для розуміння аналізованої проблеми важливе значення має правова позиція, сформована Великою Палатою Верховного Суду України у справі, що стосувалася пошкодження (знищення) комерційної власності торговельного об'єкта під час проведення АТО внаслідок терористичного акта (артилерійського обстрілу житлового масиву в мікрорайоні «Східний» м. Маріуполя 24 січня 2015 р.). Зокрема, Суд визнав неможливим отримання компенсації за ст. 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом»: «Передбачене у статті 19 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» право на відшкодування відповідно до закону шкоди, заподіяної громадянам

⁸⁶⁰ Див., зокрема: рішення Рівненського міського суду Рівненської області від 30 листопада 2018 р. URL: <https://goo.gl/HM5fQM>; рішення Рівненського міського суду Рівненської області від 30 листопада 2018 р. URL: <https://goo.gl/TStfyu>; рішення Полонського районного суду Хмельницької області від 29 листопада 2018 р. URL: <https://goo.gl/A3RQgN>; рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 2 жовтня 2018 р. URL: <https://goo.gl/qjShjA>

⁸⁶¹ Див., наприклад: рішення Старобільського районного суду Луганської області від 27 листопада 2018 р. URL: <https://goo.gl/8Wb4uR>; рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 28 вересня 2018 р. URL: <https://goo.gl/bb1QRi>; рішення Хмельницького міськрайонного суду від 2 жовтня 2018 р. URL: <https://goo.gl/XtKUMd>

⁸⁶² Див., зокрема: рішення Старобільського районного суду Луганської області від 27 листопада 2018 р. URL: <https://goo.gl/HTeJ4p>

терористичним актом, з огляду на відсутність відповідного закону не породжує легітимного очікування на отримання від Держави України такого відшкодування за пошкоджений у період проведення антитерористичної операції об'єкт нежитлової нерухомості незалежно від того, на якій території – підконтрольній чи непідконтрольній Україні – мав місце вказаний акт»⁸⁶³.

Водночас Верховний Суд дійшов висновку, що позивачі мають право на компенсацію від держави за невиконання державою свого позитивного матеріального та процесуального обов'язку за статтею 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав і основоположних свобод. Тобто Суд підтвердив зобов'язання держави надати компенсацію за пошкоджену і зруйновану житлову нерухомість. Зрештою, рішення попередніх інстанцій були скасовані, а справа направлена на новий розгляд до суду першої інстанції⁸⁶⁴.

Також необхідно зазначити, що 4 березня 2020 р. Верховний Суд, за результатами розгляду іншої цивільної справи, постановив окрему ухвалу, в якій рекомендував Кабінету Міністрів України «розробити спеціальний порядок відшкодування за пошкоджене внаслідок терористичного акта майно, процедуру виплати такого відшкодування за пошкоджене в результаті терористичного акта майна, чіткі умови, необхідні для заявлення вимоги до держави про надання такого відшкодування»⁸⁶⁵.

⁸⁶³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2019 р. Справа № 265/6582/16-ц. Провадження № 14-17 цс 19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/86310215>

⁸⁶⁴ Критичні міркування щодо цього судового рішення див.: *Науменко Юлія*. Коментар УГСПЛ Постанови Великої Палати Верховного Суду від 04.09.2019 року про відшкодування майнової шкоди. URL: <https://helsinki.org.ua/articles/komentar-uhspl-postanovy-velykoi-palaty-verkhovnoho-sudu-vid-04-09-2019-roku-pro-vidshkoduvannia-maynovoi-shkody/>

⁸⁶⁵ Окрема ухвала Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 4 березня 2020 р. Справа № 237/557/18-ц. Провадження № 61-47151св18. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=88337636&red=100003e468e95004d78de0dff99d7a70ed70e0&d=5>

Правозахисники зазначають, що досі не створено єдиного реєстру зруйнованого/пошкодженого майна, відсутнє спеціальне законодавство, яке б визначало порядок отримання компенсації за пошкоджене або зруйноване майно⁸⁶⁶.

Визнаємо, що наша реакція на зазначену судову практику має емоційне забарвлення. Однак це не означає, що ми не усвідомлюємо аналізовану проблему як надзвичайно складну; її розв'язання потребує комплексного і системного підходу на рівні державної стратегії.

Станом ще на 9 листопада 2017 р. внаслідок збройної агресії РФ проти України, за даними структурних підрозділів соціального захисту населення обласних та Київської міської держадміністрацій, на обліку перебувало 1504015 внутрішньо переміщених осіб з Донецької та Луганської областей, Автономної Республіки Крим та м. Севастополя (приблизно 30 тис. осіб)⁸⁶⁷. І як зазначено на початку цього розділу, у лютому 2019 р. кількість внутрішніх переселенців сягнула 1,8 млн. жителів Донбасу і Криму, тобто спостерігаємо тенденцію збільшення кількості таких осіб.

Законом України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» від 18 січня

⁸⁶⁶ Науменко Юлія. *Порушення права власності в умовах збройного конфлікту на Сході України та способи захисту: звіт. Українська Гельсінська спілка з прав людини*. Київ, 2020. С. 34.

Див. також: *Ржеутская Лилия*. *Получат ли жители Донбасса компенсации за разрушенные войной дома?* URL: https://www.dw.com/ru/получат-ли-жители-донбасса-компенсации-за-разрушенные-войной-дома/a-52924520?masa=rus-rss_rus_UkrNet_All-4190-xml (дата звернення 26.03.2020 р.).

⁸⁶⁷ Про схвалення Стратегії інтеграції внутрішньо переміщених осіб та впровадження довгострокових рішень щодо внутрішнього переміщення на період до 2020 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 листопада 2017 р. № 909-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/909-2017-p#Text>

2018 р. відповідальність за матеріальну чи нематеріальну шкоду, завдану Україні внаслідок збройної агресії Російської Федерації, покладається на Російську Федерацію відповідно до принципів і норм міжнародного права (ст. 2).

Важливими віхами у боротьбі із російською агресією слід визнати перемогу України в ЄСПЛ у 2017 та 2018 рр. у двох справах – «Хлебнік проти України»⁸⁶⁸ та «Цезар та інші проти України»⁸⁶⁹. Відповідно до змісту цих рішень Суду *Україна не несе відповідальності за дотримання і захист прав і свобод людини на території, що наразі їй непідконтрольна*.

Водночас держава, не маючи можливості захисту осіб, що перебувають під її юрисдикцією, від порушень їх основоположних прав людини внаслідок бойових дій, на виконання своїх позитивних зобов'язань має запровадити ефективні механізми захисту та відновлення порушених прав осіб, у тому числі компенсації за завдану шкоду. Також Україна зобов'язана вживати всіх необхідних заходів, спрямованих на оцінку всіх завданих збройною агресією збитків та їх відшкодування Російською Федерацією у порядку притягнення її до міжнародно-правової відповідальності згідно з міжнародним правом⁸⁷⁰.

Міжнародні документи передбачають і гарантують принцип непорушності права власності на майно, що знаходиться на території збройного конфлікту, а також передбачають право на компенсацію або реституцію зруйнованого чи пошкодженого майна. Серед таких документів – Конвенція про захист цивільного населення під час

⁸⁶⁸ Справа «Хлебнік проти України»: рішення Європейського Суду з прав людини від 25 липня 2017 р. URL: <https://rm.coe.int/case-of-khlebnik-v-ukraine-1-ukr-ed/1680738311>

⁸⁶⁹ Справа «Цезар та інші проти України»: рішення Європейського Суду з прав людини від 13 лютого 2018 р. URL: <http://khpg.org/index.php?id=1518702168>

⁸⁷⁰ Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2019 рік. Київ, 2020. С. 112.

війни 1949 р.⁸⁷¹; Керівні принципи ООН з питань внутрішнього переміщення, розроблені і затверджені Комісією ООН з прав людини у 1998 р. (всього їх 30)⁸⁷²; Принципи ООН з питань реституції житла і майна біженців та переміщених осіб («Принципи Пін'єйру», названі так відповідно до прізвища основного автора документа), ухвалені 2005 р.⁸⁷³; Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1708 «Вирішення майнових питань біженців і внутрішньо переміщених осіб», 2010 р.⁸⁷⁴.

Наприклад, зазначена Резолюція ПАРЕ № 1708 (2010) закликає гарантувати вчасне й ефективне відшкодування втраченого доступу та прав на житло, землю і майно, залишені біженцями або внутрішньо переміщеними особами, не очікуючи на результати переговорів щодо вирішення збройних конфліктів або статусу певної території (п. 10.1).

Відповідно до ст. 12 Закону «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р. змінена територіальна підсудність судових справ, підсудних судам, розташованим на території Криму та м. Севастополя.

⁸⁷¹ Конвенція про захист цивільного населення під час війни (Женева, 12 серпня 1949 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text

⁸⁷² Керівні принципи ООН з питань внутрішнього переміщення. 26 с. URL: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IDPersons/GPUkrainian.pdf>

Посилання на зазначені принципи містить «Стратегія інтеграції внутрішньо переміщених осіб та впровадження довгострокових рішень щодо внутрішнього переміщення на період до 2020 року», яка була схвалена Кабінетом міністрів України ще 15 листопада 2017 р. Тобто наша держава мала намір узгодити законодавство з Керівними принципами ООН, але, на жаль, поки що цього не зробила.

⁸⁷³ Принципы ООН по вопросам реституции жилья и имущества беженцев и перемещенных лиц, приняты 28 июня 2005 г. 22 с. URL: <https://www.refworld.org.ru/category.LEGAL.CESCR...5538ff744.0.html>

⁸⁷⁴ Вирішення майнових питань біженців і внутрішньо переміщених осіб: Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи 2010 р. № 1708. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Rezolycia_PARE.pdf

Підлягають розгляду, зокрема, цивільні справи за позовами: що виникають з приводу нерухомого майна в Криму; про стягнення аліментів з мешканця півострова, який отримав паспорт громадянина РФ; щодо прийняття спадщини спадкоємцями; що виникають з договорів перевезення вантажів, пасажирів, багажу, пошти.

Часом виникає питання щодо доцільності розгляду таких справ, адже виконати рішення українських судів на території Криму наразі неможливо, оскільки легітимні суб'єкти владних повноважень півострова не діють, а ті, що діють, не належать до юрисдикції України. Але подібне розуміння ситуації принаймні видається спірним.

Виконання таких судових рішень можливе, зокрема, за допомогою міжнародних договорів, укладених між Росією та Україною. Тобто, якщо суд України (в цивільній, господарській чи кримінальній справі) ухвалив рішення, яке підлягає виконанню на території іншої держави, стягувач може звернутися до компетентного органу цієї держави з клопотанням про примусове виконання зазначеного рішення. Так, Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, прийнята у м. Мінську 22 січня 1993 р.⁸⁷⁵, передбачає можливість визнання та виконання судових рішень, ухвалених у цивільних і сімейних справах, а також вироків у частині цивільного позову. Конвенція діє на території СНД, зокрема в Азербайджані, Білорусі, Вірменії, Казахстані, Киргизстані, Молдові, Таджикистані, Туркменістані, Узбекистані та, звичайно, Росії. Отже, на території співдружності застосовуються однакові правила щодо визнання і виконання рішень, ухвалених судами однієї з цих держав, на території інших. Україна ратифікувала зазначену Конвенцію 10 листопада 1994 р. Також у 1992 р. Україна приєдналася до Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, прийнята у м. Мінську 22 січня 1993 р. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/997_009

⁸⁷⁶ Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, ратифікована Україною 20 березня 1992 р. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/997_076

Необхідно наголосити, що у багатьох країнах-учасницях Мінської конвенції господарські спори не розглядаються ізольовано від цивільних, тому зазвичай під терміном «цивільні справи» розуміють і «господарські справи» та, відповідно, правова допомога щодо цивільних справ включає в себе й господарські справи. Водночас необхідно пам'ятати, що звернення до державних органів РФ про виконання таких рішень українських судів фактично свідчитиме про визнання юрисдикції РФ на території Криму. Тому варто добре зважити всі можливі варіанти, перш ніж використовувати цей механізм захисту свого права чи інтересу.

Змінили територіальну підсудність також і суди, що знаходилися в зоні АТО, а нині ООС. Так, 12 серпня 2014 р. був ухвалений Закон України «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку із проведенням антитерористичної операції»⁸⁷⁷, який і визначив особливості і можливості здійснення правосуддя на фактично окупованій території Сходу України.

Загалом необхідно відзначити, що триває кропітка і поступальна діяльність органів державної влади різних рівнів, органів місцевого самоврядування та окремих громадян і організацій, вживаються посилені заходи, спрямовані на розв'язання окреслених тут і багатьох інших новопосталих проблем.

На нашу думку, *новопосталі* цивільно-правові проблеми в аспекті проведеного дослідження – це актуальні явища (події, факти, діяльність), зумовлені такими ворожими діями Російської Федерації проти України, як агресія, тимчасова окупація частини нашої території, анексія Криму. Найявність зазначених проблем викликає утворення нової політико-правової, економічної та соціальної реальності, що загалом безпосередньо впливає на функціонування інститутів державної влади, органів місцевого самоврядування, життя, здоров'я, права й інтереси кожної людини.

⁸⁷⁷ Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку із проведенням антитерористичної операції: Закон України від 12 серпня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 39. Ст. 2009.

Ці проблеми мають враховуватися, серед інших напрямів діяльності, також у межах правової політики держави, і звісно – цивільно-правової політики. Про актуальну необхідність її розроблення та реалізації свідчить однозначне розуміння аналізованої ситуації: Президентом України (до компетенції Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим, у взаємодії з іншими органами, віднесено, зокрема, «розроблення **стратегічних програмних документів** з питань деокупації та реінтеграції в Україну тимчасово окупованої території»)⁸⁷⁸; Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини – «У зв'язку зі збройним конфліктом на сході та окупацією частини території України перед державою постало завдання **стратегічного планування** дій у сфері захисту прав осіб, які постраждали від тимчасової окупації»⁸⁷⁹ (виділено нами – Л. М.).

Серед основних рекомендацій, що визначені ЄС українським органам державної влади, – розроблення чіткої, уніфікованої, фінансово сталої та **комплексної стратегії** для внутрішньо переміщених осіб, яка врахує їх поточні потреби та довгострокову інтеграцію⁸⁸⁰.

Таким чином, ми зосередили увагу на окремих, найбільш виразних проблемах приватноправового характеру, зумовлених агресією РФ проти України і які належать до предмета цивільного права та цивільно-правової політики. Вони мають дати загальне уявлення про жахливі секторальні наслідки війни. У наступній частині праці

⁸⁷⁸ Питання Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим: Указ Президента України від 17 жовтня 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/758/2019#n23>

⁸⁷⁹ Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2019 рік. Київ, 2020. С. 105.

⁸⁸⁰ Про схвалення Стратегії інтеграції внутрішньо переміщених осіб та впровадження довгострокових рішень щодо внутрішнього переміщення на період до 2020 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 листопада 2017 р. № 909-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/909-2017-p#Text>

йтиметься про наявний арсенал протидії ворогові та необхідність вжиття можливих заходів цивільно-правового характеру щодо усунення наслідків тимчасової окупації та анексії частини території України.

6.2. Актуальні національно- та міжнародно-правові засоби протидії російській агресії: цивільно-правовий напрям

Окупація і наступна анексія Криму, війна на Сході України – це втрачене життя багатьох тисяч наших співвітчизників, зламанні долі, завдані збитки. Через збройний конфлікт на сході Україна втрачає щодня \$ 5 млн, які могли б бути спрямовані на внутрішні інвестиції, заявив президент України П. О. Порошенко на саміті ООН зі сталого розвитку в Нью-Йорку (вересень 2015 р.)⁸⁸¹. Свого часу академік НАН України В. П. Горбулін, презентуючи монографію авторського колективу «Донбас і Крим: ціна повернення»⁸⁸² у грудні 2015 р., зазначив: «Думка про те, що в Криму ми втратили лише рекреаційний потенціал – не більше, ніж міф. У тих же цінах 2014 року збитки від анексії Криму перевищили 1 трлн 200 млрд грн... В цілому, за час неоголошеної війни Україна втратила близько 20% економічного потенціалу»⁸⁸³.

На державу чекає тивалий і непростий період відродження, зокрема і шляхом підрахунку та стягнення шкоди з РФ у зв'язку з її неправомірними діями на території України.

⁸⁸¹ Кожен день війни на Донбасі коштує Україні \$5 млн – Порошенко. URL: <https://ua.interfax.com.ua/news/general/292822.html>

⁸⁸² Донбас і Крим: ціна повернення: монографія. За заг. ред. В. П. Горбуліна, О. С. Власюка, Е. М. Лібанової, О. М. Ляшенко. К.: НІСД, 2015. 474 с.

⁸⁸³ За час війни Україна втратила 20% економічного потенціалу. – Горбулін. URL: https://galinfo.com.ua/news/za_chas_viyny_ukraina_vtratyla_20_ekonomichnogo_potentsialu__gorbulin_213620.html

Проблеми, пов'язані із встановленням наслідків агресії РФ щодо України, питання щодо порядку і розміру відшкодування завданих збитків нашій державі та її громадянам, є надзвичайно складними, допускають можливість неоднакового розуміння, і саме тому потребують актуалізації на всіх рівнях влади. Ми не беремося за однозначне розв'язання зазначених проблем, усвідомлюємо нереальність виконання такого завдання однією людиною, та ще й у режимі приватної ініціативи. Наша мета у цій частині дослідження – з урахуванням загостреної раніше уваги до окремих проблемних питань політико-правової спрямованості, пов'язаних з агресією РФ проти України, спробувати віднайти можливі шляхи їх вирішення. Як не дивно, за умов російської агресії проблема власне правової політики, зокрема цивільно-правової політики, у вітчизняній юридичній літературі розглядається вперше.

Маємо глибоке переконання в тому, що зазначена проблематика безпосередньо пов'язана зі спеціальністю 12.00.03 – цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право (та відповідає паспорту цієї спеціальності) і, звісно, належить до предмета нашого дослідження. Поза всяким сумнівом, для вироблення стратегічного бачення шляхів подолання наслідків агресії РФ вкрай необхідно мати ґрунтовні політико-правові орієнтири.

У відповідь на політичну ситуацію, що склалася в Україні, ухвалено низку нормативно-правових актів (різної юридичної сили), спрямованих проти російської агресії і стосуються, зокрема, приватноправових відносин. Серед основних варто назвати передусім такі:

Закони України – «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р., «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції» від 12 серпня 2014 р., «Про санкції» від 14 серпня 2014 р., «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» від 2 вересня 2014 р., «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» від 16 вересня 2014 р., «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо

переміщених осіб» від 20 жовтня 2014 р., «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території України» від 4 лютого 2016 р., «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» від 18 січня 2018 р.;

постанови Верховної Ради України – «Про Заяву Верховної Ради України щодо гарантії прав кримськотатарського народу у складі Української Держави⁸⁸⁴» від 20 березня 2014 р., «Про Заяву Верховної Ради України “Про відсіч збройній агресії Російської Федерації та подолання її наслідків”» від 21 квітня 2015 р., «Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України» від 11 грудня 2014 р., «Про Звернення Верховної Ради України до Організації Об’єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором» від 27 січня 2015 р., «Про Заяву Верховної Ради України “Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій “ДНР” та “ЛНР”, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян”» від 4 лютого 2015 р., «Про визнання окремих районів,

⁸⁸⁴ *Примітка.* Слід пам’ятати, що Українська Держава, Гетьманат – назва держави за гетьмана Павла Скоропадського; існувала з 29 квітня по 14 грудня 1918 р. Див., зокрема: Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 1: А–Г. Київ, 1998. С. 585–586.

Очевидно, використання термінології у законодавчих актах потребує врахування державотворчих процесів в історичному аспекті. Українська Держава – це одна із форм української державності, створеної під час Української революції 1917 – 1921 років (інші форми – Українська Народна Республіка, Західно-Українська Народна Республіка).

міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей тимчасово окупованими територіями» від 17 березня 2015 р.;

укази Президента України – «Про введення в дію рішення Ради національної безпеки і оборони України від 4 листопада 2014 року “Про невідкладні заходи щодо стабілізації соціально-економічної ситуації в Донецькій та Луганській областях”» від 14 листопада 2014 р. № 875/2014, «Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» від 2 січня 2015 р. № 5/2015, «Питання Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим» від 20 січня 2016 р. № 16, «Питання Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим» від 17 жовтня 2019 р. № 758/2019;

постанови Кабінету Міністрів України – «Про затвердження Порядку виплати пенсії та надання соціальних послуг громадянам України, які проживають на території Автономної Республіки Крим та м. Севастополя» від 2 липня 2014 р., «Про затвердження Порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї» від 4 червня 2015 р., «Про затвердження Порядку надання статусу дитини, яка постраждала внаслідок воєнних дій та збройних конфліктів» від 5 квітня 2017 р., «Про внесення змін до Порядку підтвердження факту народження дитини поза закладом охорони здоров'я» від 6 грудня 2017 р.;

розпорядження Кабінету Міністрів України – «Про затвердження плану заходів з виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України та Стратегії сталого розвитку “Україна – 2020” у 2015 році» від 4 березня 2015 р., «Державна цільова програма відновлення та розбудови миру в східних регіонах України» від 31 серпня 2016 р., «Про схвалення Стратегії інтеграції внутрішньо переміщених осіб та впровадження довгострокових рішень щодо внутрішнього переміщення на період до 2020 року» від 15 листопада 2017 р., «Про затвердження плану заходів, спрямованих на реалізацію деяких засад державної внутрішньої політики щодо тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та м. Севастополя» від 28 березня 2018 р., «Про схвалення Стратегії інформаційної реінтеграції Автономної Республіки Крим та м. Севастополя» від від 27 грудня 2018 р.

Окремо потрібно зазначити й про *Мінські домовленості (Мінські угоди)*. Це пакет документів, узгоджених лідерами Німеччини, Франції, Росії та України і скріплених підписами, уповноваженими ними осіб у Мінську: 1) Протокол Тристоронньої контактної групи від 5 вересня 2014 р.; 2) Меморандум Тристоронньої контактної групи і представників ОРДЛО, тобто окремих районів Донецької і Луганської областей від 19 вересня 2014 р.; 3) Комплекс заходів щодо виконання Мінських домовленостей; 4) «Декларація» лідерів Німеччини, Росії, України і Франції від 12 лютого 2015 р., якою підтриманий зазначений «Комплекс заходів».

Слушним було створення Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України (Мінреінтеграції) – первісно утвореного 20 квітня 2016 р. під назвою Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України (МТТОТ) шляхом злиття Державного агентства з питань відновлення Донбасу і Державної служби з питань Автономної Республіки Крим та міста Севастополя⁸⁸⁵; перейменовано (набуло теперішньої назви) на підставі постанови КМ України від 11 березня 2020 р. № 212⁸⁸⁶. Це – головний орган у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику з питань тимчасово окупованих територій у Донецькій і Луганській областях та тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим і міста Севастополя.

У своїй діяльності Мінреінтеграції тісно співпрацює з іншими органами державної влади, зокрема з Комітетом Верховної Ради України з питань прав людини, деокупації та реінтеграції тимчасово

⁸⁸⁵ Див.: Питання діяльності Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб: Постанова Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2016 р. № 299. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/299-2016-p#Text>

⁸⁸⁶ Див.: Деякі питання оптимізації системи центральних органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 р. № 212. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/deyaki-pitannya-optimizaciyi-sistem110320emi-centralnih-organiv-vikonavchoyi-vladi>

окупованих територій у Донецькій, Луганській областях та Автономної Республіки Крим, міста Севастополя, національних меншин і міжнаціональних відносин; з Представництвом Президента України в Автономній Республіці Крим.

Першим суттєвим кроком у сфері законодавчого врегулювання ситуації, що виникла в Криму після його анексії, слід визнати ухвалення Закону України «Про забезпечення прав і свобод та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р. (далі – Закон від 15 квітня 2014 р.)⁸⁸⁷. Очевидно, він став концептуальною відповіддю на численні виклики, адресовані жителям Криму, іншим співвітчизникам та владі: що буде з українським громадянством кримчан, власністю, заблокованими банківськими заощадженнями, пенсіями, освітою, документами? Як далі жити?

Зокрема, у ст. 9 Закону від 15 квітня 2014 р. зазначено, що будь-які органи, їх посадові та службові особи на тимчасово окупованій території та їх діяльність вважаються незаконними, якщо ці органи або особи створені, обрані чи призначені у порядку, не передбаченому законом. Також будь-який акт (рішення, документ), виданий такими органами та/або особами, є недійсним і не створює правових наслідків. Таким чином, припинення права власності за рішенням органів, які фактично здійснюють владні функції в Криму (у тому числі й відповідні рішення «судів Криму»), згідно з українським законодавством є незаконними і не породжують тих правових наслідків, про які в них ідеться.

Відповідно до ст. 11 цього Закону на тимчасово окупованій території право власності охороняється згідно із законодавством України. За державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами, державними органами, органами місцевого самоврядування та іншими суб'єктами публічного права зберігається право власності та інші речові права на майно,

⁸⁸⁷ Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Закон України від 15 квітня 2014 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1207-18>

у тому числі на нерухоме майно, включаючи земельні ділянки, що знаходиться на тимчасово окупованій території. При цьому право власності та інші речові права на майно, зокрема на нерухоме майно, включаючи земельні ділянки, що знаходиться на тимчасово окупованій території (якщо воно набуто відповідно до законів України) зберігається за фізичними особами, незалежно від набуття ними статусу біженця чи іншого спеціального правового статусу, підприємствами, установами, організаціями.

Порядок набуття та припинення права власності на нерухоме майно, яке знаходиться на тимчасово окупованій території, визначається законодавством України за межами тимчасово окупованої території. Якщо здійснення державним реєстратором повноважень щодо державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень на тимчасово окупованій території є неможливим, орган державної реєстрації визначається Кабінетом Міністрів України.

Будь-який правочин щодо нерухомого майна, який вчиняється на тимчасово окупованій території, у тому числі щодо земельних ділянок, вчинений з порушенням положень українського законодавства, вважається недійсним з моменту вчинення і не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю.

Окремо наголошується, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, що знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони, які є об'єктами права власності Українського народу, військове майно, майно державних органів, державних підприємств, установ та організацій, що знаходяться на тимчасово окупованій території і є власністю держави Україна, не можуть переходити у власність інших держав, юридичних або фізичних осіб в інший спосіб, ніж передбачений законами України.

Важливим положенням Закону від 15 квітня 2014 р. є окреслення меж тимчасово окупованої території:

«1. Для цілей цього Закону тимчасово окупованою територією визначається:

1) сухопутна територія Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, внутрішні води України цих територій;

2) внутрішні морські води і територіальне море України навколо Кримського півострова, територія виключної (морської) економічної зони України вздовж узбережжя Кримського півострова та прилеглого до узбережжя континентального шельфу України, на які поширюється юрисдикція органів державної влади України відповідно до норм міжнародного права, Конституції та законів України;

3) надра під територіями, зазначеними у пунктах 1 і 2 цієї частини, і повітряний простір над цими територіями» (ст. 3).

Важливим є ухвалення Закону України «Про санкції» від 14 серпня 2014 р.⁸⁸⁸. Метою цього Закону є захист національних інтересів, національної безпеки, суверенітету, територіальної цілісності України, протидії терористичній діяльності. Ним встановлено перелік санкцій, які мають застосовуватися на міждержавному і національному рівнях щодо іноземної держави, іноземної юридичної особи, юридичної особи, яка знаходиться під контролем іноземної фізичної чи юридичної особи – нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність. Ухвалення Закону покликано створити механізм невідкладного та ефективного реагування на наявні й потенційні загрози національним інтересам і безпеці.

На особливу увагу заслуговує ст. 4 цього Закону, в якій передбачена можливість застосування таких видів санкцій: блокування активів, обмеження торговельних операцій; обмеження, часткове чи повне припинення транзиту ресурсів, польотів і перевезень територією України; запобігання виведенню капіталів за межі України; зупинення виконання економічних і фінансових зобов'язань; анулювання або зупинення ліцензій та інших дозволів, одержання (наявність) яких є умовою для здійснення певного виду діяльності, зокрема анулювання чи зупинення дії спеціальних дозволів на

⁸⁸⁸ Про санкції: Закон України від 14 серпня 2014 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1644-18>

Див. також: Політика щодо Криму. Рекомендації (посібник). За заг. ред. Ю. Тищенко. Київ: ТОВ «Агентство «Україна», 2018. 88 с.

користування надрами; заборона участі у приватизації, оренді державного майна резидентами іноземної держави та особами, які прямо чи опосередковано контролюються резидентами іноземної держави або діють в їх інтересах; заборона здійснення публічних та оборонних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб-резидентів іноземної держави державної форми власності та юридичних осіб, частка статутного капіталу яких знаходиться у власності іноземної держави, а також публічних та оборонних закупівель у інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно з цим Законом; заборона або обмеження заходження іноземних невійськових суден та військових кораблів до територіального моря України, її внутрішніх вод, портів та повітряних суден до повітряного простору України або здійснення посадки на території України; повна або часткова заборона вчинення правочинів щодо цінних паперів; заборона видачі дозволів, ліцензій Національного банку України на здійснення інвестицій в іноземну державу, розміщення валютних цінностей на рахунках і вкладах на території іноземної держави; припинення дії торговельних угод, спільних проєктів і промислових програм у певних сферах, зокрема у сфері безпеки та оборони; заборона передавання технологій, прав на об'єкти права інтелектуальної власності».

І цей перелік не є вичерпним. Вважаємо, що все із переліченого має бути негайно запроваджено в Україні щодо російської держави, її громадян та юридичних осіб – відповідно до цього Закону. Загалом Україна, слідом за санкціями світової спільноти, ввела санкції проти 105 російських юридичних осіб та 388 фізичних осіб з Росії та України (здебільшого на окупованих територіях в Донбасі та в Криму). До переліку включені авіаційні компанії РФ, суднобудівні, банківські установи, військово-промислові центри і телеканали, причетні до окупації Криму і Донбасу⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ Санкции Украины против России: полный список компаний и персон. URL: http://news.liga.net/articles/politics/6653460-sanktsii_ukrainy_protiv_moskvy_polnyy_spisok_kompaniy_i_person.htm

У грудні 2014 р. Україна, відповідно до ст. 29 Повітряного кодексу України, застосувала фінансові санкції у вигляді штрафу до 27 російських авіакомпаній на суму близько 300 млн грн. за порушення повітряного простору анексованого Криму⁸⁹⁰.

Важливе значення мають однойменні укази Президента України «Питання Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим» (від 20 січня 2016 р.⁸⁹¹ та від 17 жовтня 2019 р.⁸⁹²). Метою діяльності зазначеного Представництва є, зокрема, «забезпечення додержання конституційних прав і свобод громадян України, які проживають на тимчасово окупованій території – в Автономній Республіці Крим та місті Севастополі – або переселилися з тимчасово окупованої території і перебувають в інших регіонах України, створення належних умов для роботи Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим, у тому числі з виконання заходів, спрямованих на відновлення територіальної цілісності України, деокупацію і реінтеграцію Автономної Республіки Крим та міста Севастополя».

У Верховній Раді України неодноразово робилися спроби ухвалити законопроект про націоналізацію російського майна. Однак їх логічного завершення не відбулося, відповідного закону досі не існує.

Свого часу Український уряд також розглядав можливість відшкодування частини втраченого в Криму майна шляхом відчуження майна і коштів, зокрема, російських банків та компаній на території України. Так, на початку червня 2014 р. Мін'юст звернувся з

⁸⁹⁰ Украина оштрафовала 27 российских авиакомпаний за полеты в Крым. URL:

<http://apostrophe.com.ua/news/business/2014-12-17/ukraina-oshtrafovala-27-rossiyskih-aviakompaniy-za-poletyi-v-kryim/10078>

⁸⁹¹ Питання Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим: Указ Президента України від 20 січня 2016 р. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/162016-19735>

⁸⁹² Питання Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим: Указ Президента України від 17 жовтня 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/758/2019#n23>

пропозицією до Генеральної прокуратури України розглянути можливість арешту та відчуження на користь України російського державного майна як компенсації збитків за анексію РФ Криму. Серед активів, які Україна могла б реквізувати на своїй території, зокрема такі підприємства, як «Енергостандарт», «Донецьксталь», «Запоріжсталь», Миколаївський глиноземний завод, Південний гірничозбагачувальний комбінат, оператори мобільного зв'язку «Київстар» і «МТС-Україна», а також «Сбербанк Росії», «Альфа-Банк» і «Промінвестбанк». Загалом майже в кожній десятій з 200 найбільших компаній в Україні є частка російського капіталу⁸⁹³. В Україні доля російських банків у банківській системі в кінці 2014 р. становила приблизно 12%⁸⁹⁴.

І поки Україна розмірковувала, Росія діяла. Так, ще 2 квітня 2014 р. В. Путін підписав Закон «Про захист інтересів фізичних осіб, які мають вклади у банках та відокремлених структурних підрозділах банків, зареєстрованих і (або) діючих на території Республіки Крим і на території міста федерального значення Севастополя»⁸⁹⁵. Цим актом передбачена, зокрема, можливість компенсації вкладів в українських банках жителів Криму шляхом продажу державного майна України, розташованого на території Криму.

Тимчасом спірною видається позиція окремих вітчизняних фахівців про те, що варто на рівні із націоналізацією державного майна РФ, що знаходиться на території України, застосовувати націоналізацію приватного майна громадян РФ на території України.

⁸⁹³ Чи вдасться Україні націоналізувати російське майно? URL: <http://www.radiosvoboda.org/content/article/27051870.html>

⁸⁹⁴ Доля банков России в банковской системе Украины выросла до 12%. URL: <http://delo.ua/finance/dolja-bankov-rossii-v-bankovskoj-sisteme-ukrainy-vyroslo-do-12-294854/>

⁸⁹⁵ Федеральный Закон «О защите интересов физических лиц, имеющих вклады в банках и обособленных структурных подразделениях банков, зарегистрированных и (или) действующих на территории Республики Крым и на территории города федерального значения Севастополя» от 2 апреля 2014 г. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102348704&rdk=&backlink=1>

За такою логікою ми недалеко відійдемо від самої Росії. Водночас заслуговує на підтримку пропозиція про накладення арештів на майно РФ, компаній та осіб, причетних до окупації, як адекватну відповідь на незаконне захоплення українського майна. Українські правоохоронні органи змогли б використати процедуру спеціальної конфіскації майна. При цьому йдеться як про суто державні компанії, так і про компанії, державна частка яких становить 25% і вище. Заарештованим може бути російське державне майно не лише на території України, а і майно, що належить Росії за межами України (за умови відповідного звернення і згідно з міжнародним правом).

Позитивно сприймається діяльність уряду щодо використання квазісудових засобів компенсації збитків щодо аеропортів і морських портів. Зокрема, Україна звернулася зі скаргами до Міжнародної організації цивільної авіації (ICAO) і міжнародного морського арбітражу. Зафіксовано понад 3360 фактів порушень російськими компаніями нашого авіаційного простору, у зв'язку із чим нараховано штрафні санкції – щодня це близько 1 млн дол., загальна сума понад 200 млн грн. Аналогічні процедури здійснюються щодо морських портів у зв'язку з неможливістю користуватися ними. Ще раз акцентуємо, що уряд має на увазі плату за конфісковане державне майно, наприклад, «Чорноморнафтогаз» і газопроводи, державні банки та державні підприємства, зокрема виноробні підприємства, курорти й оздоровниці, порти і кораблі, військові частини та аеропорти. І найцінніше – кримська земля, найголовніша державна власність у Криму. Фахівці з національного та міжнародного права вважають, що юридично Росія ще має платити і за кожен день анексії (та упродовж всього періоду тимчасової окупації) державної землі Криму як за незаконне володіння нею⁸⁹⁶.

Значної шкоди завдано Україні у морський галузі. Через анексію Криму Україна в 2014 р. втратила п'ять морських торговельних портів – Керченський, Севастопольський, Феодосійський,

⁸⁹⁶ Уряд подав за анексію Криму позов на 1,2 трлн грн, але забув про землю. URL: http://gazeta.dt.ua/LAW/uryad-podav-za-aneksiyu-krimu-pozov-na-1-2-trln-grn-ale-zabuv-pro-zemlyu-_.html

Ялтинський та Євпаторійський. Кроком у відповідь на дії РФ стало офіційне визнання Україною АР Крим і м. Севастополя окупованими територіями і як наслідок – закриття нашою країною кримських портів для міжнародного судноплавства. Ця заборона неодноразово порушувалася іноземними судновласниками. Зокрема, за даними МЗС України, з кінця липня і до 10 грудня 2014 р. було зафіксовано заходження 99 суден до Криму під прапорами іноземних держав, лєвова частка яких – російські. У зв'язку з порушенням норм міжнародного судноплавства Генеральною прокуратурою України порушено 70 кримінальних проваджень. Станом на 9 квітня 2015 р. Україна затримала шість суден цивільного флоту під прапорами Росії, Молдови, Мальти і Тувалу (на двох із них – накладено арешт). Ці кораблі заходили в ліквідовані морські порти окупованого Криму, чим порушили режим окупованої території та суверенітет України⁸⁹⁷. Така практика захисту Україною своїх прав та державного суверенітету є виправданою. Саме так, наступально і відповідно до національного законодавства і міжнародного права, потрібно діяти у подальшому.

Окрім втрати чорноморських портів, агресор створює чутливі проблеми в іншому морі. У цілому (станом на кінець 2019 р.), внаслідок незаконної блокади Росією судноплавства в Азовському морі наприкінці 2018 р., завдана матеріальна шкода становить близько 10 млрд грн. Нині, через наявну ситуацію і щоб уникнути збитків, судновласники переорієнтовують свої вантажі в порти, розташовані в акваторії Чорного моря. Вони неохоче надають у фрахт свої судна, оскільки розуміють ризик збитків у разі можливого простою судна. Тому їм набагато простіше працювати в акваторії Чорного моря з іншими портами, ніж з азовськими⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ Україна затримала російський танкер ємністю понад 4,5 тисяч тонн, який заходив у порт Криму. URL: <http://www.unian.ua/politics/1066095-ukrajina-zatrimala-rosiyskiy-tanker-umnisty-ponad-45-tisyach-tonn-yakiy-zahodiv-u-port-krimu-deputat.html>

⁸⁹⁸ Через блокаду Азовського моря Україна втратила 10 млрд грн. URL: <http://agro-business.com.ua/agrobusiness/item/12854-cherez-blokadu-azovskoho-moria-ukraina-vtratyla-10-mlrd-hrn.html>

Колишній представник президента України в Криму Б. В. Бабін слушно зазначив, що Мінські угоди не встановлюють статусу кордону по морю. Окуповані території виходять на Азовське море. І хоча там немає великих індустріальних портів, однак наявні причали та пристані. А в РФ є достатня кількість малого флоту для того, щоб перевозити там як цивільні, так і військові вантажі у необмеженій кількості. Не один рік обговорюється питання щодо необхідності здійснення моніторингу ситуації у морських водах України. Однак підтримки, зокрема з боку місії ОБСЄ в Україні, наразі немає⁸⁹⁹.

У 2016 р. Україна подала до Постійної палати Міжнародного третейського суду (ППТС) позов проти РФ про порушення останньою Конвенції ООН з морського права, а в лютому 2018 р. – відповідний меморандум. У позові йдеться, зокрема, про вимоги України в аспекті Азовського моря і Керченської протоки та стосовно привласнення РФ інших природних ресурсів у цьому регіоні. 22 травня 2019 р. Росія подала до Міжнародного трибуналу свої заперечення щодо наявності у ППТС юрисдикції розглядати позов України проти РФ. У лютому 2020 р. ППТС підтвердила свою юрисдикцію розглядати позов України проти Росії про порушення Москвою Конвенції ООН з морського права (UNCLOS)⁹⁰⁰.

Росія постійно вигадує нові шляхи і способи, аби уникнути міжнародних санкцій. 22 квітня 2020 р. Комітет з питань зовнішньої політики та міжпарламентського співробітництва на своєму засіданні одноголосно ухвалив текст «Звернення Комітету Верховної Ради України з питань зовнішньої політики та міжпарламентського співробітництва до національних парламентів іноземних держав, міжнародних організацій та їхніх парламентських асамблей щодо

⁸⁹⁹ *Сергушев Михаил*. Украина вернет Крым и Донбасс, а Россию ждет развал – Борис Бабин. ФАКТЫ. 4 ноября 2019. URL: <https://ukrainenews.fakty.ua/323064-ukraina-vernet-krym-i-donbass-a-rossiyu-zhdet-razval-boris-babin>

⁹⁰⁰ Арбітраж в Гаазі визнав юрисдикцію у позові України проти Росії. URL: <https://www.dw.com/uk/арбітраж-у-гаазі-визнав-юрисдикцію-у-позові-україни-проти-росії/a-52470011>

спроб Російської Федерації домогтися послаблення або скасування міжнародних санкцій, запроваджених у відповідь на збройну агресію Російської Федерації проти України, під приводом боротьби з пандемією COVID-19».

У Зверненні Комітет, зокрема, закликав міжнародну спільноту: протидіяти дезінформації та спробам Російської Федерації уникнути під приводом боротьби з пандемією COVID-19 відповідальності за грубі порушення міжнародного права, що досі тривають; сприяти подальшому дотриманню міжнародним співтовариством чіткої позиції: єдина легітимна підстава для скасування санкцій – це припинення Російською Федерацією збройної агресії проти України та деокупація тимчасово окупованих територій України; реагувати на нові випадки порушень міжнародного права зі сторони Російської Федерації, зазіхання на суверенітет і територіальну цілісність України та інших держав посиленням тиску на державу-агресора і запровадженням нових санкцій та обмежувальних заходів⁹⁰¹.

Серед інших національно-правових засобів протидії агресору, що застосовуються Україною, варто відзначити створення Кабінетом Міністрів України міжвідомчої робочої групи з питань відшкодування втрат, завданих тимчасовою окупацією частини території України⁹⁰² та Комітету з питань застосування санкцій до осіб, що підтримують

⁹⁰¹ Звернення Комітету Верховної Ради України з питань зовнішньої політики та міжпарламентського співробітництва до національних парламентів іноземних держав, міжнародних організацій та їхніх парламентських асамблей щодо спроб Російської Федерації домогтися послаблення або скасування міжнародних санкцій, запроваджених у відповідь на збройну агресію Російської Федерації проти України, під приводом боротьби з пандемією COVID-19. URL: http://komzak.rada.gov.ua/news/main_news/73682.html

⁹⁰² Про утворення міжвідомчої робочої групи з питань відшкодування втрат, завданих тимчасовою окупацією частини території України: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2014 р. № 343. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/343-2014-%D0%BF>

і фінансують тероризм в Україні⁹⁰³. Водночас варто погодитись із О. Чалим та О. Малиновським, які вважають, що наявність двох консультативно-дорадчих органів з різним персональним складом створює ризик неузгодженості та зниження ефективності заходів, які можуть бути застосовані у відповідь на російську агресію⁹⁰⁴. Особливо це стосується останнього органу – вважаємо недоцільним існування Комітету з питань застосування санкцій до осіб, що підтримують і фінансують тероризм в Україні.

Навесні 2014 р., після так званого «приєднання» півострова до РФ, влада України звернулася до ЄСПЛ з позовом про відшкодування збитків. Важливо розуміти, що йдеться не про вартість анексованого Криму, а саме про відшкодування збитків, завданих Україні та її громадянам внаслідок анексії Криму. Сума цього позову перевищила один трильйон гривень (за тодішнім курсом – понад 45 мільярдів доларів). Дотепер у ЄСПЛ перебувають 5 позовів України у зв'язку з анексією Криму і можливою причетністю Росії до фінансування тероризму на Донбасі; порушенням прав людини на території Криму (внаслідок анексії) та на окремих територіях Донецької та Луганської областей; щодо фактів викрадення на території Донецької та Луганської областей дітей-сиріт та дітей-інвалідів представниками «ДНР», «ЛНР» і їх незаконне переміщення на територію РФ; порушення Росією прав українських політв'язнів.

16 січня 2017 р. Україна подала позов проти РФ до Міжнародного суду ООН у Гаазі. Він пов'язаний із порушенням Москвою Конвенції ООН про боротьбу із фінансуванням тероризму та Конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації. З 6 по 9 березня 2017 р. відбулися попередні слухання у цій справі. Україна вимагає засудити

⁹⁰³ Про утворення Комітету з питань застосування санкцій до осіб, що підтримують і фінансують тероризм в Україні: Постанова Кабінету Міністрів України від 23 липня 2014 р. № 278. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/278-2014-%D0%BF>

⁹⁰⁴ Чалий О., Малиновський О. Стратегія юридичного опору російській агресії. URL: <http://gazeta.dt.ua/internal/strategiya-yuridichnogo-oporu-rosiyskiy-agresiyi-.html>

акти тероризму у Харкові та на Донбасі, зокрема збиття 17 липня 2014 р. пасажирського літака, що виконував регулярний рейс МН17, та зобов'язати РФ виплатити компенсації, розміри яких наразі не відображено у позові. Другий блок претензій стосувався порушень прав кримських татар та інших українців з боку окупаційної влади Криму. 19 квітня 2017 р. Міжнародний суд ООН відмовив Україні у тимчасових заходах проти Росії за Конвенцією про боротьбу із фінансуванням тероризму. Водночас погодився запровадити заходи щодо захисту прав національних меншин в анексованому Криму. Суд зобов'язав РФ відновити освітній процес українською мовою і забезпечити діяльність Меджлісу. 12 червня 2018 р. Україна подала до Міжнародного суду ООН меморандум із позовом проти РФ про порушення двох зазначених вище міжнародних конвенцій⁹⁰⁵. Із червня 2019 р. тривають слухання у цій справі.

Незважаючи на зазначені міжнародні судові заходи, РФ їх ігнорує і ситуація із порушенням прав людини на непідконтрольних Україні територіях щодня лише погіршується. Так, у 2018 р. фактично закрита остання українська школа в Криму, кількість класів з українською мовою навчання скоротилася у 34 рази. У 2013/14 навчальному році українською мовою навчалося 12694 осіб. Після анексії Криму у 2014/15 навчальному році чисельність учнів зменшилася до 2154, у 2015/16 – до 949, в 2016/17 – до 371. За період від 2013 до 2017 р. кількість українських шкіл зменшилася із семи до однієї, а число українських класів – із 875 до 28. У вересні 2014 р. був закритий факультет української філології та українознавства у Таврійському національному університеті ім. В. Вернадського,

⁹⁰⁵ Пристайко – про рішення Міжнародного Суду ООН: Це справжня перемога України, верховенства права і прав людини. URL: <https://gordonua.com/ukr/news/politics/-pristajko-pro-rishennja-mizhnarodnogo-sudu-oon-tse-spravzhnja-peremoga-ukrajini-verhovenstva-prava-i-prav-ljudini-1412179.html>; Международный суд ООН признал наличие юрисдикции рассматривать спор Украины против России. URL: https://censor.net.ua/news/3158636/mejdunarodnyyi_sud_oon_priznal_nalichie_yurisdiksii_rassmatrivat_spor_ukrainy_protiv_rossii

більшість його педагогічного колективу було звільнено. Кафедри української філології, культури української мови, теорії та історії української мови були об'єднані. До кінця 2014 р. українську мову як мову викладання було виключено з вищої освіти в Криму. Українська освіта на теренах «Л/ДНР» припинила своє існування в 2014 р. Створені тоді ж, так звані «Міністерства освіти і науки» розпочали повномасштабне переформатування освіти та її переорієнтацію згідно з російськими стандартами⁹⁰⁶.

У 2017 р. Міжнародний арбітражний суд в Гаазі (Permanent Court of Arbitration) прийняв до розгляду позов нафтопереробної компанії «Укрнафта» проти Росії з метою отримати компенсацію за незаконне захоплення автозаправочних станцій компанії на території анексованого Криму. Також цей суд розглядає позов проти Росії української компанії Stabil, яка стверджує, що Росія порушила умови російсько-українського інвестиційного договору.

2 травня 2018 р. ще один Третейський суд в Гаазі ухвалив рішення щодо відповідальності РФ за порушення прав українських інвесторів: держава-агресор має відшкодувати їх компаніям збитки за анексію Криму. Сума виплат становить 159 млн доларів. Позови проти Росії подали 18 українських компаній та одна фізична особа⁹⁰⁷.

Також, відповідно до інформації станом на 23 травня 2016 р., було повідомлено, що створене на базі Державної адміністрації залізничного транспорту України («Укрзалізниця») публічне акціонерне товариство «Українська залізниця» готує позов до Росії щодо відшкодування втрат, завданих унаслідок анексії

⁹⁰⁶ *Смолій В., Якубова Л.* Історичний контекст формування проекту руский мир та практика його реалізації в Криму й на Донбасі: аналітична записка. Київ: Інститут історії України, 2018. С. 110.

Див. також: «Анексована» освіта в тимчасово окупованому Криму. Моніторинговий звіт. Київ: Укр. незалеж. центр політ. дослідж. За заг. ред. Ю. Тищенко, О. Смірнова. Київ: Агентство «Україна», 2015. 40 с.

⁹⁰⁷ Суд в Гаазі об'язав Росію возместит українским компаниям убытки, связанные с аннексией Крыма. URL: <https://112.ua/glavnye-novosti/sud-v-gaage-obyazal-rossiyu-vozmestit-ukrainskim-kompaniyam-ubytki-sv-yazannye-s-anneksiey-kryma-444972.html>

Криму. У березні 2014 р. Кримська дирекція залізничних перевезень, яка входить до складу Придніпровської залізниці, була перепідпорядкована окупаційній владі півострова і переіменована на «Кримську залізницю». Наприкінці грудня 2015 р. уряд Росії прийняв Кримську залізницю окупованого Криму у федеральну власність і відніс її до сфери відання Федерального агентства залізничного транспорту (Російська залізниця)⁹⁰⁸.

Державний «Ощадбанк» 18 січня 2016 р. повідомив про арбітражний розгляд справи проти Росії щодо компенсації втрачених у Криму інвестицій (понад 1 млрд дол.). Ще у липні 2015 р. «Ощадбанк» надіслав письмове повідомлення уповноваженим представникам РФ з відповідними претензіями. Банк, зокрема, вказав на численні порушення положень Угоди між урядом РФ і Кабінетом Міністрів України про заохочення і взаємний захист інвестицій від 27 листопада 1998 р.⁹⁰⁹, а також положень міжнародного права. Росія жодним чином не відреагувала на звернення «Ощадбанку». Оскільки врегулювати спір шляхом переговорів не вдалося, банк перейшов до наступного кроку. Арбітражне слухання згідно із зазначеною угодою є обов'язковим процесом, який дозволяє Ощадбанку подавати позов і реалізовувати свої права незалежно від того, бере в ньому участь РФ чи ні⁹¹⁰.

Зауважимо, що заходи на шляху стягнення збитків з РФ важливо здійснювати не лише на загальнодержавному рівні, а й у приватно-правовому порядку. Так, ще у липні 2015 р. Приватбанк подав проти Росії позов у міжнародний арбітраж в Гаазі, звинувативши Москву

⁹⁰⁸ Керівник «Укрзалізниці» займатиметься позовом до Росії щодо активів у Криму. URL: <https://hromadske.ua/amp/posts/kerivnyk-ukrزالiznytsi-zaimatymetsia-pozovom-do-rosii-shchodo-aktiviv-u-krymu>

⁹⁰⁹ Угоди між урядом РФ і Кабінетом Міністрів України про заохочення і взаємний захист інвестицій від 27 листопада 1998 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/643_101

⁹¹⁰ «Ощадбанк» требует от России более 1 млрд долл. за потери активов в Крыму. URL: <http://www.rbc.ua/rus/news/oshchadbank-potrebuets-rossii-mlrd-doll-poteri-1441723348.html>

в порушенні угоди між урядами РФ і України від 27 листопада 1998 р. про захист інвестицій. Згодом Приватбанк звернувся до Стокгольмського арбітражного суду з позовом про відшкодування втрачених активів у зв'язку з анексією Криму РФ. Йдеться про суму близько 1 млрд доларів. Предмет позову – втрачене майно, кредити, активи⁹¹¹.

В аспекті дослідження питання щодо притягнення РФ до відповідальності за її незаконні дії в Криму та на Сході України важливою видається практика ЄСПЛ у подібних справах. Йдеться не лише про відшкодування матеріальних збитків, а й про відшкодування моральної шкоди. Для прикладу наведемо обставини справи «Мозер проти Республіки Молдова і Росії» від 23 лютого 2016 р.⁹¹².

Заявника було затримано владою самопроголошеної «Придністровської Молдавської Республіки» (далі – «ПМР») за підозрою у шахрайстві. Він скаржився на порушення ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод⁹¹³ (далі – Конвенція), оскільки тримався під вартою за рішенням незаконних органів невизнаної республіки. ЄСПЛ зазначив, що права, гарантовані Конвенцією, мають бути ефективно захищені на території всіх держав-учасниць, навіть якщо частина території знаходиться під контролем іншої держави-учасниці. Відповідно, ЄСПЛ не може автоматично визнавати незаконними всі рішення судів невизнаного утворення включно через незаконний характер останнього – він має пересвідчитися, що ці суди здатні надавати ефективний

⁹¹¹ Коломойський переказав Путіну вітання: Стокгольмський арбітраж прийняв позови Приватбанку за кримськими активами на мільярд доларів. URL: <http://www.bbc.com/ukrainian/2016/02/ukraine-putin-visit-privatbank-claim>

⁹¹² Див.: *Affaire Mozer c. République de Moldova et Russie*. URL: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-161263"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁹¹³ Інформацію про Конвенцію і протоколи до неї див.: Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004

захист, задовольняючи вимоги незалежності, безпристрасності та справедливості судової процедури. Щодо судів «ПМР» – ефективний контроль на цій території здійснюється Росією, яка не надала ЄСПЛ інформації, що дозволила б здійснити відповідний аналіз, та немає жодної підстави вважати, що судова система ПМР сумісна із вимогами Конвенції. Отже, «суди ПМР» не могли здійснити «законне затримання» заявника для цілей статті 5 § 1 Конвенції. Щодо відповідальності обох держав: Молдова виконала свої позитивні зобов'язання, оскільки а) робила все можливе для поновлення контролю над Придністров'ям, і б) зробила достатньо кроків для підтримки заявника. Щодо відповідальності Росії, то ЄСПЛ знову підтвердив, що завдяки триваючій війсьній, економічній та політичній підтримці «ПМР», яка б інакше не змогла вижити, Росія несе відповідальність за порушення прав заявника. Крім того, ЄСПЛ визнав порушення Росією також статей 3, 8, 9 та 13 Конвенції. Рішенням Суду постановлено, зокрема, виплатити заявнику 20000 (двадцять тисяч) євро в якості відшкодування завданої йому моральної шкоди.

Ще одне важливе рішення ЄСПЛ, на яке вже посилаються національні суди під час вирішення питання щодо вимог про компенсацію моральної шкоди, завданої агресією РФ, є рішення у справі Луїзідоу проти Турецької Республіки (Case of Loizidou v. Turkey (Article 50)⁹¹⁴). Відповідно до цього рішення Турецьку Республіку було зобов'язано сплатити компенсацію, в тому числі за моральні страждання, зумовлені незаконною окупацією турецькими Збройними силами північної частини Кіпру, де народилась та проживала позивач.

Зазначені рішення є вкрай важливими для відновлення справедливості особам, які нині страждають від протиправних дій РФ. Зокрема, численні справи кримських татар, які незаконно позбавленні волі у зв'язку із їх національною належністю або через

⁹¹⁴ Case of Loizidou v. Turkey (Article 50) (40/1993/435/514). Judgment, 28 July 1998. The European Court of Human Rights. URL: <https://goo.gl/tMGRnv>

відкриту позицію щодо неприйняття російської окупації; справи щодо полонених, які утримуються на сході країни, тощо. Але наразі не варто переоцінювати можливості ЄСПЛ.

Фахівці з міжнародного права справедливо зазначають, що механізм ЄСПЛ – далеко не найбільш оптимальний та ефективний для покарання агресора, відновлення раніше існуючого стану та відшкодування збитків, заподіяних агресією. Адже рішення цього Суду, ухвалене проти Росії, може бути виконане лише добровільно з боку Росії та лише на території Росії. Жодна норма міжнародного права або національного законодавства інших держав не передбачає можливості примусового (без згоди Росії) виконання рішення ЄСПЛ, ухваленого проти неї⁹¹⁵.

З цього приводу варто зазначити, що 14 грудня 2015 р. в РФ був ухвалений і набув чинності закон про пріоритет рішень Конституційного Суду РФ над рішеннями міжнародних судових інстанцій, зокрема, рішень ЄСПЛ⁹¹⁶. І це при тому, що Росія ще у лютому 1996 р. підписала Конвенцію, а також низку протоколів до неї. Ратифікувала ці угоди і визнала юрисдикцію ЄСПЛ, взяла на себе зобов'язання виконувати його рішення. Відповідні положення згодом були внесені до законів та кодексів РФ, що зробило рішення ЄСПЛ підставою для перегляду раніше ухвалених судових рішень. Нині ж Росія заявила, що не збирається виконувати рішення міжнародних судів. Втім, вважаємо, що це не повинно зупинити процес звернень наших громадян і держави до міжнародних інстанцій з метою захисту своїх порушених прав.

Як свідчить юридичний досвід у «справі ЮКОСа», розгляд справи міжнародними судами може затягнутися на роки, але у підсумку

⁹¹⁵ Чалій О., Малиновський О. Стратегія юридичного опору російській агресії. URL: http://gazeta.dt.ua/internal/strategiya-yuridichnogo-oporu-rosiyskiy-agresiyi-_html

⁹¹⁶ Федеральный закон Российской Федерации от 14 декабря 2015 г. N 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации». URL: <http://www.rg.ru/2015/12/15/ks-site-dok.html>

все ж приносить свої плоди. У нашому випадку підрахунок збитків від окупації може призвести до більш швидкого позитивного для України вирішення ситуації. По-перше, російська держава зазнає чергового удару по своїй репутації, коли міжнародні трибунали визнають її оккупантом; по-друге, Росії доведеться «боротися» з арештом зарубіжних активів; по-третє, коли масштаб міжнародних зобов'язань Росії стане очевидним, ці зобов'язання вплинуть на кредитоспроможність країни в цілому. Ці три чинники можуть підштовхнути РФ до врегулювання конфлікту і до припинення військових дій на Сході України⁹¹⁷. Дійсно, якщо це все не матиме реакції від В. Путіна, то матеріально заінтересовані впливові особи в РФ матимуть серйозний стимул до його переконання.

Неприйнятною видається позиція деяких українських фахівців щодо питання про відшкодування особам шкоди (у зв'язку з «націоналізацією» майна в Криму) шляхом подачі відповідних позовів проти держави Україна: держава нібито не виконала взяті на себе зобов'язання. Подання значної кількості таких позовів економічно вдарить по бюджету країни, а відтак, і по матеріальних статках наших громадян. Більш виваженим і обгрунтованим, на нашу думку, є звернення до українських судів з позовами до РФ, а також більш активного використання можливості звернення до міжнародних судових інституцій, зокрема, до міжнародних арбітражних судів, у тому числі і з груповими позовами проти РФ.

Натомість, за даними Міністерства юстиції України, у 2019 р. на розгляді у ЄСПЛ знаходилося 8833 скарги проти України, з них 6800 стосувалося подій на тимчасово окупованих українських територіях, зокрема і в анексованому РФ Криму. Станом на 20 лютого 2020 р. Україна посідала 3-тє місце серед держав-учасниць Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та протоколів до неї за кількістю справ, що знаходяться на розгляді в ЄСПЛ⁹¹⁸.

⁹¹⁷ Американський експерт: Пора заставить Кремль платить за Донбасс. URL: <http://www.charter97.org/ru/news/2015/8/13/164437/>

⁹¹⁸ За пять лет Украина выплатила более 1 млрд грн по проигранным в ЕСПЧ делам. – Малюська. URL: https://censor.net.ua/news/3180565/za_pyat_let_ukraina_vyplatila_bolee_1_mlrld_grn_po_proigrannym_v_espch_delam_malyuska_dokument

Зазначена категорія справ має пильно контролюватися Україною. На жаль, вже є практика подання позовів до ЄСПЛ проти України шляхом застосування різноманітних незаконних способів. Так, у грудні 2018 р. ЄСПЛ покарав українську юристку, яка «засипала» Страсбург сумнівними скаргами щодо подій на Донбасі. Суд ухвалив надзвичайне рішення: не брати до розгляду жодну скаргу, до підготовки якої причетна адвокат з України Наталія Целовальніченко. Судді ЄСПЛ вирішили, що «практикуючий адвокат з Києва Наталія Євгенівна Целовальніченко отримує заборону представляти або будь-яким іншим чином допомагати заявникам до ЄСПЛ як у поданих до Суду, так і у майбутніх скаргах»⁹¹⁹.

Це рішення є безпрецедентним, адже така можливість не передбачена напряму правилами Суду. Однак ЄСПЛ ухвалив його через системну деструктивну діяльність українського адвоката. Суд відсторонив Целовальніченко з огляду на її шахрайську та образливу діяльність, зокрема, через те, що у низці документів, які вона подала до Суду, є очевидні ознаки підроблення, а частина скарг подані від уже загиблих людей без повідомлення суду про їх смерть». ЄСПЛ вже звернувся до Уряду України з проханням поінформувати про причини цього рішення органи адвокатського самоврядування⁹²⁰.

В аспекті протидії московській агресії заслуговує на увагу поданий Кабінетом Міністрів України до Верховної Ради України законопроект «Про юрисдикційні імунітети і відповідальність іноземних держав» від 16 березня 2015 р. № 2380⁹²¹. У законопроекті

⁹¹⁹ Безпрецедентне рішення: ЄСПЛ усунув луганську юристку, яка подавала позови від імені загиблих переселенців. URL: <https://www.unian.ua/politics/10375020-bezprecedentne-rishennya-yespl-usunuv-lugansku-yuristku-yaka-podavala-pozovi-vid-imeni-zagiblih-pereselenciv.html>

⁹²⁰ *Примітка.* Наразі відсутня інформація про належне реагування компетентних органів з приводу вчиненого (по суті, кримінального правопорушення) цієї особою. Поза сумнівом, вона має бути притягнута до кримінальної відповідальності і позбавлена права займатися адвокатською діяльністю.

⁹²¹ Про юрисдикційні імунітети і відповідальність іноземних держав: Проект Закону України від 16 березня 2015 р. № 2380. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54404

пропонується встановити межі юрисдикційного та майнового імунітету іноземних держав на території України шляхом поширення юрисдикції судів України на майнові правовідносини (як зобов'язальні, так і деліктні) за участю іноземних держав, а також підприємств, установ, організацій, якими безпосередньо або опосередковано володіють іноземні держави. Це має надати можливість притягувати до відповідальності іноземні держави як державно-правові утворення, що несуть відповідальність за дії своїх органів (зокрема, військових підрозділів), підприємств, установ та організацій, якими іноземні держави володіють безпосередньо або опосередковано; у разі заподіяння шкоди власності та/або здоров'ю громадян України, а також юридичним особам – резидентам України. На думку суб'єкта законодавчої ініціативи, це дозволить фізичним та юридичним особам подавати позови проти РФ до українських судів. Законопроект також пропонує накладати стягнення на майно та інші активи іноземних держав, зокрема РФ, у межах ухвалених українськими судами рішень.

Зазначена ініціатива уряду щодо можливості врегулювання питання про обмеження імунітету іноземних держав в Україні на законодавчому рівні має аналоги у світі – Австрія (1974 р.), Велика Британія (1978 р.), США (1976 р.), Сінгапур (1979 р.), ПАР (1981 р.), Пакистан (1981 р.), Канада (1982 р.)⁹²². Однак фахівці Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України у своєму висновку на аналізований законопроект вказують на його суттєві недоліки, зокрема – недосконалість, як з точки зору міжнародного права, так і з огляду на норми українського законодавства. Отже, ідея схвальна, але потребує належного доопрацювання.

А тим часом в Росії вже з 1 січня 2016 р. набув чинності Федеральний закон «Про юрисдикційні імунітети іноземної держави

⁹²² Гриценко Н., Полтавець С. *Порушення прав власності в окупованому Криму. Громадська думка про правотворення.* № 8 (90), травень 2015 р. С. 33–39. URL: <http://nbuviap.gov.ua/images/dumka/2015/8.pdf>

та майно іноземної держави в Російській Федерації» від 3 листопада 2015 р.⁹²³. Мета цього закону – захист російських інтересів шляхом відмови від концепції абсолютного юрисдикційного імунітету іноземних держав в Росії, що дозволить РФ вживати відповідних заходів під час звернення стягнень на російську власність за її територією.

На нашу думку, Україна повною мірою могла б скористатися положеннями міжнародного права, зокрема, принципом реторсії (лат. *retorsio* – зворотна дія), який полягає у можливості застосування заходів примусового впливу у відповідь на недружні дії РФ. Демократичний світ засудив окупаційні дії Росії та ввів економічні санкції. В усьому світі припиняються економічні відносини з російськими компаніями, а підприємства, що продовжують працювати з Росією, самі зазнають санкцій. І лише в Україні із загарбниками продовжуються економічні та дипломатичні відносини. Саме тому, одним із кроків української влади з питань застосування реторсійних заходів до РФ вбачаємо доцільність націоналізації, зокрема, банківських та інших фінансових установ і стратегічних об'єктів, що належать РФ і розташовані на території України.

Зрозуміло, що питання про реторсію на дії РФ має вирішуватись спершу на законодавчому рівні, а вже згодом, за потреби, у суді. В аспекті нашої теми цікавим є також проект Закону «Про націоналізацію майна мережі магазинів «Фрешмаркет Брусничка» від 23 квітня 2015 р. № 2709⁹²⁴. У пояснювальній записці до нього наголошено на тому, що «законопроектом передбачається

⁹²³ Федеральный закон Российской Федерации от 3 ноября 2015 г. «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации». URL: <http://www.rg.ru/2015/11/06/arest-dok.html>

⁹²⁴ Про націоналізацію майна мережі магазинів «Фрешмаркет Брусничка»: Проект Закону від 23 квітня 2015 р. № 2709. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54898

примусове відчуження об'єктів права приватної власності на користь держави (націоналізація майна) мережі магазинів «Фреш-маркет Брусничка» з мотивів суспільної необхідності – з метою недопущення фінансування тероризму і незаконних збройних формувань та з метою створення національної роздрібно-торговельної мережі соціальної спрямованості. ... Законопроект передбачає націоналізацію майна мережі магазинів «Фрешмаркет Брусничка» за умови попереднього та повного відшкодування його вартості».

Незрозумілою залишається логіка авторів законопроекту. За наведених обставин, якщо існують докази про «фінансування тероризму і незаконних збройних формувань», то є підстави для порушення відповідного кримінального провадження і застосування до засуджених конфіскації майна, а не його відплатної націоналізації («попереднього та повного відшкодування його вартості»), як це передбачено законопроектом.

До важливих ініціатив законодавчої влади належить постанова Верховної Ради України щодо проведення парламентських слухань на тему: «Стратегія деокупації та реінтеграції в Україну тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя» від 4 лютого 2020 р.⁹²⁵. Однак проведення цього заходу було перенесено у зв'язку з пандемією коронавірусної хвороби 2019 (COVID-19)⁹²⁶. Принагідно підкреслимо, що зазначена проблематика активно розробляється державними службовцями, є предметом

⁹²⁵ Про проведення парламентських слухань на тему: «Стратегія деокупації та реінтеграції в Україну тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя»: Постанова Верховної Ради України від 4 лютого 2020 р. № 498-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/498-IX#Text>

⁹²⁶ Про деякі питання організації роботи Верховної Ради України на період дії карантину в Україні: Постанова Верховної Ради України від 17 березня 2020 р. № 534-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/534-20#Text>

багатьох наукових досліджень, непокоїть громадських і політичних діячів⁹²⁷.

Наразі державі бракує обґрунтованої методики оцінки обсягів економічних втрат від російської агресії; питання щодо необхідності її розробки неодноразово порушувалося в експертному середовищі і на офіційному рівні. Ще у березні 2018 р. Верховна Рада України ухвалила постанову, відповідно до якої Кабінету Міністрів України було доручено:

«вжити необхідних заходів для утворення міжвідомчого координаційного органу з метою узагальнення правової позиції держави у питанні відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації та підготовки консолідованої претензії України до Російської Федерації щодо реалізації її міжнародно-правової відповідальності за збройну агресію проти України;

розробити методику визначення шкоди та обсягу збитків, завданих Україні внаслідок збройної агресії Російської Федерації;

⁹²⁷ Див., зокрема: *Струк Юлія*. МЗС: стратегія деокупації Криму готова, але документ не публічний. URL: <https://www.rbc.ua/ukr/news/mid-strategiya-deokkupatsii-kruma-gotova-1595586028.html> (дата звернення: 24.07.2020 р.); *Позиційний документ щодо інституційного забезпечення політики безпечної реінтеграції на Сході України*. За заг. ред. В. Лупація, О. Саакяна, Ю. Тищенко. Київ: ФОП «Харченко В. О.», 2020. 28 с.; *Заходи державної політики із розбудови/відновлення довіри жителів тимчасово окупованих територій до Української держави, влади, суспільства: аналіт. доп. (резюме)*. За заг. ред. Ю. Тищенко. Київ: НІСД, 2019. 47 с.; *Гусев Юрій*. Яким буде день нашої перемоги, або Як повернути додому «тимчасово окупованих людей»? URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2019/05/9/7214533/>

(дата звернення: 09.05.2019 р.); *Зелена Книга. Державна політика щодо Криму*. За заг. ред. Ю. Тищенко. Київ: ТОВ «Агентство «Україна», 2018. 88 с.; *Крим після анексії. Державна політика, виклики, рішення та дії. Біла книга*. За заг. ред. Ю. Тищенко. Київ: ТОВ «Агентство «Україна», 2016. 148 с.; *Російська окупація і деокупація України: історія, сучасні загрози та виклики сьогодення: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (Київ, 2016 р.)*. Нук. ред., упор. П. Гай-Нижник. К.: «МП Леся», 2016. 352 с.

розробити та внести на розгляд Верховної Ради України законопроект про створення реєстру фізичних та юридичних осіб, які постраждали внаслідок збройної агресії Російської Федерації;

продовжити та розширити застосування механізму Європейського суду з прав людини з метою реалізації міжнародно-правової відповідальності Російської Федерації»⁹²⁸.

Виконання цього завдання уряд делегував Міністерству з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України (МТОТ), яке не має достатніх ресурсів і фахового потенціалу для розробки такої методики⁹²⁹.

У грудні 2018 р. рішенням Кабінету Міністрів України було створено спеціальну Міжвідомчу комісію, якій доручалася підготовка консолідованої претензії України до РФ щодо реалізації її міжнародно-правової відповідальності за збройну агресію проти України. У подальшому до зазначеної постанови двічі вносилися зміни – 10 квітня 2019 р. і 16 вересня 2020 р.⁹³⁰. Відповідно до Положення про зазначену Міжвідомчу комісію організаційне

⁹²⁸ Про комплекс невідкладних заходів щодо практичної реалізації міжнародно-правової відповідальності Російської Федерації за збройну агресію проти України: Постанова Верховної Ради України від 20 березня 2018 р. № 2356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2356-19#Text>

⁹²⁹ План організації підготовки проєктів актів, необхідних для забезпечення реалізації Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях»: Протокольне рішення Кабінету Міністрів України від 21 березня 2018 р. № 10. Див.: Війна на Донбасі: реалії і перспективи врегулювання (робоча версія аналітичної доповіді). К., 2019. С. 45.

⁹³⁰ Про утворення Міжвідомчої комісії з питань узагальнення правової позиції держави щодо відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації та підготовки консолідованої претензії України до Російської Федерації щодо реалізації її міжнародно-правової відповідальності за збройну агресію проти України: Постанова Кабінету Міністрів України від 12 грудня 2018 р. № 1059. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1059-2018-п#Text>

та інформаційне забезпечення її діяльності здійснює Мініюст, матеріально-технічне забезпечення – Секретаріат Кабінету Міністрів України (п. 12).

Упродовж російської гібридної війни спеціалістами напрацьована значна кількість оцінок втрат України. Слід враховувати, що шкоди зазнали всі без виключення складові національної безпеки. Держава зазнала тяжких втрат людського капіталу. Економічні втрати охоплюють передусім фінансовий, виробничий, експортний потенціал та ін. Відшкодування політичних втрат можливе лише за умови відновлення територіальної цілісності та суверенітету України. Завдана шкода включає майнові та немайнові, капітальні та поточні, реальні та потенційні. Втрати від зруйнованого і пошкодженого майна призводили до збитків, які значною мірою не покриті дотепер⁹³¹.

Існуючі публічні оцінки втрат України внаслідок російської агресії істотно різняться між собою через слабку методичну обґрунтованість розрахунків. Привертаючи увагу до цієї проблеми, Ю. В. Касперович наголошує, що сьогодні нагальною є потреба консолідованої міжвідомчої оцінки втрат від агресії РФ на загальнодержавному рівні. На його думку, оцінку економічних і похідних фіскальних втрат доцільно здійснювати в абсолютних показниках одночасно за трьома методичними підходами: локальні втрати в національній валюті, реальні та потенційні втрати за паритетом купівельної спроможності ВВП. «Як засвідчили розрахунки, – пише автор, – локальні оцінки економічних та фіскальних втрат є найменшими, наступними за обсягом є реальні втрати, а найбільшими – потенційні втрати на основі припущення щодо зростання ВВП на 5 % щорічно.

⁹³¹ Касперович Ю. В. Методичні підходи до оцінки фіскальних втрат України внаслідок гібридної війни РФ. *Економіка та держава*. 2018. № 12. С. 8–15.

Див. також: Оцінка економічного впливу ізоляції залізничної лінії «Кіндрашівська-Нова – Лантратівка» для території та економіки Луганської області: аналітична доповідь. Київ: Національний інститут стратегічних досліджень, 2019. 71 с.

Відповідно оцінка реальних фіскальних втрат доходів сектору загального державного управління за 2014–2015 рр. становила 36,6 млрд дол. США, а потенційних за 2014–2018 рр. склала 203,3 млрд дол. США»⁹³². Вчений переконаний у своїй правоті і стверджує, що пропонована ним методологія є комплексною та універсальною, її можна застосувати під час формування судових позовів проти РФ для відшкодування завданих збитків.

На нашу думку, результати аналізованого дослідження заслуговують бути предметом відповідної верифікації. Україні необхідно довести до логічного завершення (схвалення на міжнародному рівні та стягнення з РФ) майнових претензій, виставлених нею та її громадянами до РФ внаслідок агресії, окупації, анексії та привласнення відповідного майна, відшкодування завданих збитків тощо. І ця робота має бути системною, а не хаотичною, різноманітні органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи мають діяти злагоджено і працювати на конкретний результат.

Таким чином, наша держава змушена позиватися до міжнародних судових установ за порушення РФ низки міжнародних конвенцій, які стали наслідком масштабної агресивної політики Кремля. Упродовж 2014–2019 рр. Україна подала позови проти Росії до ЄСПЛ (вісім міждержавних заяв, які Суд перегрупував у п'ять міждержавних скарг), Міжнародного Суду ООН, Арбітражного трибуналу з морського права та Міжнародного кримінального суду щодо злочинів в Криму і на Донбасі (Україна скористалася правом, передбаченим п. 3 ст. 12 Римського статуту, визнавши юрисдикцію МКС щодо злочинів під час Євромайдану (21 листопада 2013 р. – 22 лютого 2014 р.) та всіх злочинів на території України з 20 лютого 2014 р., без крайньої дати)⁹³³.

⁹³² Касперович Ю. В. Там само. С. 13 – 14.

⁹³³ Україна проти Росії: аналіз міждержавних справ у міжнародних судах. URL: <http://www.democracynhouse.com.ua/ua/2019/ukraine-v-russia-analysis-of-inter-state-cases-in-international-courts/>; Зануда Анастасія. Як Україна судиться з Росією в міжнародних судах. Головні справи. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-49294741> (дата звернення: 25.08.2019 р.).

Маємо зауважити, що у всіх цих позовах одночасно викладена кримінально- і цивільно-правова проблематика, яка на тлі російської агресії тісно переплетена.

Звернення до міжнародних судових установ створює такі можливості для України:

- 1) держава на практиці демонструє готовність захищати інтереси своїх громадян та юридичних осіб, які постраждали від агресивних дій Росії;
- 2) рішення міжнародних судів (передусім ЄСПЛ), якщо вони будуть на користь України, збільшать матеріальну ціну та репутаційні втрати для Росії через події в Криму та на Донбасі;
- 3) міжнародні партнери намагатимуться уникати тісних політичних та бізнесових контактів з Росією у разі невиконання рішень міжнародних судів.

Також необхідно зазначити, що станом на січень 2019 р. ЄСПЛ зареєстрував 4369 індивідуальних скарг проти України у зв'язку з подіями на Донбасі та в Криму, проти Росії – близько 400⁹³⁴.

Ми очікуємо, що міжнародні суди зобов'язують Росію відшкодувати збитки, завдані українським громадянам та юридичним особам, і збільшать ціну Росії за продовження агресивної політики.

Вітчизняна наукова спільнота у своєму Зверненні до вищих органів державної влади 3 червня 2016 р. підтвердила міждисциплінарний характер проблем, що виникають на тимчасово окупованих територіях України та в районах проведення АТО (і, звісно, ООС у подальшому. – Л. М.), і необхідність розроблення науково обґрунтованої концепції відновлення конституційного правопорядку, вирішення правових, медико-соціальних і психологічних проблем зазначених територій та районів проведення АТО, ресоціалізації населення, яке проживає на цих територіях⁹³⁵.

⁹³⁴ Україна проти Росії: аналіз міждержавних справ у міжнародних судах. URL: <http://www.democracyhouse.com.ua/ua/2019/ukraine-v-russia-analysis-of-inter-state-cases-in-international-courts/>

⁹³⁵ Звернення учасників спільного засідання президій Національної академії медичних наук України, Національної академії педагогічних наук України та Національної академії правових наук України до Президента України, Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України. URL: http://psychology-naes-ua.institute/files/pdf/proekt_zvemennya_1466262522.pdf

Для поетапного та невідкладного вирішення питань щодо ліквідації наслідків агресії РФ проти України необхідно, повторимо, розробити, ухвалити та запровадити загальну Концепцію правової політики України, а на її базі розробити та запровадити галузеві правові концепції, зокрема – Концепцію цивільно-правової політики України. У цьому аспекті заслуговує на підтримку фахова позиція знаного правознавця-міжнародника В. А. Василенка. У своєму глибокому дослідженні питань про передумови і наслідки російської агресії щодо України він запропонував цілу низку пропозицій, які, вважаємо, необхідно врахувати на державному рівні⁹³⁶.

Для адекватного реагування держави на російську агресію вимагається прогнозування і своєчасне запобігання поширенню відповідних негативних явищ, їх блокування, мінімізація чи повне усунення, що здійснюється на підставі сформованої політико-правової стратегії і тактики. На тлі новопосталих проблем слід визначити низку завдань цивільно-правової політики України. До таких завдань (частково вирішених, а більшою мірою – актуальних) належать, зокрема:

1) розробка й ухвалення низки нормативно-правових актів (також – доповнення чинних актів або визнання їх такими, що втратили чинність), які стосуються тимчасово окупованих територій, іншої проблематики на фоні «гібридної війни» РФ;

2) встановлення прогалин у приватноправовому регулюванні та внесення відповідних коректив до законодавства: усунення невідповідності українського цивільного, сімейного, житлового законодавства положенням міжнародного гуманітарного права і міжнародного приватного права.

3) вжиття державою заходів щодо захисту прав вимушених переселенців (зокрема, нормативне забезпечення їх життєдіяльності на контрольованій владою території, компенсація втраченого майна, відновлення необхідних документів);

4) захист прав та інтересів військовослужбовців, які боронять Україну;

⁹³⁶ Василенко В. Війна 2014 року: спроба системного аналізу. *Український тиждень*. № 42 (362). 17 – 23 жовтня 2014 р. С. 27 – 42.

5) правове забезпечення нормального функціонування волонтерського руху;

6) здійснення системного приватноправового аналізу положень Мінських домовленостей та інших державно-правових рішень, що стосуються російської агресії на Сході України;

7) формування єдності судової практики (матеріально-правовий аспект) у вирішенні цивільних справ, пов'язаних з агресією РФ (забезпечуючи баланс державних і приватних інтересів, керуючись принципом верховенства права та беручи до уваги міжнародно-правові положення про відповідальність країни-агресора за дотримання прав людини на окупованій території);

8) перегляд (цивільно-правова і процесуальна оцінка) рішень, ухвалених квазісудами та квазіорганами на тимчасово окупованих територіях (в Криму і на Сході України);

9) здійснення цивільно-правової оцінки правопорушень, вчинених на тимчасово окупованих територіях України (в Криму і на Сході України);

10) захист державних і приватних інтересів у міжнародних інституціях (зокрема, права власності, прав та інтересів дитини, прав релігійних громад);

11) вирішення цивільно-правових проблем в аспекті формування та реалізації Стратегії економічного розвитку Донецької та Луганської областей (на підконтрольних уряду територіях);

12) вироблення консолідованої правової позиції держави щодо притягнення винуватих до міжнародної цивільно-правової відповідальності;

13) розробка і втілення у Цивільному кодексі України спеціальних положень, пов'язаних із розв'язанням новопосталих приватноправових проблем – як складових предмета теперішньої рекодифікації відповідного законодавства;

14) розробка концептуальних положень і відповідного плану заходів щодо реалізації цивільно-правової політики України в особливих умовах – міжнародної миротворчої операції на тимчасово окупованих територіях українського Донбасу (футурологічний підхід);

15) осмислення і формування політико-правових завдань, що стануть на порядку денному після деокупації відповідних територій.

Успішне розв'язання новопосталих проблем у сфері приватно-правових відносин, що повністю співпадають із суспільними інтересами, стане можливим завдяки науково обґрунтованій і системній державній діяльності, тобто шляхом реалізації цивільно-правової політики України. Все це спрямовано на те, аби на нашій землі організувати мирне, нормальне, заможне життя.

Повертаючись подумки до патріотичних слів із російськомовного вірша української поетеси Анастасії Дмитрук «Ніколи ми не будемо братами! Ні по родині, ні по матері» (Youtube, 19 березня 2014 р.), доволі сумно і гірко усвідомлювати майбутнє російсько-українських відносин. Автор цього пророцтва може помилитися лише за такої умови: всеросійського покаяння, добровільного повернення окупованих територій та повного відшкодування завданих Україні і потерпілим унаслідок агресії матеріальних і нематеріальних збитків.

ВИСНОВКИ

У монографії здійснено теоретичне розв'язання актуальної науково-прикладної проблеми вітчизняного правознавства – розроблена концепція цивільно-правової політики України. До основних науково обґрунтованих результатів проведеного дослідження належать, зокрема, такі положення.

1. Конвергенція приватного і публічного у цивільному праві є об'єктивним процесом, що відбувається у межах системи права і правової системи загалом. Тільки в єдності інтересів приватних і публічних (у розумінні інтересів державних і місцевого самоврядування), гармонійному збалансуванні їх меж впливу цивільно-правове регулювання здатне забезпечити досягнення основної своєї мети. Остання полягає у сталому розвитку і належному захисті особистих немайнових і майнових відносин та формуванні правової моделі унеможливлення зловживань, зокрема, з боку держави чи місцевої влади у випадках їх участі в приватних правовідносинах. Власне цивільно-правова політика і покликана створити належне підґрунтя для реалізації такої мети.

Дотримання необхідного балансу інтересів (приватних, суспільних і державних) є обов'язком передусім держави. Водночас усі інші учасники правовідносин мають бути активними у забезпеченні такого стану, і не лише через реалізацію своїх прав.

Елементарний зміст державного інтересу пізнаємо, зокрема, через ознайомлення з текстами присяги: Президента України (ст. 104 Конституції України), народного депутата України (ст. 79 Конституції України), члена уряду (ст. 10 Закону «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 р.), судді Конституційного Суду (ст. 17 Закону «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 р.) та інших державних службовців і посадових осіб. Порушення присяги означає, що інтереси влади (окремого чиновника) не співпадають з державними інтересами, настає дисбаланс інтересів, а має бути навпаки.

Суспільні інтереси можна визначити як інтереси окремої громади і навіть інтереси всього Українського народу. Окремо взятий приватний інтерес, чи приватний інтерес групи осіб або приватний інтерес усього суспільства не має зашкоджувати реальним суспільним і державним інтересам. Усвідомлення кожною особистістю того, що різновиди інтересів не можуть суперечити один одному, слугуватиме формуванню їх балансу. Якщо суспільні і державні інтереси збігаються, не заперечують один одного (власне така модель поєднання зазначених інтересів є ідеальною), це мають визнавати носії приватного інтересу і поступатися на користь інших прагнень, потреб. Урівноважування інтересів, охорона і захист суспільних і державних інтересів через охорону та захист приватного інтересу і є тим балансом інтересів, якого має прагнути держава в особі влади.

2. На підставі дослідження основ правової політики встановлена й обґрунтована пріоритетність феномена права щодо іншого явища – політики (стосовно до першості за часом у зародженні та в аспекті справедливого домінування у демократичному суспільстві); відповідно до цього спростована протилежна думка окремих юристів і зроблено висновок: у вирішенні питань про охорону і захист приватних інтересів цивільне право має відігравати провідну роль, завжди матиме перевагу порівняно із цивільно-правовою політикою.

3. Цивільно-правову політику доцільно вивчати і розробляти у таких її значеннях:

а) це *доктрина* (передусім стратегічного спрямування), що вивчає проблеми оптимального врегулювання цивільних правовідносин і є результатом теоретичного осмислення, спрямованого на вдосконалення цивільного законодавства і практики його застосування.;

б) це науково обґрунтована, послідовна і системна *діяльність держави* – стратегія, тактика, аналітика, управління, а також моніторинг виконання ухвалених рішень (законів, указів Президента України, урядових актів, планів заходів), що здійснюється з метою забезпечення оптимального функціонування і розвитку цивільно-правових відносин і практики застосування цивільного законодав-

ства. У широкому розумінні, цивільно-правова політика вирішує два основних завдання: визначити, яким максимально ефективним шляхом за допомогою цивільно-правових норм можна досягнути відповідних соціальних результатів; передбачити соціальні наслідки реалізації конкретних цивільно-правових норм.

4. Предмет цивільно-правової політики відрізняється від предмета цивільного права. Якщо предмет цивільного права складають відповідні суспільні відносини – майнові та особисті немайнові, організаційні та корпоративні відносини, що врегульовані за допомогою диспозитивного методу, то предмет цивільно-правової політики має більш складну структуру. Зважаючи на присутність публічного елемента – діяльність окремих суб'єктів цивільно-правової політики (заснованої переважно на імперативному методі правового регулювання), до предмета цивільно-правової політики належать, окрім згаданих відносин, також і публічні відносини. Останні є характерними для будь-якого виду правової політики, оскільки без наявності політичної волі реалізація державної політики взагалі неможлива.

5. Так само і метод цивільно-правової політики має відмінності порівняно з методом цивільного права. Останньому притаманний диспозитивний метод правового регулювання. Натомість метод цивільно-правової політики є комплексним. Це пояснюється юридичною природою правової політики як такої і конкретних випадків її творення та реалізації відповідними суб'єктами. Якщо йдеться про участь суб'єктів публічного права у цивільно-правовій політиці, які уповноважені її творити і реалізовувати, то застосовується імперативний метод. Основним суб'єктом таких відносин є держава, в них вона домінує, а не виступає як рівний суб'єкт на кшталт її участі у цивільно-правових відносинах. Диспозитивний метод застосовується у випадках участі суб'єктів приватного права у творенні цивільно-правової політики. Проте якщо останні беруть участь у реалізації цивільно-правової політики, то застосовується імперативний метод.

Таким чином, цивільно-правовій політиці, на відміну від цивільного права, притаманні обидва методи правового регулювання

(але переважно застосовується імперативний метод). При цьому методом цивільного права залишається винятково диспозитивний метод. Імперативне врегулювання окремих відносин у цивільному праві здійснюється за допомогою імперативних норм, але в межах диспозитивного методу.

6. Визнано доцільним ввести до наукового обігу поняття «система правової політики», під якою слід розуміти складник правової системи, що утворений як сукупність взаємопов'язаних між собою галузевих видів правової політики, інтегрованих відповідними принципами; така система зумовлена сполученням приватних і публічних інтересів, внутрішня організація якої характеризується єдністю галузевих видів правової політики, узгоджених і диференційованих у відносно самостійні структурні утворення.

7. Під методологією цивільно-правової політики (у розумінні доктрини) слід розуміти систему знань (наявних і які формуються): а) що складається з ідей, теорій, вчень, концепцій про цивільно-правову політику, юридичні конструкції та інститути, про становлення цивільно-правової політики, її соціальну обумовленість; б) що використовуються для розробки фундаментальних наукових досліджень, результатом яких є, зокрема, гіпотези, теорії, нові методи пізнання, виявлення закономірностей розвитку суспільства в аспекті пізнання і вдосконалення стратегії і тактики ефективної діяльності держави у приватноправовій сфері; в) як результатів теоретичного осмислення, спрямованих на вдосконалення цивільного законодавства і практики його застосування.

8. Нами висунута й обґрунтована наукова гіпотеза про необхідність і можливість використання всесвітнього феномена верховенства права як наукового методу дослідження у сфері правознавства – діяльності держави, органів місцевого самоврядування та приватноправових відносин. Запровадження цього методу дозволить значно розширити горизонти пізнання предмета правової науки в цілому, і цивільного права та цивільно-правової політики зокрема. Запропоновано таке формулювання наукової гіпотези про існування методу верховенства права (по-іншому, юридичний метод пізнання):

«Якщо верховенство права – планетарна соціальна цінність, в основі якої лежать інтереси, права та свободи людини, то цей феномен-ідеал може слугувати (як метод) у науковому пізнанні функціонування інститутів права і держави у конкретній країні».

9. Визначено, що практична реалізація верховенства права як наукового методу цілком реальна через методику його застосування – «Rule of Law Checklist» («Мірило правовладдя»): для оцінювання стану функціонування елементів верховенства права цим документом передбачено застосування відповідних еталонних тестів. На конкретних практичних прикладах проілюстровано, як в реальності можна застосовувати метод верховенства права (юридичний метод пізнання). Водночас у такий спосіб певною мірою здійснено верифікацію висунутої гіпотези.

10. Обґрунтована надзвичайна актуальність подальшої розробки глобального наукового напрямку «Rule of Law Checklist» («Мірило правовладдя»). На тлі сучасних світових тенденцій і соціальних зрушень в Україні є підстава констатувати зростання теоретико-прикладного значення досліджень феномена верховенства права з метою його повсюдного запровадження як реального механізму дії права, а не лише суто як теорії права.

11. В аспекті посилення наукових пізнавальних можливостей визнано доцільним (і започатковано автором) дослідження *соціальної обумовленості* цивільно-правової політики, під якою слід розуміти визначену об'єктивними обставинами необхідність відповідного наукового обґрунтування такої політики (як доктрини) та ефективного, з позицій виробленої стратегії і тактики (як виду державної діяльності), законодавчого регулювання певних цивільно-правових відносин – у сьогоденні чи в майбутньому.

12. Аргументована продуктивність виокремлення таких основних факторів соціальної обумовленості становлення цивільно-правової політики, як: аксіологічні, історичні, соціально-економічні, правові, політичні, доктринальні (у сфері правознавства), правозастосовні. Проаналізовані у монографії фактори слугують переконливими науковими доказами необхідності становлення вітчизняної цивільно-правової політики. Вони свідчать про самостійне місце такої

політики в системі галузевих видів правової політики і водночас мають важливе значення для науки цивільного права та практики його застосування.

За результатами здійсненого нами соціологічного дослідження зроблено логічний підсумок, що осмисленню й обґрунтуванню необхідності вітчизняної цивільно-правової політики додатково сприяє характеристика соціологічних факторів, які відображають панівну думку правничої наукової спільноти про реальність власне такого напрямку діяльності держави і необхідність розвитку відповідної доктрини.

13. Обґрунтовано остаточну думку автора щодо існування *системи факторів* соціальної обумовленості цивільно-правової політики України, а не простої їх сукупності. Всі фактори поєднані між собою різними видами зв'язку, взаємозалежні і тісно взаємодіють, отже – детермінують, визначають цивільно-правову політику як об'єктивну реальність. Водночас кожен різновид факторів є унікальним у своєму «автономному статусі». У такій специфічній суперечності загалом відображена особливість і повноцінність «співіснування» феноменів права і політики – виразний прояв одного із трьох законів діалектики: «єдність і боротьба протилежностей».

14. Наявність системи міжгалузевих зв'язків цивільного права свідчить про існування і системи міжгалузевих зв'язків цивільно-правової політики. Якщо дослідження міжгалузевих зв'язків у цивільно-правовому аспекті забезпечує відповідь на запитання статичного характеру – «що це?», то їх пізнання в аспекті цивільно-правової політики має гарантувати відповідь на цілу низку запитань динамічного характеру, а саме: «які причини їх «народження» та існування?»; «що необхідно зробити для усунення наявних прогалин і суперечностей у законодавстві?»; «чи відповідають нагальним потребам заплановані і розроблені зміни і доповнення до цивільного законодавства?»; «які можливі наслідки таких коректив (через ризики відповідного цивільно-правового регулювання) – чи не викличуть вони конфлікт у системі права?»; «яку увагу необхідно приділити іншим галузям права, аби досягти високої злагодженості у сфері правового регулювання?».

15. Цивільно-правова політика здійснюється у таких формах, як доктринальна, правотворча і правозастосовна.

Доктринальна форма реалізації цивільно-правової політики – це створення науково обґрунтованого продукту, спрямованого на утвердження реального існування такої політики, а також на її становлення і забезпечення ефективної державної діяльності у сфері охорони приватного інтересу. Результатом такого творчого розуміння цивільно-правової політики можуть бути, зокрема: проекти концепцій, стратегій, програм, планів заходів щодо їх реалізації; проекти кодексів (законів), інших нормативно-правових актів (указів Президента України, постанов Кабінету Міністрів України); аналітичні матеріали (довідки, наукові записки); наукові праці – монографії, науково-практичні коментарі, інші публікації, а також дисертації.

Правотворча форма реалізації цивільно-правової політики – це державна діяльність, яка ґрунтується на стратегічних і тактичних підходах (розроблених і ухвалених з цією метою концептуальних документах) щодо забезпечення охорони приватного інтересу, та має своє вираження – формулювання, внесення коректив до відповідних правових норм або їх скасування. До матеріальних результатів такої діяльності належать, зокрема: закони і постанови Верховної Ради України, Укази Президента України, постанови Уряду.

Останніми роками з'явилися фактори-виклики, що надзвичайно актуалізують проблему оновлення ЦК України. Передусім необхідно взяти до уваги євроатлантичні устремління нашого суспільства. У процесі рекодифікації цивільного законодавства, що зараз триває, буде апробована правотворча форма реалізації цивільно-правової політики, якій передують доктринальні розробки, зокрема створення, оприлюднення та обговорення концепції оновлення такого законодавства, а також результати діяльності відповідної робочої групи.

Правозастосовна форма реалізації цивільно-правової політики – це державна діяльність, що відображає досвід чи потенційні тенденції застосування права у сфері захисту приватного інтересу (відповідна юридична практика за певний період, в Україні чи її окремих регіонах).

В аспекті правозастосування до форм реалізації цивільно-правової політики належить і така об'єктивна реальність, як судова правотворчість. Судова практика (різновид правозастосування) без судової правотворчості, з урахуванням багатьох колізій, юридичної невизначеності, прогалин у законодавстві неспроможна завжди бути сучасною і справедливою. Водночас автор сприймає встановлені спеціалістами обставини, що обумовлюють обмеженість дискреції суду у сфері правотворчості. Зазначена діяльність потребує ґрунтовного вивчення, а також постійної уваги з боку законодавця, Конституційного Суду України, громадянського суспільства, аби вона не вийшла за межі здорового глузду.

З урахуванням наших реалій доцільно запровадити відповідний порядок відносин між судовою і законодавчою гілками влади. Він має бути приблизно таким. У разі ухвалення судового рішення, що містить ознаки нормативності (тобто судом реалізована правотворча функція), на суд покладається обов'язок щодо офіційного інформування законодавця про таку подію. Наступним кроком, також як обов'язок, має бути адекватна реакція Верховної Ради України – закріплення генерованого судом положення (можливо, більш виваженого) у відповідному законодавстві, або ж мотивована відмова зробити це. Зазначені відносини не можуть мати своїм наслідком скасування (анулювання) судового рішення.

16. Встановлено шкідливі наслідки – реальні і потенційні, що спричиняються чи можуть настати через відсутність (або неналежний рівень функціонування, або заперечення, ігнорування) цивільно-правової політики:

«правова політика», як вираз і закріплення соціальної взаємодії політико-правових (державно-правових) інститутів, припиняє своє реальне, повноцінне існування на користь феномена «політична воля», що постає домінантою у державній політиці; така політика втрачає свою основну ознаку – «правова», що утворює сутність будь-якої державної діяльності, тобто їй бракує політичної справедливості;

адміністративний метод розв'язання соціальних і приватних проблем висувається на перше місце і стає головним у правовій системі держави; відтак завдається неабияка шкода правам людини, верховенство права перестає функціонувати;

запроваджується практика ухвалення так званих політико-правових рішень (інколи насправді вимушених), що зазвичай суперечать принципу законності, а загалом – верховенству права (у разі відсутності справжніх факторів соціальної обумовленості вжиття таких заходів);

приватне (соціальні цінності в усвідомленні окремої людини; те, що стосується людини або належить їй) обов'язково потерпає від державного тиску, а то й свавілля через порушення балансу інтересів; відповідного впливу, звісно, зазнаватимуть публічні (суспільні, державні) інтереси у разі домінування приватних інтересів окремих осіб;

формується хибна традиція – для багатьох проблем приватного характеру стає типовим їх розв'язання крізь призму кримінально-правової політики, а не цивільно-політичним шляхом; правова політика, зокрема і цивільно-правова політика зазнає руйнації через підміну її кримінально-правовою політикою;

вносяться хаотичні корективи до цивільного законодавства, що негативно впливають на систему права, юридичну практику і які здатні зруйнувати національну правову систему загалом.

17. Новопосталі цивільно-правові проблеми в аспекті проведеного дослідження – це актуальні явища (події, факти, діяльність), зумовлені такими ворожими діями Російської Федерації проти України, як агресія, тимчасова окупація частини нашої території, анексія Криму. Наявність зазначених проблем викликає утворення нової політико-правової, економічної та соціальної реальності, що загалом безпосередньо впливає на функціонування інститутів державної влади, органів місцевого самоврядування, життя, здоров'я, права й інтереси кожної людини.

Ці проблеми мають враховуватися, серед інших напрямів діяльності, також у межах правової політики держави, і звісно – цивільно-правової політики. Для адекватного реагування держави на російську агресію вимагається прогнозування і своєчасне запобігання поширенню відповідних негативних явищ, їх блокування, мінімізація чи повне усунення, що здійснюється на підставі сформованої політико-правової стратегії і тактики.

На тлі новопосталих проблем визначено низку завдань цивільно-правової політики України. До таких завдань (частково вирішених,

а більшою мірою – актуальних) належать, зокрема: 1) розробка й ухвалення низки нормативно-правових актів (також – доповнення чинних актів або визнання їх такими, що втратили чинність), які стосуються тимчасово окупованих територій, іншої проблематики на фоні «гібридної війни» РФ; 2) встановлення прогалін у приватноправовому регулюванні та внесення відповідних коректив до законодавства: усунення невідповідності українського цивільного, сімейного, житлового законодавства положенням міжнародного гуманітарного права і міжнародного приватного права; 3) вжиття державою заходів щодо захисту прав вимушених переселенців (зокрема, нормативне забезпечення їх життєдіяльності на контрольованій владою території, компенсація втраченого майна, відновлення необхідних документів); 4) захист прав та інтересів військовослужбовців, які боронять Україну; 5) правове забезпечення нормального функціонування волонтерського руху; 6) здійснення системного приватноправового аналізу положень Мінських домовленостей та інших державно-правових рішень, що стосуються російської агресії на Сході України; 7) формування єдності судової практики (матеріально-правовий аспект) у вирішенні цивільних справ, пов'язаних з агресією РФ (забезпечуючи баланс державних і приватних інтересів, керуючись принципом верховенства права та беручи до уваги міжнародно-правові положення про відповідальність країни-агресора за дотримання прав людини на окупованій території); 8) перегляд (цивільно-правова і процесуальна оцінка) рішень, ухвалених квазісудами та квазіорганами на тимчасово окупованих територіях (в Криму і на Сході України); 9) здійснення цивільно-правової оцінки правопорушень, вчинених на тимчасово окупованих територіях України (в Криму і на Сході України); 10) захист державних і приватних інтересів у міжнародних інституціях (зокрема, права власності, прав та інтересів дитини, прав релігійних громад); 11) вирішення цивільно-правових проблем в аспекті формування та реалізації Стратегії економічного розвитку Донецької та Луганської областей (на підконтрольних уряду територіях); 12) вироблення консолідованої правової позиції держави щодо притягнення винуватих до міжнародної цивільно-правової відповідальності; 13) розробка і втілення у Цивільному кодексі України спеціальних положень, пов'язаних із розв'язанням

новопосталих приватноправових проблем – як складових предмета теперішньої рекодифікації відповідного законодавства; 14) розробка концептуальних положень і відповідного плану заходів щодо реалізації цивільно-правової політики України в особливих умовах – міжнародної миротворчої операції на тимчасово окупованих територіях українського Донбасу (футурологічний підхід); 15) осмислення і формування політико-правових завдань, що стануть на порядку денному після деокупації відповідних територій.

Успішне розв'язання новопосталих проблем у сфері приватно-правових відносин, що повністю співпадають із суспільними інтересами, стане можливим завдяки науково обґрунтованій і системній державній діяльності, тобто шляхом реалізації цивільно-правової політики України.

18. Спростовано поширений у соціальних мережах, зокрема, в «Інтернет», надуманий і шкідливий концепт (значною мірою актуалізований окремими членами українського Уряду) про недоречність і помилковість використання поняття «анексія» Криму, оскільки це ніби означатиме визнання зазначеного факту, легітимізує його, а тому пропонується послуговуватись винятково поняттям «тимчасово окупована територія» чи «спроба анексії» Криму. Відповідно до науково-правової позиції автора, що ґрунтується передусім на міжнародному праві, «Крим анексований» не дорівнює «Крим російський»: анексія є одним із видів агресії і тягне за собою міжнародно-правову відповідальність. Міжнародна спільнота засуджує не лише російську окупацію, а й анексію Криму «та відкидає політику «доконаного факту» (*fait accompli*), яка здійснюється Росією у сфері міжнародних відносин; ... відмовляється визнавати фактичну владу Росії над півостровом ...».

19. Визначено загальне духовне гасло – українську національну ідею, яка б об'єднала всіх наших співвітчизників; визнано раціональним добрати такий її вираз: «Від гармонії приватного, суспільного і державного – до заможних родин у процвітанні Соборної України». Власне на такій ідеї має ґрунтуватися цивільно-правова політика і водночас – цивільно-правова ідеологія.

20. До основних перспективних напрямів подальших пошуків за темою дослідження належать, зокрема, такі проблеми:

цивільно-правова ідеологія; соціальна обумовленість правової політики та її різновиду – цивільно-правової політики; міжгалузеві зв'язки цивільного права і цивільно-правової політики; принципи цивільно-правової політики; цивільно-правова політика України і права людини; реалізація цивільно-правової політики України в аспекті рішень ЄСПЛ; встановлення науково-прикладного значення, місця і потенціалу цивільно-правової політики України у міжгалузевих зв'язках з інвестиційною політикою держави; потенціал цивільно-правової політики України у сфері запобігання злочинності; новопосталі проблеми приватноправового характеру, зумовлені агресією РФ проти України; цивільно-правова політика України в аспекті формування та реалізації Стратегії економічного розвитку Донецької та Луганської областей (на підконтрольних уряду територіях); особливості цивільно-правової політики України в умовах міжнародної миротворчої операції на тимчасово окупованих територіях українського Донбасу (футурологічний підхід); цивільно-правова політика України на шляху реалізації «Rule of Law Checklist»; цивільно-правова політика України і «Цілі Сталого Розвитку, адаптовані для України (2015–2030 роки)» – її особливості через усвідомлення і дотримання конституційного положення про «незворотність європейського та євроатлантичного курсу України»; завдання цивільно-правової політики України, що впливають з Угоди про асоціацію України з ЄС; створення концептуальних положень про втілення цивільно-правового потенціалу України у життя на шляху раціонального співіснування людини з природою (згідно з ініціативою ООН щодо проголошення 2021–2030 років «Десятиліттям відновлення екосистем») – у межах відповідної Стратегії держави, яка потребує негайної розробки та схвалення; особливості реалізації цивільно-правової політики України в умовах пандемії COVID-19 (проблеми колізії приватних і публічних інтересів); міжнародна цивільно-правова політика.

Цей далеко не повний перелік актуальних проблем – додаткове свідчення того, що подальші різнопланові дослідження основ цивільно-правової політики України обумовлені наявністю реального соціального замовлення.

АНКЕТУВАННЯ

з питань цивільно-правової політики

Шановні учасники анонімного анкетування!

На факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» досліджується проблема цивільно-правової політики України. У зв'язку з цим звертаємося до Вас з проханням виказати своє фахове ставлення до зазначеної проблеми.

Усталеного визначення поняття «правова політика» наразі не існує, хоча дослідження окремих її видів (наприклад, кримінальної політики) налічує понад 200 років. Ще наприкінці XIX – початку XX століття класики цивільстики (зокрема, Є. В. Васьковський, С. А. Муромцев, Г. Ф. Шершеневич) виокремлювали галузеві види правової політики, у тому числі й цивільно-правову політику.

Цивільно-правова політика може розглядатись принаймні у двох значеннях: по-перше, як діяльність держави (перспективна і поточна) у сфері цивільних відносин – щодо їх оптимального врегулювання на законодавчому рівні та у правозастосуванні; по-друге, як відповідна доктрина, що вивчає і розробляє стратегію і тактику держави з проблем охорони та захисту приватного інтересу, тобто її предметом є теоретико-прикладні проблеми врегулювання цивільних відносин з урахуванням загальних засад цивільного законодавства.

Мета цивільно-правової політики полягає у довготривалому забезпеченні оптимального функціонування і розвитку цивільних відносин та практики застосування цивільного законодавства. У загальному розумінні цивільно-правова політика має вирішувати два основних системних завдання: 1) визначити, яким максимально ефективним шляхом за допомогою цивільно-правового регулювання можливе досягнення відповідної соціальної мети; 2) передбачити соціально-правові наслідки застосування потенціалу цивільного права у сфері захисту приватного інтересу.

В окремих країнах протягом багатьох років розробляються і запроваджуються на законодавчому рівні засади правової політики, визначаються основні напрями розвитку правової системи держави на певний період. Наприклад, у Казахстані успішно реалізується «Концепція правової політики Республіки Казахстан на період з 2010 до 2020 року» (до цього – витримала перевірку часом відповідна Концепція 2002 р.). У цих документах, з-поміж іншого, є положення про цивільно-правову політику. Такі концепції слугують основою для розробки стратегічних програм у галузі правової політики держави, перспективних і щорічних планів законопроектних робіт уряду, проєктів нормативно-правових актів.

Дякуємо Вам за участь у соціологічному дослідженні, що має на меті визначення позицій науковців і практиків з питань важливості вітчизняної цивільно-правової політики як доктрини та відповідної діяльності держави на сучасному етапі.

АНКЕТА

1. Хто Ви (позначте, будь ласка, необхідне)?

- Науково-педагогічний працівник/науковий працівник
- Народний депутат України
- Посадова (службова) особа Міністерства юстиції України
- Суддя Конституційного Суду України
- Суддя Верховного Суду України
- Суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

Науковий співробітник апарату суду:

- Конституційного Суду України
- Верховного Суду України
- Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

2. Яка галузева сфера Ваших інтересів (діяльності)? [можна обрати не один варіант відповіді]

- теорія права;
- конституційне право
- цивільне право
- цивільний процес
- господарське право
- кримінальне право
- інше _____

3. Для чого необхідна діяльність держави (перспективна і поточна) у сфері цивільних відносин? (можна обрати не один варіант відповіді)

- для врахування публічних і приватних інтересів і забезпечення їх балансу
- для захисту приватних інтересів
- для забезпечення зловживання з боку держави у приватних відносинах
- для стратегічного і системного підходу у цивільно-правовому регулюванні суспільних відносин
- інше _____

4. Чи є, на Вашу думку, підстави виокремлювати цивільно-правову політику: як теоретичний напрям у науці (доктрині)?

- так
- скоріше так, аніж ні
- скоріше ні, аніж так
- ні

як діяльність держави?

- так
- скоріше так, аніж ні
- скоріше ні, аніж так
- ні

5. Чи потрібна розробка й ухвалення Концепції правової політики України на відповідний період, у межах якої має бути розділ, присвячений цивільно-правовій політиці?

- так
- скоріше так, аніж ні
- скоріше ні, аніж так
- ні

6. Чи необхідно враховувати передусім потенціал цивільного права (зокрема, можливість встановлення цивільно-правової відповідальності) під час вирішення питання про встановлення (виключення) кримінальної чи адміністративної відповідальності за певні діяння?

- так
- скоріше так, аніж ні
- скоріше ні, аніж так
- ні

7. Чи є достатнім рівень реалізації цивільно-правової політики у правотворчій діяльності? (зокрема, в законопроектній, кодифікаційній діяльності, врегулюванні колізій, усуненні прогалин)

- так
- скоріше достатній, аніж недостатній
- скоріше недостатній, аніж достатній
- ні
- інше _____

8. Як враховуються у судовій практиці результати наукових досліджень і доктринальні тенденції, що належать до сфери цивільно-правової політики? (можна обрати не один варіант відповіді)

- у процесі формулювання правових позицій в рішеннях судів
- під час розробки проєктів постанов пленуму
- під час надання методичної допомоги в застосуванні законодавства судам нижчого рівня
- у процесі аналізу судової статистики, вивченні та узагальненні судової практики
- для підготовки наукових висновків Науково-консультативною радою
- інше _____

9. Якою мірою реалізується цивільно-правова політика у правозастосуванні (в тому числі – під час тлумачення законів та інших актів)?

- достатньо
- скоріше достатньо, аніж недостатньо
- скоріше недостатньо, аніж достатньо
- недостатньо
- інше _____

10. Чи існує соціальна обумовленість становлення цивільно-правової політики як відповідної діяльності держави, а також розробки цього наукового напрямку?

- так
- скоріше так, аніж ні
- скоріше ні, аніж так
- ні

Ще раз дякуємо за Вашу участь в анкетуванні!

Наукове видання

МУЗИКА Леся Анатоліївна

КОНЦЕПЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

Монографія

Відповідальна за випуск *Н. М. Солдатенко*

Коректор *Н. М. Музика*

Комп'ютерна верстка *Ю. С. Стіпон*

Дизайн обкладинки *В. Зарицький*

Підписано до друку 27.06.2020 р.

Формат 60x84 1/16

Умов. друк. арк. 29,28

Папір офсетний

Друк офсетний

Гарнітура Times New Roman

Зам. № 0296

Наклад 300 пр.

Видавець – Паливода Алла Володимирівна

03061, м. Київ, пр-т Відрадний, 95/Е; тел./факс (044)351-21-91

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції (серія ДК № 283 від 18.12.2000 р.)

Віддруковано в друкарні ФОП ПАЛИВОДА А. В.
03061, м. Київ, пр-т Відрадний, 95/Е; тел./факс (044)351-21-90