

Sushchenko V. M.

THE MODEL OF THE PROFESSIONAL CULTURE OF THE LAWYER: CRITERIA AND APPROACHES

Article represents filosofsko-legal judgement the author of various sources on legal philosophy, the general and legal деонтологiи, the general and legal psychology, ethics and an aesthetics, and also – own professional experience of legal activity. In article the concept of professional culture of the lawyer is given, internal structure is offered, and also the characteristic of separate elements of such culture is given.

УДК 340.12

Горбань Д. В.

ІНСТИТУТ КЛІЄНТЕЛИ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ ДЕРЖАВ СВІТУ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

Статтю присвячено розгляду поняття «клієнтела» у римському праві і в сучасних правових системах. У статті названо відносини, охоплені поняттям «клієнтела» у праві Стародавнього Риму. Далі, на основі результатів дослідження судової практики Європейського суду з прав людини, судів Канади та Сполученого Королівства Великої Британії і Північної Ірландії, автор доводить, що поняття клієнтеля досі є актуальним для низки правових систем. Наостанок за допомогою аналізу визначень правового інституту наведено аргументи на користь твердження, що клієнтела є міжгалузевим правовим інститутом.

Інститут клієнтеля є одним із найдавніших правових понять. Західноєвропейські дослідження цього правового явища були зосереджені переважно на його виникненні й еволюції у римському праві [1]. Для правової системи України цей інститут є новим, тому у вітчизняній доктрині він малорозроблений. Слова «клієнт» або «клієнтела» (clientes, clientele) у праві Стародавнього Риму позначали ряд понять, спільною ознакою котрих була залежність одного суб'єкта від іншого, урівноважена викликаними довірчим характером відносин вимогами до дій суб'єкта, який від такої залежності отримує вигоду або владу. У словнику М. Бартошека знаходимо, що у різний час цими термінами позначали відносини плебеїв із патриціанськими родами у зв'язку із наданням першим земельних ділянок у користування, частину відносин між іноземцями і громадянами Риму в межах інституту гостинності, залежність бідних громадян Риму від можливих, унаслідок якої перші віддавали свої голоси за останніх на виборах; а також подібну залежність від Риму інших общин і народів [2]. Л. Л. Кофанов описує це поняття також у кон-

тексті відносин між сенаторами і народом Риму [3]. Це підтверджує, що уже в римському праві було побудовано модель, яку використовували для нових відносин завдяки перенесенню значення при подальшому використанні терміна¹. Ставши поняттям, клієнтела збереглася в процесі розвитку права, внаслідок чого судова практика деяких сучасних правових систем досі оперує названою категорією.

Зважаючи на розвиток права України на основі європейської системи цінностей, приводом для приділення уваги порушеній проблемі стала практика Європейського суду, де визнано інститут клієнтеля. Огляд рішень цієї міжнародної організації свідчить про поширення інституту клієнтеля на різні сфери суспільних відносин. Якщо перші справи стосувалися переважно відносин у сфері професійної діяльності (Ван Марле та інші проти Нідерландів від 26.06.1986 [6]; Альбрехт Венденбург та інші проти Німеччини від 06.02.2003 [7]; Бузеску проти Румунії від 24.05.2005 [8]), то надалі елементи поняття про клієнтелу були використані для ухвалення рішень щодо вилучення майна у підприємця

¹ Щодо ролі мови у цьому процесі – див. названу працю Р. Єринга [4]. Цей термін також наявний і в сучасних юридичних словниках України [5].

(Ятрідіс проти Греції від 25.03.1999 [9]), а також реєстрації торговельної марки (Енх'юзер-Буш Інк. проти Португалії від 11.01.2007 [10]). Зв'язок у такій практиці можна встановити на основі покликань Європейського суду з прав людини (надалі – Європейський суд) (або суддів у висловлених думках) на свої акти, ознайомлення із якими підтверджує, що названі рішення становлять систему, засновану на результатах розгляду справ Ван Марле та інших проти Нідерландів та Ятрідіса проти Греції. Отже, існує потреба описати ситуації у двох названих справах.

Одною із перших справ, пов'язаних із інститутом клієнтеля, була справа Ван Марле та інших проти Нідерландів. У 1974 році панове Ван Марле, Ван Зомерер, Флангуа і пан де Брайн (у цьому абзаці – заявники) звернулися за дозволом на практику бухгалтера відповідно до вимог закону від 1972 р., який передбачав її обов'язкову сертифікацію. Усім було відмовлено у вказаному дозволі через невідповідність їхньої кваліфікації встановленим вимогам. Вичерпавши національні засоби захисту прав, заявники звернулися до Європейського суду, зокрема стверджуючи і порушення ст. 1 Протоколу №1 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (надалі – Протокол №1). На обґрунтування своєї позиції Ван Марле та інші вказували, що за роки практики вони направили клієнтелу, право на яку охороняється на основі ст. 1 Протоколу №1. На це уряд заперечив, що законодавство Нідерландів не передбачає «права на гудвіл». Відмовивши у вимогах, Європейський суд застеріг: «Суд погоджується із Комісією, що право, на яке покликаються заявники може бути однорідним із власністю, визначеною статтею 1 (Протоколу №1 – Г. Д.): завдяки їхній праці заявники створили клієнтелу; воно мало у багатьох аспектах природу приватного права і формувало актив, отже, і власність – у межах значення першого речення статті 1». Отже, Європейський суд не тільки кваліфікував гудвіл (клієнтелу) як суб'єктивне приватне право, але й не пов'язав його виникнення в особи із відповідним приписом законодавства.

Якщо в попередньому випадку відносини відбувалися у сфері, де тому, хто надає послуги, відомі особи, котрі ці послуги отримують, то у справі Ятрідіса проти Греції клієнтела розширилася до невизначеної кількості людей. У 1989 р. у пана Ятрідіса (у цьому абзаці – заявник) вилучили орендований ним з 1978 р. кінотеатр «Ілліополіс», неправомірність чого згодом підтвердив національний суд. **Спірний заклад отримала міська рада, яка продовжила його**

використання, натомість заявник не заснував у відповідному районі жодного іншого кінотеатру. Ятрідіс звернувся до Європейського суду, обґрунтовуючи втручання у право тим, що за 11 років роботи навколо кінотеатру сформувалася клієнтела; отже, з 1989 р. міська рада Ілліополіса отримувала прибуток за рахунок блага, створеного заявником. Розглядаючи заяву, Європейський суд вказав: «концепція власності у ст. 1 Протоколу №1 має автономне значення, що точно не обмежене поняттям права власності на фізичні речі: окремі права та інтереси, котрі формують актив можна теж розглядати як «майнові права», а отже, і як «власність» для цілей цього припису». Визнавши, що клієнтела є таким активом, суд установив порушення ст. 1 Протоколу №1.

Описані у наведених рішеннях ситуації не вкладаються повністю у схему сучасних інститутів позитивного права: у кожній зі справ Європейський суд називає групу відносин і, на основі цього поняття, дає відповіді на питання, поставлені в контексті обставин, хоч інструментарій кожного із інститутів повинен був би задовольнити таку потребу. Це дає підстави для трьох висновків: по-перше, поняття про клієнтелу досі залишається актуальним; по-друге, поняття про клієнтелу існує поза горизонтальною структурою інститутів позитивного права; по-третє, поняття про клієнтелу частково «підпорядковує» собі регулювання відносин у межах інститутів позитивного права.

Практика Європейського суду підтверджує існування інституту клієнтеля у національних правових системах лише опосередковано. Однак результати дослідження доводять, що окремі правові системи прямо визнають цей інститут. Для цілей цієї статті слід зосередити увагу на судовій практиці у Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії (надалі – Сполучене Королівство) і в Канаді. У контексті системності судового правотворення у різних державах щодо клієнтеля наглядним є рішення Верховного суду Англії (the Supreme Court of Judicature) у справі Зафра Іквбол Маліка [11]¹. У цьому випадку суд розглянув заяву про порушення ст. 1 Протоколу №1, оперуючи поняттями про клієнтелу і гудвіл щодо ситуації із усуненням лікаря від практики у Національній системі надання медичних послуг. Крім висновку суддів про те, що оборотоздатність не є сутнісною ознакою гудвілу, важливим є таке застереження лорда Мозеса щодо відносин між пацієнтом і лікарем: «... Але за своєю людською природою, пацієнти навіть у межах сучасної Національної системи надання медичних послуг бажають ба-

¹ Назване рішення є цінним, оскільки судді у своїх мотивах пов'язали названі вище рішення Європейського суду із практикою з приводу позбавлення ліцензій на здійснення економічної діяльності.

чити «своїх» лікарів, і шкода репутації лікаря, завдана усуненням від практики, може ніколи не бути компенсована, навіть якщо таке усунення було коротким і було доведено його неправомірність». Це дає змогу стверджувати про існування інституту клієнтеля у праві Англії. Наведені факти підтверджують, що відносини клієнтеля розглядають крізь призму інституту власності. Це достатньою мірою обґрунтовує, що терміном «клієнтела» позначають благо, об'єкт у правовідносинах. Однак такий висновок може бути спростований мотивами рішення Сіба-Гейджі проти Апотекс і Новофарм 1992 р. [12]. У цій справі суд, розглядаючи позов про підміну товару (passing off action), надав відповідь на питання про те, хто входить до клієнтеля виробника рецептурних лікарських засобів і чи можливо таку клієнтелу ввести в оману формою і кольором препарату. Суд дійшов висновку, що до клієнтеля, що формується навколо виробників ліків, які продають за рецептом, слід зараховувати не тільки лікарів чи фармацевтів, але і кінцевих споживачів. Крім того, у рішенні зазначено: «При розгляді висхідних і низхідних потоків товарів два окремих аспекти повинні бути розмежовані. Я маю на увазі у цьому стосунку як осіб, які виготовляють і розповсюджують товари («виробники»), так і інших, для кого ці товари призначені, осіб, котрі купують і споживають їх («споживачі»). ... Гудвіл дилера захищений не тільки для цілей його прибутку, але з тією метою, щоб публіка, яка купує, не могла бути ошукана внаслідок придбання товару А, коли вона прагне придбати товар Б ... Звичайний покупець, споживач, тут у центрі уваги». Остання позиція суду, як і у справі Альбрехта Венденбурга та інших проти Німеччини, передбачає інтереси клієнта¹. Отже маємо інші правовідносини у подібних ситуаціях.

Проаналізовані матеріали дають підстави для висновку, що судова практика окремих правових систем визнає існування двох груп відносин: відносин щодо охорони клієнтеля і відносин між суб'єктом, котрий таку клієнтелу формує, і клієнтами. Отже, термін «клієнтела» зокрема є і формою для поняття про пов'язані соціальні відносини, тобто правовим інститутом, а не тільки суб'єктивним правом чи об'єктом. Щоби підтвердити таку тезу, слід здійснити огляд визначень інституту права у теоретичній літературі. Дефініції або пояснення, сформульовані у ХІХ ст., базуються на зв'язку інституту права і суспільних відносин. М. Капустін пропонує таке пояснення: «Право в об'єктивному значенні складається із юридичних положень, з якими

кожна особа повинна погоджувати свою діяльність і найвищою мірою для яких слугує справедливість. Воно виводить життєві відносини на ступінь юридичних інститутів і охороняє їх, як необхідні вияви життя; такими є інститути власності, держави, сім'ї, договорів й інші. Ці інститути є визнаними формами взаємної залежності між особами; вони не можуть бути створені тим чи іншим способом, однак вони отримують безумовний характер, визначений самим життям» [13]. Ф. Регельсбергер, розглядаючи зв'язки між поняттями конкретних й абстрактних правовідносин, писав: «Кожні правовідносини знаходять у правовому інституті відповідну їм основну форму. ... Правові інститути за своєю сутністю є упорядковані правом основні форми, у яких обертається суспільне життя» [14]². Якщо звести пропоновані тут думки у коротку формулу, то можна сказати, що інститут права є нормативним поняттям (набором знань) про одні або групу суспільних відносин. Ознака «суспільних відносин» наявна і у сучасних дефініціях інституту права як групи правових норм у межах галузі [16, 17]. Поряд із останнім визначенням В. А. Четвернін виділяє і розкриває поняття міжгалузевого правового інституту: «У науці прийнято виділяти в рамках системи права міжгалузеві І.п. (інститути права – Г. Д.) – конструкції, що мають пізнавально-інформаційне значення» [18]. Це дає підстави для твердження про те, що ознаку «поняття» досі використовують для визначення міжгалузевого інституту, когнітивного утворення, не підпорядкованого методу правового регулювання галузі права. Якщо взяти до уваги розрізнення у сучасній літературі понять системи права і системи законодавства [19, 20], то можна дійти висновку про те, що міжгалузевий правовий інститут є елементом системи права, теорія якого належить до загальної теорії права, а не тематичним групуванням норм, кожна з яких зберігає ознаку методу правового регулювання. У цьому стосунку виведення клієнтеля на рівень загальної теорії права і розгляд її як юридичної конструкції [21] дає змогу пояснити, чому це поняття не зникло зі зміною історичних обставин, у зв'язку із якими воно виникло, і чому натомість його застосовують як специфічну правову модель до різноманітних відносин з часів права Стародавнього Риму дотепер³.

Підсумовуючи викладене, автор доходить висновку, що інститут клієнтеля існує в сучасних умовах і, з огляду на продемонстровані фактичні ситуації, а також здійснений теоретичний аналіз, є міжгалузевим правовим інститутом.

¹ Саме визнання потреби збереження аналогічних відносин між лікарем і його пацієнтами (patientele) лягло в основу рішення апеляційного суду провінції Квебек від 26.02.2007 у справі Антоніо Мірарчі і Марі Клод Констант проти Джоан Люс'єр (Antonio Mirarchi and Marie-Claude Constance v. Joanne Lussier).

² Такій формулі (інститут як знання) кореспондують розробки у галузі права, здійснені у німецькій літературі Ю. Габермасом [15].

³ Актуальність дослідження цього інституту у сучасних умовах також визначають дігнітивні підходи до розуміння права [22].

1. Дух римського права на різних ступенях його розвитку Рудольфа Ієринга ординарного професора в Геттингені. – Ч. 1. – Переклад з третього виправленого німецького видання. С-Петербург. В типографії В. Безобразова і Комп. – 1875. – С. 203–210.
2. Бартошек М. Римське право : (Поняття, терміни, визначення) : Пер. з чеськ. / М. Бартошек. – М. : Юрид. лит., 1989. – С. 70–71.
3. Кофанов Л. Л. Lex et ius : виникнення і розвиток римського права в VIII–III вв. до н.е. / Кофанов Л. Л. – М. : Статут, 2006. – С. 131–134.
4. Рудольф Ієринг. Указ. вироблення. – С. 206.
5. Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – С. 375.
6. Case of Van Marle and Others v. Netherlands (www.echr.coe.int)
7. Case of Albrecht Wendenburg and others against Germany (www.echr.coe.int)
8. Case of Buzescu v. Romania (www.echr.coe.int)
9. Case of Iatridis v. Greece (www.echr.coe.int)
10. Case of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal (www.echr.coe.int)
11. Case of Waltham Forest NHS Primary Care Trust, Secretary of State for Health and the Queen on the application of Zaifra Iqbal Malik (http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/265.html)
12. Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc., Novopharm Limited (http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1992/1992canlii33/1992canlii33.html)
13. Дух римського права на різних ступенях його розвитку Рудольфа Ієринга ординарного професора в Геттингені. Частина перша. Переклад з третього виправленого німецького видання. С-Петербург. В типографії В. Безобразова і Комп. 1875. – С. 203–210.
14. Бартошек М. Римське право : (Поняття, терміни, визначення) : Пер. з чеськ. / М. Бартошек. – М. : Юрид. лит., 1989. – С. 70–71.
15. Кофанов Л. Л. Lex et ius : виникнення і розвиток римського права в VIII–III вв. до н.е. / Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2006. – С. 131–134.
16. Рудольф Ієринг. Указ. вироблення. – С. 206.
17. Великий енциклопедичний юридичний словник / за редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – С. 375
18. Case of Van Marle and Others v. Netherlands (www.echr.coe.int)
19. Case of Albrecht Wendenburg and others against Germany (www.echr.coe.int)
20. Case of Buzescu v. Romania (www.echr.coe.int)
21. Case of Iatridis v. Greece (www.echr.coe.int)
22. Case of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal (www.echr.coe.int)

D. Gorban

THE INSTITUTION OF CLIENTELE IN THE LEGAL SYSTEMS OF THE STATES OF WORLD: ISSUE FORMULATION

The article is devoted to consideration of the notion clientele in Roman law and contemporary legal systems. The relations embraced by the notion clientele in the law of Ancient Rome are described. Then, proceeding from the results of the research of judicial practice of the European Court on Human Rights, the courts of Canada and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the author proves that the notion of clientele is still urgent for a number of legal systems. Finally, by means of analysis of definitions of legal institution arguments supporting the statement that clientele is an interbranch legal institution are provided.

УДК 323.1:342.724

Гайович О. М.

ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ МЕНТАЛЬНОСТІ

У статті проведено аналіз правового менталітету як специфічного історично-змінного феномену, що безпосередньо впливає на процес формування громадянського суспільства та правової держави.

Починаючи з початку ХХ ст. поняття «менталітет», «ментальність» (з грецької мови *mentalis* – розумовий) розглядалося в історичному значенні. Не викликає сумніву, що дане поняття так чи інакше стосується історичного буття спільнот і людей, оскільки є історично-змінним феноменом, що впливає на процес формування суспільства та держави. Слід зазначити, що вперше, в історичному значенні, його використав Р. Емерсон (1856 р.), але широкого

культурного і наукового обігу поняття набуло в 20-х роках ХХ ст. завдяки історикам школи «Анналів» і французьким гуманітаріям [1].

Важливо відзначити, що єдиного загальноприйнятого визначення поняття «менталітет» («ментальність») не існує. У французькій літературі («*mentalite*») подано таке визначення цього поняття: «Менталітет – це сукупність розумових установок, звичок мислення, фундаментальних вірувань індивіда» [2]. Отже, це поняття у фран-